

Teresa Kunderewicz

Geneza opieki kobiety nad dziećmi w prawie rzymskim

Prawo Kanoniczne : kwartalnik prawno-historyczny 23/3-4, 287-297

1980

Artykuł został zdigitalizowany i opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

S. TERESA KUNDEREWICZ C. R.

GENEZA OPIEKI KOBIETY NAD DZIEĆMI W PRAWIE RZYMSKIM

Treść: Sprawowanie opieki nad dziećmi przez kobiety w czasach późnego Cesarstwa. II. Stanowisko rzymskiego prawa klasycznego co do opieki kobiet nad dziećmi. III. Opieka kobiet nad dziećmi w prawie prowincjonalnym. IV. Wnioski.

Starożytne prawo rzymskie hołdujące zasadzie patriarchalnej dyskryminowało kobiety. Świadomość niesprawiedliwości nurtowała jednak prawników, o czym świadczy wypowiedź Papiniana: „in multis iuris nostri articulis deterior est conditio feminarum quam masculorum” (D. 1.5.9).

W ciągu wieków, pod wpływem różnorodnych czynników, sytuacja prawna kobiet rzymskich stopniowo ulegała zmianie. Nie wszystkie etapy tych zmian można dziś odtworzyć, ponieważ zachowane źródła są nieliczne i skażone. Nauka stara się uzupełnić luki hipotezami opartymi na interpretacji dostępnego materiału źródłowego. Jedną z najbardziej kontrowersyjnych kwestii jest zagadnienie genezy opieki kobiety nad dziećmi, któremu poświęcone są poniższe rozważania.

I. Sprawowanie opieki nad dziećmi przez kobiety w czasach późnego Cesarstwa.

Prawo justyniańskie wykluczało kobiety od sprawowania opieki z wyjątkiem matki (i babki) w stosunku do własnych dzieci (i wnuków) z prawego małżeństwa, a od roku 539 także z konkubinatu. Problematyki związanej z wykonywaniem opieki przez kobiety zajmuje się kilka Nowel: Nov. 155 (a. 533); Nov. 22 cap. XXXVIII i XL (a. 536); Nov. 89 cap. XIV (a. 539); Nov. 94 praef., cap. I i II (a. 539); Nov. 117 cap. I (a. 542); Nov. 118 cap. V (a. 543).

Jakimi racjami kierował się prawodawca czyniąc na rzecz matki wyjątek od zasady ogólnej? W Nov. 22 cap. XXXVIII Justynian stwierdza wyraźnie, że należy dać matce prawo do opieki nad dziećmi, skoro uznana została za osobę najbardziej godną tego, by je wychowywać, a w Nov. 94 podkreśla, że matki nie powinny doznawać niesłusznym ograniczeń, ponieważ z natury mają więcej miłości do dzieci niż inni opiekunowie¹.

¹ G. Crifò, *Rapporti tutelari nelle novelle Giustinianee*, Na-

Procedura przyznania matce opieki nad dziećmi obejmowała cztery podstawowe elementy: 1. *petitio*, 2. *iusiurandum*, 3. *renuntiatio exceptionis ex s. c. Velleiano*², 4. *confirmatio*.

ad. 1. Do sprawowania opieki nad dzieckiem powołani byli przede wszystkim jego najbliżsi krewni (mężczyźni, którzy ukończyli 25 lat, nie mieli przeszkody prawnej i nie użyli *excusatio*), dalej opiekunowie testamentowi, a po nich dopiero matka, mająca pierwszeństwo przed krewnymi a *latere*. Objęcie opieki przez matkę było dobrowolne i następowało na jej prośbę. Jeśli nie chciała lub nie mogła sprawować opieki, obciążał ją obowiązek żądania opiekuna.

ad. 2. Drugi ważny element to złożenie przez matkę-wdowę przysięgi, że nie wyjdzie ponownie za mąż. Jeśli pomimo przysięgi zawarła nowy związek małżeński, a nie żądała uprzednio innego opiekuna, nie przedstawiła rachunków i nie wypełniła zobowiązań wynikających z zarządu, narażała się nie tylko na negatywną ocenę moralną, że uczyniła to „*tribus maximis neglectis deo et defuncti memoria et caritate filiorum*”³, ale i na poważne konsekwencje prawne, tak jak kobieta zawierająca powtórny związek małżeński przed upływem *tempus lugendi*. Odnosiło się to także do kobiety sprawującej opiekę nad dziećmi z konkubinatu.

W Nov. 94 (a. 539) Justynian zniósł omawianą przysięgę. Nie wykluczało to jednak możliwości zastosowania wyżej wspomnianych sankcji.

ad. 3. Niektórzy romaniści utrzymują, że Justynian wprowadził konieczność zrzeczenia się *exceptio ex s. c. Velleiano*, aby matki rozważniej podejmowały opiekę, inni natomiast twierdzą, że cesarz, który rozciągnął zdolność do sprawowania opieki na matkę dzieci z konkubinatu i na babkę, nie dążył z pewnością do zahamowania rozwoju tej instytucji. Crifò traktuje tę formułę wyłącznie jako wyrażenie stylistyczne⁴. Tak rozbieżne stanowiska spowodowane są odmiennymi wynikami egzegezy materiału źródłowego.

ad. 4. Tzw. *confirmatio* dokonywane przez organ urzędowy polegało na zbadaniu, czy brak osób uprawnionych do sprawowania opieki, mających pierwszeństwo przed matką, oraz na stwierdzeniu dopełnienia wymaganych warunków. Ponieważ wykonywanie opieki miało specyficzny aspekt moralny („*non rebus dumtaxat sed etiam moribus pupilli proponatur*”⁵), można przypuszczać, że *confirmatio* obejmowało także badanie moralności⁶. Procedura *confirmatio* w stosunku do matki nie pokrywała się ze zwyczajną *confirmatio tutoris*, która była

poli 1965, 98 s., n. 4 i 21; Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli 1949, 499 s.

² C 5.35.3; Nov. 94 cap. II; Nov. 118 cap. V.

³ Crifò o. c., 25 s., n. 59.

⁴ Crifò, o. c., 109 s., 127 s.

⁵ D 26.7.12.3 (Paul. L. 38 ad ed.) B. Biondi, *Il Diritto romano cristiano*, vol. II, 69 s., Milano 1952—1954.

⁶ D 26.3.8; Biondi, o. c., 70 s.

wyłącznie zatwierdzeniem opiekuna testamentowego⁷. Do matki sprawującej opiekę odnosiły się także zasady ogólne dotyczące wszystkich opiekunów:

- a) Przed przystąpieniem do zarządu majątkiem pupila należało sporządzić dokładny inwentarz (descriptio).
- b) W prawie justyniańskim wymagano od opiekuna złożenia przy objęciu opieki przyrzeczenia (zatwierdzonego przysięgą), że będzie sumiennie spełniał obowiązki opiekunów.
- c) Opiekun powinien dbać o utrzymanie majątku pupila w należyтым stanie i dokładać w zarządzie tej samej staranności, z jaką by postępował we własnych sprawach⁸.
- d) Matka była obowiązana zdać rachunki z wykonywanego zarządu dobrami. Ponosiła ryzyko związane z ewentualnym podstawieniem innego opiekuna na swoje miejsce.

Po zapoznaniu się z ustawodawstwem justyniańskim odnoszącym się do sprawowania opieki przez matkę nasuwa się pytanie, czy te postanowienia są całkowitą nowością wprowadzoną przez Justyniana, czy też stanowią podsumowanie dotychczasowej praktyki i ewentualną jej modyfikację?

Odpowiedzi na to pytanie dostarcza analiza konstytucji C. Th. 3.17. 4 Imp. Valent. Theod. et Arcad. AAA Tatiano p. p. z roku 390

„Matres, quae amissis viris tutelam administrandorum negotiorum in liberos postulant priusquam confirmatio officii talis in eas iure veniat, fateantur actis ad alias se nubtias non venire. 1. Sane in optatione huiusmodi nulla cogitur, sed libera in condiciones quas praestitimus voluntate descendat; nam si malunt alia optare matrimonia, tutelam filiorum administrare non debent. 2. Sed ne sit facilis in eas post tutelam iure susceptam inruptio, bona eius primitus, qui tutelam gerentis affectaverit nubtias, in obligatione venire et teneri obnoxia rationibus parvulorum praecipimus, ne quid incuria, ne quid fraude depereat. 3. His illud adiungimus, ut mulier, si aetate maior est, tum demum petendae tutelae ius habeat, cum tutor legitimus defuerit vel privilegio a tutela excusetur vel suspecti genere submoveatur vel ne suis quidem per animi aut corporis valetudinem administrandis facultatibus idoneis, iuveniatur. 4. Quod si feminae tutelam refugerint et preoptaverint nubtias neque quisquam legitimus ad pares possit causas vocari, tunc demum vir illustri praefectus urbi adscito praetore, qui impertiendis tutoribus praesidet, sive iudices, qui in provinciis iura restituunt de alio ordine per inquisitionem dari minoribus defensores iubebunt” (a. 390).

⁷ C 5.29; D 26.3; D 27.1.13.12 (Mod. IV excus.); G. Grifò, *Sul problema della donna tutrice in diritto romano classico*, Milano 1965, 94 ss. Por. także Grelle F., „Datio tutoris” e organi cittadini nel Basso Impero, *Labeo* 6, 1960, 225 s., n. 35.

Analiza tekstu tej konstytucji pozwala wyodrębnić następujące momenty:

- a) Uprawnienie do objęcia opieki dotyczyło tylko matek i odnosiło się wyłącznie do opieki nad dziećmi z prawego małżeństwa.
- b) Stawało się ono możliwe do zrealizowania tylko wtedy, gdy brak było opiekuna ustawowego, albo wymówił się on od sprawowania opieki na podstawie przywileju albo został usunięty (w wypadku *accusatio suspecti* czy też z powodu niezdolności fizycznej lub duchowej).
- c) Matka nie była w sensie ścisłym powołana do sprawowania opieki; podjęcie się przez nią tej funkcji było dobrowolne.
- d) Warunek zasadniczy stanowiło wystąpienie przez matkę z prośbą o przyznanie opieki.
- e) Matka była obowiązana zdecydować jednocześnie, że podejmując opiekę zrezygnuje z powtórnego małżeństwa.
- f) Po sprawdzeniu, że zaistniały powyższe warunki, następowało *confirmatio*.
- g) Jeżeli matka sprawująca opiekę wyszła ponownie za mąż, prawo, biorąc w obronę interesy małoletniego, szczegółowo określało konsekwencje tego czynu.
- h) W wypadku, gdy matka nie chciała lub nie mogła podjąć się opieki, następowało mianowanie innej osoby przez odpowiednią władzę.

Z zestawienia wyżej omówionych warunków z analogicznymi postanowieniami Nowel Justyniana wynika, że modyfikacje wprowadzone przez Nowele były niewielkie⁹ i miały drugorzędne znaczenie.

Aczkolwiek C. Th. 3.17.4 nie używa wyrażenia „*sacramento prestito*” ani „*iusiurandum*”, przysięga matki nie była nowością wprowadzoną przez Justyniana¹⁰. Jedynym znaczniejszym *novum* wydaje się być postanowienie o zrzeczeniu się przez matkę korzystania z dobrodziejstwa s. c. *Velleianum*, lecz najprawdopodobniej jest to *novum* tylko pozorne. Zdaniem wielu autorów, m. in. La Piry, matka-opiekunka nie korzystała z *exceptio ex s. c. Velleiano*, ponieważ obejmując opiekę i dając zabezpieczenie „*quodammodo suum negotium gessisse videtur*” (D. 26.1. 8.1)¹¹.

Frezza utrzymuje, że w czasach klasycznych stosowano s. c. *Velleianum* do matki-opiekunki tylko na mocy dekretu, a w czasach po-

⁸ Nov. 94; F. Zoll (st.), *Rzymskie prawo prywatne (Pandekta)* t. V—A, Warszawa-Kraków 1920, 39 ss.

⁹ R. Taubenschlag, *Die Materna potestas im gräco-ägyptisch. Recht*, ZSSr (49) 1929, 127 s.

¹⁰ Nowela Th XI (a. 439), która zniósła C Th 3.18.2 i wprowadziła normy zawarte później w C 6.58.10, mówi o *sacramento* i *iusiurandum*. Zob. Crifò — *Sul problema...*, 89 s.

¹¹ G. La Pira, *Riflessi provinciali nel diritto tutelare classico romano*, BIDR vol. XXXVIII, 1930, 58 ss.

klasycznych w ogóle nie. Tak w jednym jak i drugim okresie matka mogła przyjąć odpowiedzialność wyrlikającą z postulatit tutoris tylko w drodze fideiussio¹².

Crifò twierdzi stanowczo, że norma s. c. Velleianum nie miała zastosowania do matki opiekunki. W prawie klasycznym funkcję analogiczną do „zrzeczenia się” spełniała „cautio exceptionem se non usuram”. Milczenie C. Th. 3. 17. 4 nie oznacza, że te zasady uległy zmianie. Były po prostu oczywiste, zawarte w samej istocie funkcjonowania opieki sprawowanej przez matkę¹³.

Jakkolwiek analiza źródeł dostarcza niezbitych dowodów, że opiekę podejmowaną przez matkę aż do powtórnego wyjścia za mąż ustanowił nie Justynian, lecz jego poprzednicy, pozostaje kwestią sporną, kiedy to nastąpiło.

II. Stanowisko rzymskiego prawa klasycznego co do opieki kobiet nad dziećmi.

Wielu badaczy wyraża zgodny pogląd; że zasadą rzymskiego prawa klasycznego było wyłączenie matki od sprawowania opieki i dopiero w roku 390 tę możliwość uznano prawnie. Polemika między nimi dotyczy charakteru ingerencji matki w administrację dóbr pupilarnych, jej granic i konsekwencji oraz ewentualnych czynników zewnętrznych, które wpłynęły na jej ukształtowanie¹⁴. Oparta jest na interpretacji zachowanych tekstów, a zwłaszcza następujących:

1) „Tutelam administrare virile munus est, et ultra sexum feminae infirmitatis tale officium est” (C 5.35.1, a. 224).

2) „Tutela (plerumque) virile officium est” (D 26.1.16).

3) „Feminae tutores dari non possunt, quia id munus masculorum est (nisi a principe filiorum tutelam specialiter postulent)” (D 26.1.18).

4) „Quid si pater eius peti prohibuerat tutorem, quoniam per matrem rem eorum administrari voluit? incidet si (nec petat nec legitime tutelam administrat) non petat (D 38.17.2. 25).

I tak np. La Pira uważa, że niezdolność kobiety do sprawowania opieki wynikała ze struktury agnaticznej rodziny i z natury władczej opieki, ale w praktyce zasada ogólna nie była przestrzegana i coraz częściej kobieta, jeśli nie opiekunka to przynajmniej administratorka opieki, pojawiała się w rzymskim świecie prawniczym¹⁵.

Frezza twierdzi, że zarząd opieki przez kobietę pozostawał tylko negotiorum gestio¹⁶. Jego zdaniem, skuteczniejszym środkiem było albo wydziedziczenie pupila i ustanowienie matki dziedzicem uniwersalnym

¹² P. Frezza, *La donna tutrice e la donna amministratrice di negozi tutelari nel diritto romano classico e nei papiri greco-egizi*, Cagliari 1934, 17 ss.

¹³ Crifò, *Rapporti...*, 115 ss.

¹⁴ Crifò, *Sul problema...*, 102 s.

¹⁵ La Pira, o. c., 53 ss.

¹⁶ Frezza, o. c., 21 ss.

a jednocześnie fideikomisariuszem uniwersalnym na korzyść dziecka¹⁷ albo bezpośrednia kontrola matki nad zarządem sprawowanym przez opiekunów, pod gwarancją złożoną przez matkę opiekunom, że da odszkodowanie za ewentualne zle następstwa wynikłe z wykonywania tej kontroli¹⁸.

Solazzi rozróżnia administrację interesów pupila prowadzoną przez matkę przy tolerancji lub zgodzie opiekuna od współuczestnictwa w wykonywaniu opieki. Ta druga instytucja, zdaniem Solazziego, była recypowana prawdopodobnie z prawa papirusów i widoczna jest w sfalszowanych tekstach justyniańskich. Uważa on, że także w czasach klasycznych matka mogła administrować dobrami małoletniego dziecka i ponosiła za tę administrację odpowiedzialność w stosunku do opiekuna. Tylko w przypadku braku opiekuna między matką administratorką a pupilem powstawał stosunek negotiorum gestio¹⁹.

Zdaniem Biondiego, chociaż klasycy stanowczo zaprzeczali, że kobieta może być opiekunką, nie wykluczali, że matka (tylko) za wolą ojca mogła mieć pewną ingerencję, chociaż jedynie moralną w wykonywaniu opieki. Uważa, że władza matki była czymś nieokreślonym, bardziej moralnym niż prawnym, o czym świadczą następujące zwroty: *consilium, pietas matris, fiducia pietatis*. Matka interweniowała co do aktów, które bezpośrednio dotyczyły osoby pupila, jak małżeństwo i zaręczyny. Urzędnik lub wola ojca mogły powierzyć matce edukację pupila, z tym, że funkcje matki i opiekuna nie wykluczały się, lecz uzupełniały wzajemnie²⁰.

Teksty Gaiusa i Neracjusza przytoczone wyżej analizuje także Wenger. Uważa, że fragment Gaiusa może być prawdziwym ostrożnym sformułowaniem z odniesieniem do praktyki w prowincjach, gdzie były wyjątki od klasycznej rzymskiej zasady, że kobieta jest niezdolna do sprawowania opieki. Zdaniem Wengera rozwój tej instytucji nastąpił dopiero w prawodawstwie chrześcijańskim począwszy od C. Th 3.17.4²¹.

Podobny pogląd wyraża Crifò, który podkreśla, że przynajmniej 20 konstytucji Sewerów odnosi się do stosunków opieki, w których występuje matka. Zgadza się to jego zdaniem z C 5.35.1, ale pozostaje osobnym zagadnieniem, czy sprawując opiekę matka mogła udzielać *auctoritas*. Po przeanalizowaniu licznych tekstów stwierdza, że zostały przez naukę błędnie zinterpretowane²². Podczas gdy doktryna tradycyjna utrzymuje, że teksty Gaiusa i Neracjusza są interpolowane, a

¹⁷ D 28.2.18; D 38.2.12.2; Frezza, o. c., 11 s.

¹⁸ Zob. D 26.7.5.8; C 5.46.2; C 5.51.9; Frezza, o. c., 12 s.

¹⁹ S. Solazzi, *La madre educatrice*, Scritti III, Napoli 1960, 587 s., 600 s.

²⁰ Biondi, *Il Diritto...*, vol. II, 236 ss.

²¹ L. Wenger, *Zur Vormundschaft der Mutter*, ZSSSt 26, 1905, 449—456.

²² Crifò, *Sul problema...*, 105—130 s.

sprawowanie opieki przez kobietę było wykluczone, zdaniem Crifò trzeba odróżnić sytuację kobiety w ogóle — od sytuacji matki, zbadać możliwość ewolucji w poglądach prawników na tę kwestię i nie zatrzymywać się na dosłownym brzmieniu badanych tekstów. Nie zgadza się z Solazzim, że C. 1.5.35.1 jest interpolowana, tautologiczna²³. Twierdzi, że jest to celowe bliższe wyjaśnienie, tak jak tekst paralelny Bas. 38.1.46 oraz C. 2.12.18 (a. 294) i że „officium virile” ma tu znaczenie etyczno-socjalne a nie wyłącznie materialne. Jego zdaniem już przed 390 r. kobiety występowały z prośbą o przyznanie prawa wykonywania opieki i uzyskiwały je w poszczególnych wypadkach²⁴.

Jak świadczy o tym powyższe przykładowe zestawienie, poglądy romanistów są rozbieżne i w zasadzie uzależnione od tego, czy uważają badane źródła za autentyczne czy interpolowane. Pomijając te kontrowersje można jednak ustalić w zarysie, co nowego wprowadziła C. Th 3.17.4 w stosunku do prawa klasycznego. C. Th 3.17.4 nie wprowadza samej zdolności matki do opieki nad własnymi dziećmi, lecz odpowiednie postanowienia systematyzuje i reguluje tę instytucję w pełniejszy sposób. Sposób ten jest tak kompletny, że Justynian przejmuje te przepisy „sic et simpliciter”²⁵. Wymienione przez C. Th 3.17.4 przyczyny braku opiekuna — to sytuacje, które były precyzowane, opracowywane i konstruowane przez jurysprudencję (często na podstawie decyzji cesarza w konkretnych przypadkach)²⁶ systematycznie od Antoninów i Sewerów. Jedyną niewątpliwą nowością jest uroczyste oświadczenie przez matkę, która chce objąć opiekę nad dzieckiem, że nie wyjdzie powtórnie za mąż²⁷. Że to nowość autentyczna stanowiąca uzupełnienie luki prawnej, zdają się świadczyć teksty C. 5.49.1 (a. 223) i C. 5.37.22.5 (a. 326). Nowość tę wykazuje także porównanie tekstu C. Th 3.17.4 z interpretacją IT 3.17.4. To nowe postanowienie charakteryzujące cały system dało jednocześnie okazję do sprecyzowania innych „warunków”, zrewidowania całej materii i podsumowania jej w sposób organiczny²⁸. Słuszna wydaje się uwaga Humberta²⁹, że u Teodozjusza I i Teodozjusza II troska o ochronę dzieci przed skutkami ponownego małżeństwa przeważa nad chęcią zapobieżenia ponownemu małżeństwu wdowy, która nie ponosi żadnych konsekwencji, jeśli w przepisany sposób zakończy wykonywanie funkcji opiekuńczych. Natomiast Justynian, jakkolwiek nie odrzuca wkładu swoich poprzedników, stara się w Nowelach zmusić matki do zachowania wdowieństwa i poświęcenia się opiece nad dziećmi, ustanawiając poważne ka-

²³ S. Solazzi, *Infirmitas aetatis e infirmitas sexus*, Scritti III, Napoli 1960, 375 s.

²⁴ Crifò, *Sul problema...*, 117—121 s.

²⁵ Crifò, *Sul problema...*, 87 ss.; E. Volterra — *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma 1961—1972, 102 s.

²⁶ Crifò, *Rapporti...*, 101 s.

²⁷ Crifò, o. c. l. c.

²⁸ Crifò, *Sul problema...*, 92 s.

²⁹ M. Humbert, *Le remariage à Rome*, Milano 1972, 410—413.

ry majątkowe wiążące się z pogwałceniem przysięgi. Jak podkreśla Humbert, matce wolno było nie podjąć opieki nad dziećmi, ale jeśli wybrała funkcję opiekunczą, jej ponowne małżeństwo traktowane było jako zamach na *caritas liberorum*.

III. Opieka kobiet nad dziećmi w prawie prowincjonalnym

W papiirusach matka występuje obok opiekuna jako *epakoloutetria*. Jedyne w papiirusach z *Oxyrhynchos* określona jest mianem *epitropos*. Pierwsze z wymienionych określeń można rozmaić tłumaczyć: jako administratorka, przedstawicielka, wychowawczyni. Oznacza ono: „towarzyszyć, dozorować, kontrolować”. Matka wykonywała te funkcje zarówno w stosunku do pupila jak i opiekuna³⁰. Trzeba tu jednak rozróżnić dwa wypadki: objęcie przez matkę stanowiska opiekunki oraz sprawowanie przez nią administracji opieki. Oba są szeroko udokumentowane, ale nie można dokładnie ustalić, jakie były przyczyny wyboru jednej lub drugiej formy³¹.

Pierwszej sytuacji dotyczą papiirusy: Oxy 265/a. 81—95/lin. 28 i 29; Oxy 496 (a. 127) lin. 11—13; Oxy 497 (pocz. II w. po n. Chr.) lin. 11—13; Oxy 898 (a. 123) lin. 1 i 5; Oxy 898 (a. 123) lin. 26—30³².

Do grupy drugiej należą: Pap Amh 91 (a. 159) lin. 2; BGU 1070 (a. 218) lin. 7; Oxy 909 (a. 225) lin. 4—37; Lips 9 (a. 233) lin. 6; Oxy 907 (a. 276) lin. 20; PSI Loret (a. 132)³³.

Z ostatniego z nich można wywnioskować, że matka administratorka opieki odpowiedzialna była za administrację wobec pupilów, którzy po zakończeniu opieki wydawali jej pokwitowanie, ale była to odpowiedzialność solidarna wraz z opiekunem. Dlatego opiekunowi zależało na gwarancjach rzeczowych i osobistych trwających do zakończenia opieki³⁴. Zdaniem La Pira, instytucja matki administratorki opieki miała taką samą strukturę w prawie papiirusów jak i w prawie rzymskim (z wyj. s. c. *Velleiani* — gdyż papiirusy nie przedstawiają przypadku zakończenia zarządu opieki, a po wtóre w Egipcie mogło ono być wprowadzone dopiero po konstytucji Karakalii)³⁵, chociaż podstawowa zasada była całkowicie odmienna³⁶. Opowiada się on za recepcją tej instytucji z prawa papiirusów do prawa rzymskiego. (aczkolwiek przytacza też argumenty na korzyść przeciwnego stanowiska) kierując się przesłankami chronologicznymi (w papiirusach pojawia się w I-ej połowie II w., a w prawie rzymskim w III w.)³⁷.

³⁰ Biondi, *Il Diritto...*, vol. II, 237 ss.

³¹ La Pira, o. c., 60 s.

³² Frezza, o. c., 22 s.

³³ La Pira, o. c., 62 s.

³⁴ La Pira, o. c., 65 ss.

³⁵ La Pira, o. c., 72 ss.

³⁶ Frezza, o. c., 26 s.

³⁷ La Pira, o. c., 73 s. Por. także: H. F. Jolowicz, *Historical*

Frezza natomiast twierdzi stanowczo, że słowo *epokoloutetria* nie oznacza administracji sprawowanej przez matkę, dopuszczalnej w prawie rzymskim (*gestio*), lecz ukrywa właściwą funkcję opiekunki, ponieważ przy tłumaczeniu tekstów z łaciny na grecki, aby uniknąć sprzeczności z rzymską zasadą użyto pozornych synonimów. Tak więc, jego zdaniem, w *PSI Loret* w gruncie rzeczy chodzi o wykonywanie opieki przez matkę: składa ona zabezpieczenie urzędnikowi — a nie opiekunowi, na pierwszym miejscu postawiona jest sprawa jej odpowiedzialności, a dalej opiekuna, podczas gdy w prawie rzymskim pokwitowanie dane przez pupila opiekunowi uwalniało matkę od odpowiedzialności³⁸. Frezza utrzymuje także, że praktyka rzymska była znacznie starsza od znanych źródeł i nawet od *PSI Loret*, chociaż oficjalnego uregulowania dokonała dopiero C Th 3.17.4. Arangio-Ruiz także utożsamia tę formę z właściwą opieką matki. Jego zdaniem, ponieważ mianowanie opiekuna było tylko koniecznością narzuconą przez prawo przedmiotowe, używano środków mniej lub bardziej zgodnych z prawem, aby tę przeszkodę ominąć, a notariusze z *Oxyrhynchos* wyróżniali się wśród innych większą śmiałością sformułowań³⁹.

Solazzi natomiast polemizuje zarówno z La Pirą jak i z Frezzą⁴⁰. Twierdzi, że instytucja współzarządu opieki wykonywanego przez matkę stanowiło oryginalny, spontaniczny wykwit prawa grecko-egipskiego. Już od I w. po nar. Chr. w umowach ślubnych i testamentach matka była powoływana do opieki lub współopieki. Przed konstytucją Karakalli Egipcjanie, zanim zostali obywatelami rzymskimi, nie mieli istotnego interesu w tym, aby ukrywać właściwą opiekę matki pod inną nazwą, ponieważ instytucja ta była dozwolona i uznana przez ich prawo. Nie mogąc według prawa rzymskiego powierzyć matce opieki nad dziećmi, powoływali ją do współpracy z opiekunem, ale realizacja takiej dyspozycji zależna była od woli opiekuna. Solazzi uważa, że jest błędem utożsamienie administracji interesów pupila, którą w Rzymie klasycznym matka mogła wykonywać przy tolerancji lub zgodzie opiekuna ze współrzędem opieki, który opiekun zmuszony był znosić. Zdaniem Solazziego jest prawdopodobne, że prawo

Introduction to the Study of Roman Law, Cambridge 1954, 523 s., n. 6; J. Gaudemet, *Le statut de la femme dans l'Empire Romain. Recueil de la Société Jean Bodin XI, La femme, I*, Bruxelles 1959, 207 ss.

³⁸ Frezza — o. c., 28—33.

³⁹ Arangio-Ruiz, *Persone e famiglia nel diritto dei papiri*, Milano 1930, 46 ss.

⁴⁰ S. Solazzi, *L'istituto greco-egizio della madre epokoloutetria e il diritto romano*, Scritti III, Napoli 1960, 423 ss. Por. także: Biondi, *Il Diritto...* vol. II, 238 s.; R. Taubenschlag, *Studi Bonfante I*, 380 s., 409—410 s.; idem, *Vormundschaftrechtliche Studien*, 1913, 46 ss.; idem, *The Law of Greco-Roman Egypt in the Light of the Papyri*, W-wa 1955, 158—159 s.

rzymskie przyjęło tę instytucję z prawa papirusów (ale dopiero prawo justyniańskie lub najdalej poklasyczne).

Przyczyną tak znacznych różnic w poglądach na sprawowanie opieki nad dziećmi przez kobiety w ujęciu prawa prowincjonalnego jest m. in. fakt, że pewna grupa badaczy nie odrzuca interpolacji znajdujących się w źródłach.

IV. Wnioski

Uzasadnieniem instytucji opieki w prawie rzymskim był początkowo nie tyle interes pupila, ile raczej rodziny, do której należał pupil. Dlatego do sprawowania opieki powołany był z mocy prawa najstarszy agnat, a w braku agnatów także gentył. Jakkolwiek źródła, na oznaczenie stosunku takiego opiekuna do pupila, używają terminu „potestas”, należy tę władzę odróżnić od władzy ojcowskiej. Władza opiekuna była to „potestas in capite libero”. Nie podlegała żadnej urzędowej kontroli i opierała się na „fides”, której opiekunowi nie wolno było sprzeniewierzyć się⁴¹.

Ustawa XII tablic przyznała ojcu prawo ustanowienia w testamencie opiekuna dla niedojrzałego dziecka. Opiekun ten miał nawet pierwszeństwo przed agnatem lub gentyłem. W czasach późniejszych prawo mianowania opiekunów i wykonywania nad nimi nadzoru przyznano także władzom jurysdykcyjnym. Sprawowanie opieki przekształcało się z prawa nadanego opiekunowi (ius, vis, potestas) w nałożony nań obowiązek (officium, munus). Obowiązek ten z biegiem czasu nabrał charakteru muneris publici⁴². Opiekunowie zaczęli troszczyć się o „utilitas” pupila, jego potrzeby i wychowanie, a nie tylko, jak dotąd, o utrzymanie majątku pupilarnego⁴³. Funkcję protekcyjną opieki wyeksponowały prawa ostatniej epoki republikańskiej: lex Atinia de tutore dando i lex Plaetoria de circumscriptione adulescentium.

Ponieważ zanikało dawne egoistyczne uzasadnienie instytucji opieki i zaakcentowano jej aspekty moralne, matka okazała się osobą najbardziej odpowiednią do jej wykonywania⁴⁴. Obowiązek ten jednak był dla kobiet niedostępny, m. in. ze względu na „periculum rei familiaris”⁴⁵.

Stopniowo rodzina rzymska zaczęła przyjmować strukturę kognatyczną. Po s.c. Tertullianum ed Orfitianum nastąpiły zmiany w dziedziczeniu między matką a dziećmi. Kazyistyka zachowanych rozporządzeń mortis causa świadczy wyraźnie o dążeniu do ominięcia oficjal-

⁴¹ Zoll, o. c., 35. s.

⁴² Biondi, DRC, II 229 s.; Zoll — o. c. 1. c.

⁴³ Zoll, o. c. 1. c.

⁴⁴ Biondi, *Aspetti morali della tutela*, 70 ss.; DRC, II, 213 ss.

⁴⁵ D 16.1.1.1 (Paul); zob. także D 16.1.2.1; D 50.17.2.

nej niezdolności matki do sprawowanie opieki⁴⁶, o tym, że istniał kontrast pomiędzy rzeczywistością społeczną a oceną prawną. Chociaż pojawiało się coraz więcej elementów przeciwnych zasadzie patriarchalnej dominującej dotychczas w prawie rzymskim⁴⁷, a stanowisko matki zostało dowartościowane w licznych aktach prawnych jako „officium sedulum, plenum, debitum”, konserwatywni prawnicy, gdy wymagania praktyczne zmuszały ich do innowacji — wprowadzali tylko poprawki i wyjątki od reguł, które zasadniczo pozostawały niezmiennione⁴⁸.

Obiciem tej sytuacji jest m. in. twierdzenie Gaiusa „Tutela (plerumque) virile officium est” (D 26.1.16).

Jak wspomniano wyżej, jest bardzo prawdopodobne, że system „zrzeczenia się” exceptio ex s. c. Velleiano nie był nowością wprowadzoną przez Justyniana, lecz istniał już w prawie klasycznym⁴⁹. Potwierdzałoby to fakt, że już wtedy matki sprawowały opiekę. Problematyka zdolności kobiety do sprawowania opieki nad dziećmi rozwijała się w prawie klasycznym i znalazła podsumowanie w C. Th 3.17.4. Zasady te powtórzone zostały w C 5.35.2 z niewielkimi zmianami. Istniała więc nieprzerwana ciągłość unormowań od prawa klasycznego do prawa justyniańskiego⁵⁰. Oczywiście, konkluzja taka ogranicza się do zakresu znanych dotychczas źródeł. Pogląd, że z wielkim prawdopodobieństwem już w czasach klasycznych matki mogły występować jako opiekunki, nie jest zresztą odosobniony⁵¹, ponieważ po ostatnich badaniach Crifò⁵² nie przeciwstawia się wychowania i opieki w okresie do końca czasów klasycznych, jak to czyniono dotychczas.

La genesi della tutela della donna sui figli nel diritto romano

L'autrice discute una delle più controverse questioni nella dottrina del diritto romano cioè: quando le donne furono per prima volta ammesse a tutelare i figli. Nei capitoli successivi della sua tesi essa presenta il problema della tutela della donna sui figli nel diritto giustiniano, nel diritto classico romano e nel diritto provinciale e, in base all'analisi della costituzione CTh 3.17.4. (a. 390), prova che non Giustiniano bensì già i suoi predecessori avevano ammesso le donne ad esercitare quella funzione. Secondo l'opinione dell'autrice, con ogni probabilità tali concessioni avevano avuto luogo sporadicamente già nell'epoca classica, ma l'istituzione stessa della tutela della donna sui figli ha trovato il suo completo regolamento solamente nel diritto giustiniano.

⁴⁶ La Pira, o. c., 60 s.

⁴⁷ C. Longo, *Corso di diritto romano. Diritto di famiglia*, Milano 1964, 41 ss.; W. Wołodkiewicz, *Mater familias*, CPH XVI/1, 139—140.

⁴⁸ Crifò, *Sul problema...*, 155 s.

⁴⁹ Crifò, *Rapporti...*, 107 s.

⁵⁰ Crifò, o. c., 102 s.

⁵¹ Crifò, *Rapporti...*, 107 ss.

⁵² Humbert, o. c., 296 ss.