

biblioteka
U. M. K.
Toruń

02276/107
Czyt. Prof.

POLSKA AKADEMJA UMIEJĘTNOŚCI. WYDZIAŁ HISTORYCZNO-FILOZOFICZNY

Rozprawy. Serja II. Tom XXXVIII (Ogólnego zbioru t. 64). Nr. 107

64/7

WŁODZIMIERZ KOZUBSKI

Rozprawy z dziedz. Hist. - Filozof.

OPIEKA NAD KOBIETAMI W PRAWIE RZYMSKIM

64/7

KRAKÓW

NAKŁADEM POLSKIEJ AKADEMJI UMIEJĘTNOŚCI

SKŁAD GŁÓWNY W KSIĘGARNIACH GEBETHNERA I WOLFFA

WARSZAWA — KRAKÓW — LUBLIN — ŁÓDŹ — POZNAŃ

1922.



02276



II

Drukarnia Uniwersytetu Jagiellońskiego pod zarządem J. Filipowskiego.

K.
20. I. 1947
Kutrzeba.

Włodzimierz Kozubski

Opieka nad kobietami w prawie rzymskim.

Naukę o opiece nad kobietami w prawie rzymskim traktowano dotąd w literaturze jedynie przygodnie w pracach, poświęconych innym materjom¹⁾. Brak zaś dotąd rozprawy, któraby opierając się na nowoczesnej metodzie badania, przy uwzględnieniu nowszych źródeł, starała się przedmiot ten wszechstronnie i wyczerpująco zbadać i oświetlić. Praca niniejsza ma za zadanie lukę tę wypełnić.

I. Geneza tutelae muliebris.

Wedle pojęć rzymskich nie może kobieta spełniać jakichkolwiek funkcij publicznych. W szczególności nie może brać udziału w komisjach sprawować, urzędu magistratualnego²⁾, urzędu sędziego³⁾, wnosić skarg popularnych⁴⁾, postulare pro aliis⁵⁾, zastępować przed sądem⁶⁾⁷⁾. Źródła uzasadniają tę niezdolność, powołując się na pudicitia, fragilitas

¹⁾ Rudorff: Vormundschaftsrecht, I. 55. Pernice: Labeo I. 190. Karlowa: Rechtsgeschichte II. 292/3. Cuy: Institutions, 94. Cuyllar: Institutionen 264. Perozzi: Istituzioni I. 322. Wróblewski: Zarys wykładu prawa rzym. 291. Sohm: Institutionen¹⁶, 661. Rabel: Grundzüge 424. Girard: Manuel élémentaire de droit romain⁶, 225. Pacchioni: Corso di diritto romano II. 123. Costa: Storia del diritto romano privato 372.

²⁾ Gell. V. 19; Val. Max. 8, 6; por. Karlowa l. c. 293.

³⁾ D. 5, 1, 12 § 2; 16, 1, 1 § 1; 50, 17, 2.

⁴⁾ D. 47, 23, 6.

⁵⁾ D. 3, 1, 1 § 5.

⁶⁾ D. 3, 3, 54 pr.; C. 2, 12 (13), 4 i 18; Paul 1, 2, 2; por. Karlowa l. c. 293/4.

⁷⁾ Wogóle, jak podnosi Rudorff l. c. „alle öffentlichen feierlichen Handlungen zu vollziehen“. Stąd wywodzi zupełnie konsekwentnie exempcję Westalek, które jako sacerdotes pro populo są uprawnione działać publicznie (öffentlich handeln), z powołaniem się na Plut. Numa c. 10, Gaius I. 145; por. też Wróblewski l. c. 292.

i forensium rerum ignorantia¹⁾). W rzeczywistości pozostaje to jednak w łączności z istotą rzymskiej rodziny, której podstawę stanowił patriarchat, skutkiem czego kobiety nie mogła partycypować w życiu gminy, opartej na takiej organizacji. Partycypować w niem mogły tylko osoby, które w danej chwili lub w przyszłości miały ją reprezentować jako patres i filii familias²⁾).

Tak pojęte stanowisko prawne kobiety w rodzinie stwarzało jednak niebezpieczeństwo, że stawszy się sui iuris, mogłaby wyzyskać swoją niezależność majątkową ze szkodą rodziny i jej agnatyecznej paranteli³⁾). By temu usamodzielnieniu się kobiety zapobiec, poddało ją dawne prawo z chwilą ustania opieki impuberum, nowej opiece trwającej przez cały czas jej życia tak zw. tutela mulierum.

Stopniowy upadek rodów, osłabienie współżycia i poczucia łączności między członkami rodziny, w następstwie tego rozwinięcie się życia indywidualnego, odbierały opiece nad kobietami coraz bardziej jej pierwotną siłę i zniewalały do stopniowej modyfikacji, by w końcu, zgodnie z duchem czasu, doprowadzić ją do zupełnego zgaśnięcia.

Zadaniem następnych rozdziałów będzie przedstawić historję tej instytucji aż do jej zupełnego zaniku. Za punkt wyjścia obierzemy opiekę ustawową i jej różnorodne odmiany, jako tę, w której najsilniej się wykłuka najdawniejszy charakter tej instytucji jako władztwa (potestas⁴⁾); poczem przejdziemy do omówienia opieki testamentowej, uwydatniającej już pewne osłabienie tego charakteru, a zakończymy nakreśleniem opieki dativa, gdzie występuje już nowsze pojęcie tuteli jako obowiązku, wnosząc zarazem zarodek zupełnego upadku tej instytucji jako władztwa.

II. Ustawowa opieka agnatów i gentyłów nad kobietami.

Ustawowa opieka nad kobietami nie jest instytucją, znaną jedynie prawu rzymskiemu; znają ją również prawo greckie i prawo hellenistyczne i dlatego wskazanem będzie wobec znanego wpływu, jaki one na prawo rzymskie wywarły, przed przedstawieniem zasad prawa rzymskiego, poświęcić kilka słów opiece ustawowej w tych dwóch dziedzinach prawnych.

1. W prawie atyckiem⁵⁾ sprawował opiekę nad kobietą przede-

¹⁾ Ulp. XI, 1; D. 22, 6, 9 pr; 49, 14, 2 § 7, a do tego Karlowa l. c. 293/293₆, także Pernice I. 190.

²⁾ Por. Perozzi l. c. I. 322.

³⁾ Por. Pernice l. c. I. 190.

⁴⁾ Rabel l. c. 423.

⁵⁾ Por. Taubenschlag: Vormundschaftsrechtliche Studien, 70 i cytowana tamże literatura; Kübler Krit. Viertelj. 16. 19, Lipsius: Attisches Recht 521 i nast.

wszystkiem jej ojciec¹⁾. Atycka władza ojcowska posiada bowiem, podobnie jak dzisiejsza, jedynie charakter opieki. Władza ta trwa tak długo, dopóki ojciec żyje, względnie jak długo kobieta pozostaje w jego domu. Po jego śmierci wchodzi w życie, o ile w testamentie nie ustanowił opiekuna, ustawowa opieka²⁾. Których krewnych i w jakim porządku do tej opieki powoływano, dokładnie nie wiemy³⁾; znamy bowiem tylko postanowienia odnoszące się do kobiet dojrzałych⁴⁾.

Wedle tych postanowień przysługuje opieka nad kobietami przede wszystkim bratu agnатыcznemu, następnie dziadkowi ze strony ojca. Jeżeli zaś żaden z nich nie żyje, a córka ma prawo dziedziczenia, wówczas przechodzi władza opiekuńcza na tego, kto na podstawie prawa dziedziczenia córek (Erbtochterrecht) jest jej przeznaczony na męża⁵⁾. Jeżeli zaś ten wypadek nie zachodzi, wówczas na podstawie zdania w nauce dostatecznie uzasadnionego, przeznacza jej opiekuna archon⁶⁾.

Wskutek małżeństwa wychodzi córka z pod opiekuńczej władzy ojcowskiej i przechodzi pod władzę opiekuńczą męża⁷⁾.

2. Podobne zasady obowiązywały i w prawie hellenistycznym grecko-

¹⁾ Por. Lipsius l. c. 500.

²⁾ Że w Atenach istnieje w ogólności ustawowa opieka nad małoletnimi, na to posiadamy jedyny wyraźny dowód w hypothesis do jednej z mów Izajosa V Arist. E. S. 253 μετά τὴν τελευταίην Ἀριστάρχου Ἀριστομένης ἀδελφός ὢν αὐτὸν καὶ κατὰ τὸν νόμον ἐπιτροπὸς γενόμενος τῶν τοῦ ἀδελφοῦ παίδων; ale za istnieniem jej przemawiają analogiczne postanowienia ustaw platońskich (XI, 7 s., 924...) εἴαν δὲ ἢ τὸ παράπαν μὴ διαθέμενος τελευταίῃ τῆς ἢ τῆς τῶν ἐπιτρόπων αἰρέσεως ἑλλίπῃς ἐπιτρόπους εἶναι τοὺς ἐγγύτατα γένου πρὸς πατρός καὶ μητρός κυρίου δύο ἢ πρὸς μητρός, ἕνα δ' ἐκ τῶν τοῦ τελευταίαντος φίλων jakoteż zaświadczona przez Arystotelesa διαδικασία ἐπιτροπῆς, [56, 6 γραφαὶ δὲ καὶ δίκαι λαγχάνονται πρὸς αὐτὸν — εἰς ἐπιτροπῆς κατάστασιν, εἰς ἐπιτροπῆς διαδικασίαν, εἰς [ἐμφανῶν κατάστασιν] ἐπιτροπὸν αὐτὸν ἐγγράφαι] por. Lipsius l. c. 524/5, Taubenschlag, l. c. 70.

³⁾ Taubenschlag widzi niesłusznie sprzeczność między wywodami Lipsiusa l. c. 524, gdzie uczyony ten powiada, że najbliżsi krewni ojca mają ustawowe prawo do opieki, a jego wywodami na str. 525, wedle których krewni matki mogli być opiekunami o ileby brakło krewnych ojca, ponieważ jedno nie wyklucza drugiego, ob. także Lipsius l. c. 983.

⁴⁾ Demosth. c. Steph. II, 18 S. 1135 ἦν ἂν ἐγγυήσῃ ἐπὶ δίκαιος δάμαρτα εἶναι ἢ πατὴρ ἢ ἀδελφός ὁμοπάτωρ ἢ πάππος ὁ πρὸς πατρός, ἐκ ταύτης εἶναι παῖδας γνησίους εἴαν δὲ μηδεὶς ἢ τούτων, εἴαν μὲν ἐπικληρός τις ἢ τὸν κύριον ἔχειν, εἴαν δὲ μὴ ἢ, ὅταν ἂν ἐπιτρέψῃ τοῦτον κύριον εἶναι por. Beauchet: Histoire de droit privé II 335; Lipsius 471, 535/6; Kohler-Ziebarth: Stadtrecht von Gortyn 107; Taubenschlag l. c. 70.

⁵⁾ Por. Beauchet II. 341. Jak Taubenschlag l. c. 71, zwraca uwagę, znajdujemy aluzję do tej atyckiej ustawy u Terencjusza; p. powołaną tamże pracę Federhausena: Studien über das Recht bei Plautus und Terenz (Hermes 47, 220/217).

⁶⁾ Por. Taubenschlag l. c. 71 i cyt. tamże literaturę.

⁷⁾ Por. Lipsius l. c. 483 a do tego także Arist. Rhet. II. 24 s. 1401 b. 35 δίκαιος Ἀλέξανδρος ἔλαβε τὴν Ἑλένην αἰρέσει γὰρ αὐτῇ ἐδόθη παρὰ τοῦ πατρὸς οὐ γὰρ αἰεὶ ἴσως, ἀλλὰ τὸ πρῶτον καὶ γὰρ ὁ πατὴρ μέχρι τούτου κύριος. Na miejsce to zwrócił uwagę pierwszy Kübler Ztschr. d. Sav. Stfg. 15, 397 por. Krit. Vjsch. 16, 18 (w recenzji pracy Taubenschlaga)

rzymskiego Egiptu. Na podstawie B. G. U. III. 907 (z czasów cesarza Kommoda), gdzie ojciec nieletniej Aphrodisii nosi nazwę *κύριος καὶ ἐπίτροπος κατὰ τοὺς νόμους*, przyjęto już dawno, że opieka nad małoletnią córką przysługuje ojcu¹⁾. Opiekę zaś nad dojrzałymi kobietami ilustruje B. G. U. 78 (z r. 148/149 p. Chr.) i inne przez Weissa²⁾ zestawione dokumenta.

Trudniejszą jest kwestja ustawowej opieki najbliższych krewnych. Taubenschlag³⁾ starał się, opierając się na opublikowanym przez Gerharda (Sitz. Berichte d. Heidelb. Akademie Jahrg. 1911 8 Abh.) papyrusie, a w szczególności na ustępie (w. 7/8) οὐτε κατ' ἀγχιστεῖαν ἀπογραψάμενοι οὐτε κατὰ διαθήκην ἀπολελειμμένοι ἐπίτροποι, dowieść, że prawo greckie znało ustawową opiekę nad małoletnimi kobietami, opartą na zasadach ἀγχιστεία. Ale przeciw niemu podniósł mojem zdaniem słusznie Kreller⁴⁾, że niepodobna w powołanym przez niego ustępie łączyć słów ἀπογραψάμενοι z ἐπίτροποι i tłumaczyć ten ustęp w ten sposób, że w nim chodzi o deklarację przyjęcia ustawowej opieki, gdyż w tym wypadku musiałby ustęp ten opiewać ἀπογραψάμενοι ἐκτουτοῦ ἐπιτρόπου albo ἀπογραψάμενοι (pass.) ἐπίτροποι. Większą wagę przypisać natomiast należy powołanemu przez Taubenschlaga — tym razem już wprost dla opieki nad kobietami dojrzałymi — Magd. 32 (III wiek przed Chr.). Tu wychodzi petentka prosząca o ustanowienie opiekuna z założenia, że jeśliby posiadała συγγενεῖς, ci byłiby w pierwszej linii do ustawowej opieki powołani (w. 4) συγγενῆ δὲ μεθ' ἐν[α ἄλλον]. A toż samo powiedzieć należy o Tebt. II 397 (z r. 198 p. Chr.), gdzie petentka uzasadnia swą prośbę o ustanowienie opiekuna tem, że mąż jej jest nieobecnym; μηδὲ τοῦ πατρὸς πατέρων μηδὲ ἔχειν με ἀδελφὸν ἢ υἱὸν a niema ani ojca, ani dziadka, brata lub syna. To niewątpliwie ciekawe zestawienie nasunęło Taubenschlagowi przypuszczenie, że grecko-egipskie prawo znało ustawową opiekę nad kobietami, unormowaną wedle zasad agnatyecznych⁵⁾. Że w końcu w Egipcie kobieta zamężna podlegała opiece męża, wykazał Mitteis⁶⁾, powołując się na rozporządzenie króla Ptolomeusza Philadelpa; wystarczy więc odwołać się na jego wywody.

3. Na nieco odmiennych zasadach opartą jest tutela legitima w pra-

¹⁾ Por. Taubenschlag l. c. 73.

²⁾ Archiv. f. Papfor. IV. 85.

³⁾ l. c. 73.

⁴⁾ Kreller: Erbrechtliche Untersuchungen 102 por. jednak Kübler: Krit. Vjschr. 16, 19 i Bruck: Ztschr. Sav. Stfg. 34. 449, którzy widocznie przychylają się do interpretacji Taubenschlaga.

⁵⁾ Por. Taubenschlag l. c. 75.

⁶⁾ Por. Reichsrecht u. Volksrecht 54. 220/22, Weiss Arch. f. Pap. IV 79, Taubenschlag l. c. 75.

wie rzymskiem. Przedewszystkiem nie zna prawo rzymskie opieki nad córką, która pozostaje nadal pod władzą ojcowską — zasadniczo różnej swoim charakterem od opieki — chociażby wyszła z lat niedojrzałych; tożsamo nie zna prawo rzymskie opieki męża nad żoną, gdyż władza nad nią nosi tu charakter manus. Prawo rzymskie zna jedynie opiekę nad kobietami, nie podległemi ani patriae potestati ani manus męża¹⁾.

Opiekę tę, która przysługiwała tu z mocy ustawy najbliższemu krewnym, określa słynna (interpolowana zresztą) definicja Serviusa²⁾ jako vis i potestas. W niej odzwierciedla się najsilniej idea władztwa, wybiegającego poza sferę własnych uprawnień³⁾. Idea obowiązku, która dzisiaj znamionuje opiekę, ustępuje tu wyobrażeniu władztwa w obcym domu. Ponieważ z opieką tą łączyło się zazwyczaj prawo do spadku, przedstawia się ona jako środek zabezpieczenia przyszłych praw spadkowych⁴⁾.

a) Z istoty opieki agnacyjnej jako prawa familijnego wynika przedewszystkiem, iż do zaistnienia jej wystarcza wykazanie pokrewieństwa w odpowiednim stopniu. Opieka ta przypada najbliższemu krewnym niezależnie od tego, czy są oni równocześnie dziedzicami czy nie⁵⁾. Stąd wyciąga prawo klasyczne wniosek, że opieka przypada synowi już z chwilą śmierci ojca, chociażby jeszcze spadku nie objął, lub objąć jeszcze nie mógł⁶⁾. Konsekwentnie stoi prawo klasyczne na stanowisku, że wydziedziczenie nie ma wpływu na nabycie opieki, jakkolwiek odbiera wydziedziczonemu spadek⁷⁾; assygnacja zaś wyzwolenca lub wyzwolonej przez patrona jednemu z dzieci, odbiera wprawdzie innym dzieciom spadek, jednak nie ma wpływu na opiekę, gdyż ta przysługuje wyłącznie na mocy prawa patronatu, czego spadkodawca testamentem ani rozporządzeniem między żyjącymi nie może zmienić⁸⁾.

β) Dalszą konsekwencją prawa opieki jako prawa familijnego jest to, że przysługuje ono krewnemu tak długo, jak długo pozostaje on w stosunku pokrewieństwa do pupila. Jeśli przeto opiekun taki stanie się niezdolny do sprawowania opieki, traci wprawdzie faktyczną możność administracji, nie traci jednak samego prawa opieki. Zachodzi wówczas tylko potrzeba ustanowienia tymczasowego opiekuna, co też późniejsze prawo wprowadziło w wypadkach nieletności, głuchoty lub innej ułomności opiekuna.

γ) Z natury tego prawa jako prawa familijnego wynika następnie

¹⁾ Por. Rudorff l. c. I 54.

²⁾ D. 26, 1, 1 pr. por. Girard. l. c. 206/g.

³⁾ Mitteis: Privatrecht 76.

⁴⁾ Wróblewski l. c. 292.

⁵⁾ Por. Cuj l. c. 96.

⁶⁾ Por. D. 10, 2, 46 także Rudorff l. c. I 195.

⁷⁾ Gai III 58 por. Rudorff l. c. I. 195.

⁸⁾ D. 26, 4, 1 § 3. por. Rudorff l. c. I. 195.

iż pierwotnie można je było, jak przypuszcza Mitteis, dochodzić sądownie. Ślady tego znajdzie Mitteis w *in iure cessio*, którą stosowano do tuteli agnatów. W tem mianowicie, że cesjonariusz wbrew rzeczywistemu stanowi rzeczy wypowiada twierdzenie: *hanc tutelam meam esse aio*, dopatrzeć się można — może — dowodu, iż wolno było pierwotnie prawa opieki jako prawa prywatnego dochodzić wobec każdego postronnego¹⁾. Ścisłego jednak dowodu tej hipotezy nie posiadamy.

δ) Ostatnią w końcu właściwością opieki dawnej jako prawa familijnego jest to, że gaśnie ona skutkiem *capitis deminutio tutora*, a mianowicie pociąga już tzw. *capitis deminutio minima* za sobą utratę opieki. Z nią bowiem łączy się utrata przynależności do rodziny, na której się prawo opieki opiera²⁾.

ε) Opieka ta jako prawo familijne przysługuje agnatom i gentylom³⁾. Podnieść przytem wypada, że przysługuje ona tylko męskim agnatom, kobiety bowiem są od sprawowania opieki ustawowej wykluczone⁴⁾. Jeśli przeto opieka w porządku ustawowym miałyby przypaść kobiecie, przypada ona z pominięciem kobiety jakby nieistniejącej innym legitimi tego samego stopnia, albo jeśli takich niema, legitimi następnego stopnia⁵⁾. Charakterystycznym jest przytem, że wykluczenie kobiet w ogólności ma miejsce tylko przy tut. leg., podczas gdy przy legitima hereditas wykluczenie to odnosi się jedynie do dalszych agnatek *ultra consanguineas*, tak że w tym najbliższym stopniu opieka i spadkobranie nie idą równorzędnie⁶⁾, skoro opieka przypada tu tylko mężczyznom, spadek zaś mężczyznom i kobietom. Opiekunem przeto nieletniego syna i córki będzie np. *frater consanguineus*, *patruus*, *frater patruelis*, opiekunem wdowy, która znajdowała się *in manu*, własny jej syn, brat jej męża itd., podczas gdy nawet *mater loco consanguineae* nie może być opiekunką swego syna⁷⁾.

W braku agnatów, przychodzą do opieki gentylowie⁸⁾. „C'est une application du principe de la solidarité familiale, powiada Cuq⁹⁾, les membres de la même maison ou de la même gens se doivent les uns aux autres aide et protection“. Oczywiście nie może być mowy o kolejności dziedziczenia w obrębie gentyłów, skoro tu żadnego stopnia niema, albowiem wszyscy gentylowie stoją na równi, nosząc jedynie wspólne

¹⁾ Rudorff 196, Mitteis *Privatrecht* 76; por. też Gai I, 168—170 i Ulp. XI, 6.

²⁾ Por. Desserteaux: *Etudes sur la formation de la capitis deminutio* 297.

³⁾ Rudorff l. c. I. 208. Ulp. XI. § 2. 3.; D. 26. 4, 1 pr.

⁴⁾ Ulp. XI. 4. *Agnati sunt a patre cognati virilis sexus* por. Rudorff l. c. I. 210.

⁵⁾ D. 26, 4, 10; Gai I. 177—179, Ulp. XI. 20.

⁶⁾ D. 26, 4, 1 § 1 por. Rudorff l. c. I. 198.

⁷⁾ D. 26, 4, 8, por. Rudorff l. c. I. 210.

⁸⁾ Por. Kniep Gaius 253.

⁹⁾ L. c. 96.

nazwisko „nomen“. Tutela gentyłów mogła niewątpliwie tylko tak długo znajdować się w zastosowaniu, jak długo wogóle istniały gentes. W ostatnich czasach republikańskich tutela ta jeszcze była w każdym razie żywotną, gdyż nietylko Cycero określa w *pro domo* 13, 35, skutki wystąpienia Klodjusa z swojej gens jako „iure quiritorium legitimo tutelarum et hereditatum relicto“, lecz także *laudatio Turiae* I. 21 wspomina o niej w słowach: *nec sub condicionem tutelae legitimae venturam quouis per [legem in te ius non] esset, neque enim familia [e] gens ulla probari poterat.*

III. Ustawowa opieka patronów.

Ustawa dwunastu tablic nie postanawiała wprost, kto ma być opiekunem kobiety, która na skutek wyzwolenia stała się *sui iuris*. Ponieważ jednak ustawa ta powoływała do spadku po wyzwolonym patrona i jego rodzinę¹⁾, nie stało nic na przeszkodzie, by stąd wydedukować dla nich i tutelę nad wymienioną osobą. Jeśli przeto tutela ta nosi mimoto nazwę *tutelae legitimae*, nie oznacza to wcale, by opierała się na dosłownej literze prawa XII tablic, lecz tylko to, że wypływa ona z ducha ustawy albo przynajmniej z dawnego *ius civile*²⁾. Pojęcie rodziny patronatowej jest tylko względnie różne od pojęcia rodziny agnatycznej, skoro te same osoby tworzą rodzinę patronatową³⁾, które tworzyłyby rodzinę agnatyczną, gdyby *libertus*, zamiast *dominica potestas* podlegał *patriae potestati* albo *manus*. Przez familję patroni należy przeto rozumieć całą jego *descendencję agnatyczną*⁴⁾. W obrębie tej rodziny należy jednak odróżnić patrona od innych jej członków. Ponadto pamiętać należy, że podobnie jak nie zalicza się kobiet do agnatycznej rodziny, o ile chodzi o opiekę, tak też traktuje się jako nieistniejącą zarówno kobietę, która wyzwala, jak i agnatyczną *descendencję* w linii żeńskiej⁵⁾. Kolejność następstwa tej tuteli w obrębie rodziny patronatowej jest zaś naogół identyczną z patronatowym porządkiem dziedziczenia, gdyż reguła: *quo tutela redit, eo et hereditas pervenit* ma i tutaj zastosowanie, wyjąwszy wypadek, gdzie jak zauważyliśmy, spadek przypada kobiecie. Wśród kilku krewnych patronatowych, bliższy stopniem wyprzedza przeto dalszego stopniem, a kilku równych stopniem przychodzi wspólnie do opieki⁶⁾.

W inskrypcjach spotykamy dwa wypadki, co do których zachodzić

¹⁾ Gai III. 40, 49, Ulp. XXIX, 1.

²⁾ Gai I. 165, Ulp. XI. 3., D. 26, 4, 3 pr. § 1.

³⁾ Bas. lib. 49, 1, 28 ἐπειδὴ δὲ δοκοῦσι συγγενεῖς εἶναι τῶν ἐλευθερουμένων οἱ ἐλευθεροῦντες αὐτούς.

⁴⁾ D. 26, 4, 3 § 3.

⁵⁾ Gai I. 195; III. 52; D. 26, 4, 1 § 1.

⁶⁾ Por. Rudorff I. c. I. 223.

może prawdopodobieństwo, że odnoszą się do tuteli patronatowej. W pompejańskim dokumencie o fiducia ¹⁾ czytamy, że „Decidia Margaritae emit et mancipio accepit de Poppea Prisc[i] liberta Note] tutore auctore A. Caprasio..... przyczem Poppea Note występuje, jak widzimy, w asystencji swego opiekuna, a Julja Monime mancytuje grunt collegio Silvani, nummo uno donationis causa, tutore (auctore) C. Memmio Orione ²⁾. Zasługuje przytem na szczególną uwagę, że zarówno Poppea Note jak Julja Monime mają opiekuna, który należy do innego rodu, pierwsza Caprasiusa Ampliatusa, druga Memmiana Oriona. Faktem tym zajmował się co do Poppea Note już Eck ³⁾, stawiając hipotezę, iż Caprasius jest tutor cessicius, a odrzuca zapatrywanie, które później podjął Girard ⁴⁾, iż jest on tutor fiduciarius, a to na tej podstawie, ponieważ wedle jego zdania Poppea Note zmieniłaby nazwisko swoje przy coemptio. Pewnego w tej materji nie powiedzieć nie można. W każdym razie zauważa Kübler, że gdyby Poppea wyszła skutkiem koempcyi z pod władzy patronatowej, zyskałaby prawa wolnorodnej i potrzebowałaby opiekuna dla mancytacji tylko *dicis gratia*, a takiego opiekuna by w akcie wcale nie wymieniała. O ile zaś chodzi o Julję Monime, to pochodziła ona — o ile nie była wyzwoloną — podobnie jak jej opiekun, z greckiej części cesarstwa, gdzie zwyczaj przybierania opiekunów utrzymał się przez długi czas po zniknięciu tej instytucji w prawie państwowem, czemu także jego wystąpienie w danym wypadku można wytłómaczyć. W źródłach literackich natomiast znajdujemy aluzję do patronatowej tuteli u Liv. 39. 9 § 7. w sprawie Hispali Fecenii (w roku 568/616), w którym to czasie jednak jak się zdaje nie przysługiwała ona jeszcze potomkom patrona: *ut post patroni mortem, quia in nullius manu erat* ⁵⁾.

IV. Tutela Latinae et Latini impuberis.

Wyzwalający staje się tylko wtedy patronem, a w następstwie i opiekunem wyzwolonej, jeśli ta nabywała faktycznie wolność przez wyzwolenie. Lex Junia Norbana stanowiła jednak, że nad kobietą, która przez nieprawidłowe wyzwolenie stała się tylko Latynką, ma przysługiwać tutela muliebris temu, komu przed wyzwoleniem przysługiwała nad nią własność kwirytarna ⁶⁾. Możliwym jest przeto, że tutela i spadek

¹⁾ C. L. I. IV. Suppl. 154 (Bruns, Fontes⁷, 332).

²⁾ C. L. I. VI. 10, 2, 231 = Bruns Fontes⁷, 336. por. Kübler Sav. Ztschr. 30. 170.

³⁾ Sav. Ztschr. 9, 179 Podczas druku zwrócił mi uwagę prof. Taubenschlag, że tutor taki występuje także w greckiej inskrypcji Dessau Vol. II, 1 Nr. 8875 Aup. Ὀνήσιμος στρατιώτης..... [:-]ούτορ [x]εστατωνάρτος.

⁴⁾ Textes⁸ 784.

⁵⁾ Kniep: Gaius I. 271. por. też Radin w Classical Philology (1914) s. 245.

⁶⁾ Gai I. 167.

przypadnie w tym wypadku różnym osobom. Jeśli bowiem własność kwirytarna i bonitarna znajduje się w rękach różnych osób, bonitarny zaś właściciel wyzwala niewolnika stwarzając zeń Latyna, przypadają wedle znanych reguł prawa rzymskiego jego bona właścicielowi bonitarnemu¹⁾, tutela zaś właścicielowi kwirytarnemu. Wyzwalający otrzyma zatem tylko wtedy bona i tutelę, jeśli był właścicielem kwirytarnym²⁾.

V. Ustawowa opieka manumissorów z mancipium i podobnych stosunków prawnych.

Obok wyzwolenia z niewoli zna prawo rzymskie wyzwolenie ze stosunków przypominających niewolę: z t. zw. mancipium. Wyzwolenie to dokonywa się w ten sam sposób i w tych samych formach, jak każde zwyczajne wyzwolenie, i wytwarza między wyzwalającym (i jego rodziną) a wyzwolonym stosunek, który tem tylko się różni od patronatu, że wyzwolony pozostaje ingenuus, skutkiem czego wyzwalający nie otrzymuje nazwy patrona, lecz tylko manumissora, wyzwolony zaś nazwę manumissi lub emancipati. Z wyzwoleniem wiąże się i tu prawo opieki, które również zawdzięcza swoje powstanie nie ustawie XII tablic, lecz interpretacji (exemplo albo ad similitudinem patroni), przysługujące po śmierci wyzwalającego jego rodzinie względnie agnatycznej descendencji w miarę stopnia bliższości³⁾.

Tutela ta może jednak przybrać różny charakter stosownie do tego, czy wyzwalającym jest extraneus (tutela fiduciaria) czy też ojciec emancypowanego. Tu nas interesuje jedynie drugi wypadek.

O tej zaś tuteli czytamy u Gaiusa I. 166: Exemplo patronorum recepta est alia tutela, quae et ipsa legitima vocatur; nam si quis filium nepotemve aut pronepotem impuberes vel filium nepotemve aut pronepotem tam puberes quam impuberes alteri ex lege mancipio dederit ut sibi remanciparetur, remancipatosque manumisserit legitimus eorum tutor erit⁴⁾. Tutela ta nosi przeto nazwę legitima i tak samo określono ją w J. 1. 1. 18. W I. 172 broni Gaius tego zdania przeciw zdaniu innych, którzy tutelę tę zaliczali wyłącznie do fiduciarnych (sed fiduciaris quoque quidam putaverunt), podnosząc, iż ojca można uważać także za ustawowego opiekuna, że jest on przeto tutor fiduciarius, traktowany jest jednak

¹⁾ Gai III. 56, 166.

²⁾ Gai I. 167, por. także Ulp. 11, 19 Lex Junia tutorem fieri iubet Latinae vel Latinis impuberibus eum, cuius etiam ante manumissionem ex iure Quiritium fuit. Zob. też Fr. Dos § 9: necesse est ergo servum non tantum ex iure Quiritium, sed etiam in bonis esse manumittentis, do tego wywody Kniepa, Gaius I. 273.

³⁾ Gai I. 166, Ulp. XI. 5.

⁴⁾ I. 1, 18, D. 26, 4, 3 § 10; C. 2, 20 (21), b (a 293); 5, 61, 2 (1) (a. 294).

także jako tutor legitimus. Że ojca uważano za tut. fiduc., łatwo zrozumiemy, skoro on mancyponwał ea lege ut sibi remanciparetur¹⁾. Jak z cytowanego powyżej ustępu wynika, postępowano przy emancypacji w ten sposób, że po emancypacji ojciec dokonywał wyzwolenia przeniesionej na niego causa mancipii, by jako auctor manumissionis zyskać prawa patronatowe, a z niemi i opiekę nad swą córką²⁾. Po jego śmierci, względnie w razie jego capitis deminutio, przechodzi ta tutela na jego rodzinę, t. zn. na agnatyczną descendencję w męskiej linii.

Charakter tej tuteli jest jednak inny u ojca, a inny u jego descendentów. Parens manumissor ma bowiem wszelkie prawa patrona, podczas gdy jego descendenci posiadają rolę t. zw. fiduciarii tutoris tj. extranei manumissoris. Nie noszą oni nigdy nazwy legitimi tutores, Gaius³⁾ powiada też o nich „huius (parentis) quidem liberi fiduciarii tutoris loco numerantur“, w przeciwstawieniu do dzieci patrona, które eandem tutelam adipiscuntur quam et pater eorum habuit, a dopiero Modestyn⁴⁾ nazywa ich wprost fiduciarii tutores i taką nazwą określa się ich w Instytucjach⁵⁾.

VI. Tutela testamentaria.

Wedle I § 142 Gaiusa posiada ojciec prawo ustanowić dla kobiet, które znajdują się pod jego władzą, w testamencie opiekuna. Wyjątek stanowią już w prawie XII tablic Westalki, a wedle późniejszej lex Julia et Papia Poppaea, kobiety posiadające ius liberorum. Wnuczkom natomiast może dziadek tylko o tyle ustanowić opiekuna, o ile po jego śmierci nie dostaną się pod władzę ojca. Podobnie może mąż ustanowić w testamencie opiekuna dla żony podległej jego manus, w ten sam sposób teść synowej, która znajduje się w manus syna (nurai quae in filii manu est), z tem zastrzeżeniem, by syn znajdował się pod władzą swego ojca⁶⁾.

¹⁾ Perozzi l. c. 312, por. do tej kwestji ponadto Kniep: Gaius 273.

²⁾ Por. Girard Manuel⁶, 190, Taubenschlag l. c. 79/80, gdzie wykazuje, że Ulpian D. 26, 4, 3 § 10 jest odpowiednio interpolowany. Zauważyć należy, że praktyka prowincjonalna stosowała potrójną mancyponację przy córkach i przy synach w przeciwstawieniu do reguły podanej przez Ulp. X. 1; por. Meyer Jur. Papyri Nr. 9 i cytowaną tamże literaturę.

³⁾ I. 175.

⁴⁾ D. 26, 4, 4.

⁵⁾ I. 1, 19.

⁶⁾ Ulp. 22, 14. Prawo ustanawiania opiekuna nie przysługiwało jednak matce (por. D. 31, 69, 2), chociaż zwykle magistratus osobę przez nią wskazaną konfirmuje (D. 26, 3, 2, por. Tebt. 326, a. 266). Cesarz Aleksander pozwala jej to (C. 5, 28, 4), jeśli pupilkę ustanowi dziedziczką por. D. 26, 2, 4 a do tego Peters Sav. Ztschr. 32, 258, Rabel l. c. 423.

To prawo ustanawiania opiekunów w testamencie opiera się na ustawie XII tablic. Odnośny przepis V. 3, opiewał wedle Ulp. 11, 14 *Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto*¹⁾. Ustanowienie takie następuje z reguły w słowach: *Lucium Titium liberis meis albo uxori meae tutorem do*. W ten sposób naznaczony tutor zostaje tutorem ipso facto, jeśli testament stał się skutecznym po śmierci testatora.

W tej możności zamianowania opiekuna w testamencie leży już pewien wyłom w prawach agnatyecznych najbliższych krewnych. Jest bowiem rzeczą naturalną, że ojciec lub mążonek wybierze osobę zaufania, choćby z poza grona agnatów²⁾. Słusznie też zauważa Perozzi³⁾, iż tutela ta sprzeciwiała się duchowi dawnego prawa, któremu odpowiadała li tylko tutela legitima, jako prawo najbliższego krewnego, skoro przy ustanowieniu tej tuteli względ na korzyść kobiety musiał przeważać.

VII. Tutela dativa.

Obok tutela legitima i tutela testamentaria wytwarza się już w bardzo wczesnych czasach, może już tuż po ustawie XII tablic „tutela dativa“, tutela z nadania pretorskiego⁴⁾.

1. Nasuwa się oczywiście pytanie, jak postępowano w dawnych czasach w wypadkach, gdy chodziło o osobę nie posiadającą ani opiekuna ustawowego, ani testamentowego, skoro osoby takie bez niego żadną miarą obejść się nie mogły.

Wedle zdania Dirksena⁶⁾ ustanawiało wówczas zgromadzenie ludowe opiekuna. Karlowa⁷⁾ przypuszcza natomiast, że dzierżyciel najwyższej władzy magistratualnej, a więc król, następnie konsulowie, dalej pretor urbanus obejmował w takim razie opiekę kobiety, a potwierdzenie swego zapatrywania widzi w *Verr. II. 1, 56*, w słowach *Quibus de bonis? pupilli cuius aetatem et solitudinem etiamsi tutores non essent praetor defendere debuit*, które podobne zapatrywanie uwydatniają. Karlowa podnosi przytem, że pretor oczywiście osobiście nie sprawował zarządu ma-

1) Por. do tego ustępu Kniep I. c. 247.

2) Schulin: *Rechtsgeschichte* 186.

3) *Cic. pro Cluent. 41*: *nemo illum ex tam multis cognatis et adfinibus tutorem unquam liberis suis scripsit*; do tego Pernice: *Labeo I. 192*.

4) I. c. 324.

5) Ob. odnośnie do pojęcia tutelae dativae: Zocco-Rosa *Annuario dello ist. del dir. rom. XIII, XIV, 56*, który wykazuje, że nazwa dativa dla tutora, ustanowionego przez władzę, nie jest pochodzenia klasycznego. Klasycy używają wyrazu „*dativus*“ dla określenia tutora „*testamento dati*“. Tutor ustanawiany przez władzę, to „*tutor ex lege Atilia*“ albo „*tutor ex lege Julia et Titia*“.

6) *Vermischte Schriften I. 1*.

7) *Rechtsgeschichte II 284/5*.

jątkowego, lecz czyniły to z jego polecenia inne osoby; osobiście udzielał tylko auctoritatem dla czynności, dla których ona była wymagana. Mógłby się Karlowa powołać jeszcze w tym względzie na D. 27, 6, 1 § 5: *etiāmsi pro tutore negotia gerens auctoritatem accomodaverit — nisi forte praetor decrevit ratum se habiturum id, quod his auctoribus gestum est; tunc enim valebit per praetoris tuitionem, non ipso iure, gdje z taką samą myślą się spotykamy. Bardzo ciekawe zapatrywanie wyraża w tym względzie Perozzi¹⁾. Przypuszcza on mianowicie, że pierwotnie opiekunów nad członkami patrycjuszowskich *gentes* ustanawiały rody, członkowie zaś rodzin plebejskich, jako stojący poza *gentes*, pozostawali po prostu bez opieki. Ustawa Atilia dokonała się pod hasłem zrównania. Odtąd i patrycjuszom i plebejuszom ustanawia pretor opiekunów. Nie z tego powodu, by ograniczyć *imperium pret.*, lecz by plebejusz nie pozostawał bez opiekuna, musieli wedle tej ustawy interweniować naturalni jego obrońcy, *tribuni plebis*. Ale m. zd. wyjaśnienia tej kwestji należy szukać na innem polu, a mianowicie w istocie *imperium pretorskiego*.*

Jak nas Gaius (I. 184) informuje, już w dawnym procesie rzymskim: *tutor dabatur si inter tutorem et mulierem pupillumve lege agendum erat — qui dicebatur praetorius tutor, quia a praetore urbano dabatur*²⁾. Jak Wlassak słusznie wywodzi, należy wyrażenie źródła „*praetorius tutor*“ tłumaczyć dosłownie. Pretorskim nazywał się ten tutor tylko dlatego, ponieważ ustanawiał go pretor. Wyraz *praetorius* nie może być nadto brany w znaczeniu technicznem, ponieważ źródło prawne, na którym ustanowienie tutora się opiera (*mores*), należy do prawa cywilnego. W dalszym ciągu podnosi Wlassak, że teoria klasyków³⁾, która wedle prawa swego czasu nie przypisywała *tutoris datio* ani *imperium*, ani *jurisdictio pretora*, nie powinna nas powstrzymać od wyrażenia zapatrywania, że ustanawianie opiekunów mieściło się pierwotnie w *imperium pretorskiem*. Odnosząc zaś ustęp powyższy do czasów późniejszych, zyskujemy zadawalające wyjaśnienie naszej instytucji. Pierwotnie był ten tutor w rzeczywistości opiekunem pretorskiego prawa, co prawda prawa niepisanego. Na skutek zaś stałej praktyki, by w wymienionych przez Gaiusa wypadkach takiego opiekuna ustanawiać, usankcjonowało go prawo zwyczajowe, przyczem stare jego określenie (*mores*) jako *tutor praetorius* pozostaje.

Za czasów Gaiusa jest ta *tutela praetoria* już dawno recypowana do prawa cywilnego. Z punktu widzenia prawa późniejszego wyjaśniają

¹⁾ *Il tutore impubere*, 53.

²⁾ Por. Wlassak, *Rechtsquellen* 27, a do tego *Mitteis Privatrecht* 4/4.

³⁾ D. 26, 1, 6 § 2: *Tutoris datio neque imperii est neque iurisdictionis sed ei soli competit cui nominatim hoc dedit vel lex vel senatus consultum vel princeps.*

przeto juryści tę nazwę zupełnie trafnie, powiadając, że opiekunowie ci nazywają się pretorskimi quia a praetore urbano dabantur (Gaius), albo dari consuerit (Ulp. 11, 24). Mitteis, który przychylił się do zdania Wlassaka, podnosi, że tylko w tym punkcie z nim zgodzić się nie może, że Wlassak nazywa tego opiekuna opiekunem pretorskiego prawa, skoro trudno pogodzić to z faktem, że udziela on cywilnej auctoritas. Ale jakże można nazwać inaczej opiekuna, który wywodzi swoje istnienie z imperium pretorskiego, skoro każda instytucja, oparta na imperium pretorskim, jest instytucją pretorską? Ta okoliczność, że opiekun przez niego ustanowiony udziela następnie cywilną auctoritatem, nie może zupełnie zmienić jego pierwotnego charakteru jako takiej instytucji. Być zresztą może, że akty przez takiego pretora podejmowane, valebant pierwotnie nie ipso iure sed tuitione pretoris, a dopiero z chwilą recepcji tej instytucji do prawa cywilnego wolno im było udzielać auctoritatem, ważnej także z punktu widzenia prawa cywilnego¹⁾. To samo zaś imperium, które dawało pretorowi możność ustanawiania opiekunów pretorskich, musiało niewątpliwie umożliwiać także ustanawianie opiekunów ad omnia negotia, w tych wypadkach, kiedy kobieta ani opiekuna testamentowego, ani ustawowego nie posiadała²⁾.

Zmianę w tym względzie zaprowadziła dopiero *lex Atilia*³⁾. Dla określenia czasu wydania tej ustawy posiadamy następujące wskazówki: nie może ona być wcześniejszą od plebiscytu licyńskiego z r. 387, które powołało do życia praeturas urbanas, ani też wyjść poza r. 568, tj. rok sprzysiężenia Bachanaljów, gdyż Liv. XXXIX, 9, donosi o Fecenii Hispali, której zeznania doprowadziły do jego odkrycia, że ona uprosiła po śmierci swego patrona opiekuna, właśnie na podstawie tej ustawy⁴⁾.

Ponieważ tutor Atilianus nie był wówczas już nową instytucją, można tę *lex Atilia* z wszelką pewnością cofnąć jeszcze bardziej wstecz.

¹⁾ Kniep l. c. 291/2, który wskazuje na postępowanie, jakiego się trzymało przy ustanawianiu tego opiekuna. Kobieta musiała osobiście stanąć przed pretorem i domagać się ustanowienia opiekuna (D. 26, 1, 3 § 2), przyczem Kniep powołuje się trafnie ponadto na Schol. Sinait. 36; διάταξις ἔστιν φησὶ τῶν ἀδελφῶν λέγουσα τῷ ἀπόντι μήτε διὰ procuratoros διδοσθαι ἐπίτροπον ἀπ' ἑθους ἢ νόμου, a tutor może być przy ustanawianiu obecnym (por. Solazzi Aegyptus, II, 170/1). W prawie justyniańskim zastąpiono tego tutora kuratorem; ob. np. D. 26, 1, 3 § 2, § 4, 5; 26, 2, 24; 27, 3, 9 § 4, następnie C. 5, 44, itd. Por. do tego Kniep l. c. 292.

²⁾ Por. Solazzi: l. c. 169.

³⁾ Por. Karlowa l. c. 285, Zocco-Rosa l. c., Kniep l. c. 294; por. też Perozzi: tut. imp. 9, 53/54.

⁴⁾ Ea processerat consuetudine capta ut post patroni mortem quia in nullius manu erat, tutore a tribunis et praetore petito, cum testamentum faceret, unum Aebutium institueret heredem.

Zwyczajnie przyjmuje się jako jej datę r. 443. W tym to roku bowiem niejaki Atilius Regulus był trybunem plebis. Lecz i ta data niezupełnie jest pewna. W każdym razie można z postanowienia tej ustawy, wedle którego praetor urbanus winien odtąd za zgodą maioritas tribunorum plebis ustanawiać opiekunów, wnosić, że ustawa ta pochodzi mniej więcej z czasów ukończenia walk stanowych, a więc mniej więcej z wieku 5 po Chrystusie¹⁾. Otóż wedle mojem zdaniem słusznego przypuszczenia Mitteis²⁾ nie należy ustawie tej przypisywać tego znaczenia, by ona wprowadziła wzgl. przyznawała pretorowi kompetencję, jakiej dotąd nie posiadał, lecz tylko, że ograniczała pierwotną wyłączną kompetencję pretora wprowadzeniem wymogu współdziałania trybunów plebis. Takie samo przypuszczenie wyraził już szereg lat przedtem Wlassak³⁾. O ile chodzi o inne postanowienia legis Atiliae, to założeniem jej jest⁴⁾: si cui nullus omnino tutor sit. Przyjmowano zaś ten wypadek także i wtedy, jeśli w testamencie ustanowiono opiekuna pod warunkiem, albo od pewnego terminu. Podobnie traktowano wypadek, gdy ustanowiony dziedzic wahał się spadek przyjąć, aż do objęcia spadku. W ten sam sposób postępowano, jeżeli opiekun stał się captivus i z chwilą dostania się do niewoli utracił prawo opieki, którą co prawda odzyskiwał z chwilą powrotu⁵⁾.

Brak opieki zaś i konieczność ustanawiania opiekuna na podstawie lex Atilia zachodził w pierwszej linii przy wyzwolonych kobietach i był to też w praktyce wypadek najczęstszy.

2. Lex Atilia miała jedynie zastosowanie do Rzymu. Dla prowincyj wprowadziła analogiczne postanowienia lex Julia et Titia⁶⁾. Tu nasuwa się w pierwszej linii pytanie, czy mamy tu do czynienia z jedną, czy też z dwiema ustawami. Zocco-Rosa, który się tą kwestją ostatnio zajmował, starał się wyjaśnienie jej otrzymać na podstawie źródeł. O lex Julia et Titia wspominają źródła kilkakrotnie. Ze względu na epokę, z której one pochodzą, dzieli je Zocco-Rosa na 3 grupy, tj. na źródła klasyczne, bizantyńskie i poboczne. Do grupy klasycznej zalicza on Instytucje Gaja (I. 185, 195) i Ulpiana liber singularis regularum (t. zw. Tituli ex corpore Ulpiani XI, 18)⁷⁾. Do źródeł bizantyńskich Instytucje Justyniańskie (I.

1) Por. Karlowa I. c. 285.

2) Privatrecht 41/2.

3) Rechtsquellen 30.

4) Por. Kniep I. c. 294.

5) Gaius I, 185—188.

6) Por. Karlowa I. c. 285. Ob. do niej obecnie Taubenschlag: Pauly-Wissowa s. v. Lex Julia et Titia, gdzie cały materiał zebrany.

7) Ob. obecnie o nich: Vincenzo Arangio-Ruiz: „Sul liber singularis regularum“ Appunti Gaiani (odb. z Bull. d. ist. di dir. rom. 1920) i Albertario: Tituli ex corpore Ulpiani (również odb. z Bull. dell' ist. di dir. rom. 1921).

20 pr.) i ich tłumaczenia greckie t. zw. Paraphrasis Institutionum (I. 20 pr.). Trzecią grupę obejmują Scholia Sinaitica ad Ulp. lib. ad Sab. (20) i papyruse.

Zródła klasyczne mówią wprawdzie stale o lex Julia et Titia, ale użycie spójnika *et* jest tylko względnym dowodem dwoistości, bo Gaius np. używa go tak przy określaniu 2 różnych leges, jak i przy oznaczaniu 2 rogationes¹⁾. Instytucje Justyniańskie zaś trzymają się ściśle tekstu Instytucji Gaia, nie przynoszą więc nic nowego; Scholia wspominają tylko o ἄλλος Titii νόμου τίτλος a więc ograniczają się do wskazania innego ustępu tej ustawy. Oxy IX. 720 zawiera li tylko prosty wypadek, gdzie lex Julia et Titia zastosowano w praktyce. O ile chodzi wkońcu o t. zw. Paraphrasis, to ta mówi wyraźnie o β νόμοι: a więc o 2 odrębnych ustawach, coby przemawiało za dwoistością. Wzmianka ta może jednak pochodzić z glossy do κατά πόδας, bo samo κατά πόδας jest tylko dosłownym tłumaczeniem Inst. Gaia, który o tej dwoistości nie mówi, a główne źródło Paraphrazy, tekst łaciński Inst. Just., idzie w tem miejscu ściśle za Gaiusem; glossa zaś jest wogóle źródłem bardzo wątpliwem. Tak więc dochodzi Zocco-Rosa na podstawie analizy źródeł do rezultatu, że jedne źródła (Gaius, Ulpian, Inst. Just., Scholia i papyruse) nie dają nam żadnych wyraźnych wskazówek co do dwoistości lub jednolitości tych ustaw, jedyne zaś źródło przemawiające pozornie za dwoistością (Paraphrasis) nasuwa przy szczegółowym badaniu tak poważne wątpliwości, że nie można go przyjąć za dowód bezwzględnej dwoistości.

Nie przynoszą też wyjaśnienia źródła, które ukazały się po napisaniu rozprawy Zocco-Rosy. W szczególności nie przyniósł wyjaśnienia papyrus ogłoszony przez Grenfella w Bodleian Quarterly Record (1919, p. 259—262)²⁾, ani też Oxy 1466 (z r. 245), powołujący się na lex Julia Titia³⁾, tak, że i po tych źródłach stojmy wobec non liquet⁴⁾.

Ponieważ papyruse ilustrują nam zastosowanie tej ustawy w praktyce, wskazanem jest z niemi bliżej się zapoznać. Oxy IX. Nr. 720 (M. Chr. Nr. 324., Meyer Jur Pap. Nr. 13) brzmi:

[C](audio Valerio Firm[o] praef(ecto) Aeg(ypti) | ab Aurelia(e) Ammo[nario]. Rogo, domine, des mi[hi] | auctorem Aurel(ium) P[lutammone]m || e lege Julia <et> Titia et... [...] |

¹⁾ Por. np. I. 80, II. 45, IV. 19.

²⁾ Ob. do tego Fulvio Maroi Un documento bilingue di datio tutelae nell' Egitto greco-romano w Aegyptus I. 139 i nast.

³⁾ Por. Wenger Krit. V. Jahr. 18, 54.

⁴⁾ Por. uwagę wydawców ad Oxy 720: „In the official signature below the more usual and probably more correct form Julia et Titia is used. The *et* has sometimes been regarded as a reason for supposing that there were two leges a Julia and a Titia but the conclusion is by no means necessary“.

Dat(um) do(mino) no(stris) Philippo Aug(usto) II e[t] | Philippo Caesarib(us) c[o(n)s(ulibus)] | (2Hd.) [A]ύρηλια Ἀμμωνάριον [ἐπιδεδωκα] (3 Hd.) [A]ύρηλια (sic) Πλουτάμμου[ων εὐδοκῶ τῆ] || [δε]ήσει. (4 Hd.) [Ἔτους]. δ Τῦβι i. [] (5 Hd.). Quo ne ab [iusto tutore tutela] abeat, Pl[utammone] | e leg(e) Jul(ia) et [Titia tutorem] do (6 Hd.). Le]gi.

Dokument ten składa się z następujących części A) z podania: a) adres, b) tekst, 3—5, c) data, d) własnoręczne subskrypcje a mianowicie: a) petentki, b) osoby prezentowanej na opiekuna, c) data. B) załatwienie podania: a) przez naczelnika kancelarji, b) własnoręczna uwaga prefekta¹⁾. Dokument ten (w pierwszych 7 wierszach) zawiera podanie niejakiej Aurelii Ammonarion wystosowane do prefekta Klaudiusza Firmusa o ustanowienie opiekuna ex lege Julia et Titia¹⁾.

Oxy. 1466 zawiera zaś prośbę wystosowaną do prefekta Valeriana Firmusa o ustanowienie opiekuna e lege Julia et Titia, utrzymaną tylko w kopji²⁾ następującej treści:

1. Valerio Firmo praef(ecto) Aeg(ypti) ab Aurelia Arsinoe. Rogo domine [des mihi auctorem e lege Iulia et Titia Aurelium].
2. Erminum. (ἔτους) β Παχῶν Κς' κόλ(λημα) ρδ τ(όμος) εἷς
3. ἐρμηνεία τῶν ῥω[μαϊκῶν]
- 2 nd hand: 4. Οὐαλερίω Φίρμω ἐπάρχῳ Αἰγύπτου πα[ρὰ Αύρηλιας Ἀρσινόης] ἑρῶτῶ κύριε, δοῦναί μοι
5. 'κύριον ἐπιγραφόμενον κατὰ νόμον Ἰούλιον καὶ Τίτιον Αύρηλιον Ἐρμείνον. ἑδόθη?
6. πρὸ τῆ Καλανδῶν Ἰουνίων Αὐτοχρά[τορι Φιλίππῳ Σεβαστῶ καὶ Τιτιανῶ].
7. Ὑπάτοις. Ἀύρηλια Ἀρσινόη Σαραπίωνος Ἐ[πιδεδωκα αἰτουμένη] τὸν Ἐρμεῖ.
8. νον κύριόν του ἐπιγραφῆναι. Αύρηλιος Τιμα[γένης] 11 letters ἔγραψα ὑπὲρ αὐτῆς¹⁾.
9. μὴ εἰδυίης γράμματα. Αύρηλιος Ἐρμείνος Διονυσίου εὐδοκῶ τῆ] δέησει. (ἔτους) β Παχῶν Κς.

Klauzula, zapomocą której tu prefekt podanie załatwia, brzmi: εἰ μὴ ἔχεις ἐτέρου κυρίου δίκαιον ὃν α[πιτεῖ] κύριον δίδωμι.

Tu należy w końcu papyrus opublikowany przez Grenfella w *Bodleian Quarterly Record* 1919 p. 259—262³⁾.

Dokument ten brzmi:

Q. Aemilius Saturninus praef. Aeg. postulante C. Terentio Sarapamone Meviae Dionusario e lege Iulia et Ti<ti>a et ex s. c. M. Iulium Alexandrum quo ne ab iusto tutore tutela abeat tutorem dedit d. e. r. e. b. t. s. s. actum Alex. ad. Aeg. VIII Kal. Octobre Saturnino et Gallo cos. anno VII imp. Caesarum L. Septimi Severi Pii Pertinacis Arabici

¹⁾ Ob. Meyer Jur. Pap. Nr. 13 (wstęp).

²⁾ Wenger Krit. V. Jahr. 18, 54, Arch. f. Pap. 6, 423; Silvio Maroi Aegyptus I, 146.

³⁾ Dokument ten otrzymałem dzięki uprzejmości Prof. Taubenschlaga.

Adiabeni Parthici Maximi et M. Aureli Antonini Augg. mense Thot die XXVI.

Subskrypcja.

(pag. 3) Μημία Διονυσίαριον αιτησάμη <ν κύριον> επιγραφόμενον Αλέξανδρον
ώς προκειται Γάιος Ιούλιος Ηρακλᾶς ἔγραψα ὑπέρ αὐτῆς γράμματα μὴ εἰδυίης.

Scripta exterior.

C. Iuli Heraclae C. Longini Prisci P. Octavi Theophili M. Aureli
Marci M. Iuli Felicis Domiti Claudiani C. Tercuti Sarapammonis.

Dokument kończy się następującemi słowy: Μέβρισ Διονυσάριου αιτου-
μένην κύριον Γάιον Ιούλιον Αλέξανδρον.

Tu mamy do czynienia z podaniem wystosowanem do prefekta o ustanowienie opiekuna ex lege Iulia et Titia et ex senatus consulto ¹⁾. To ostatnie niewątpliwie zawierało postanowienia wykonawcze do tych ustaw.

3. Pozostaje do omówienia pytanie, kto bywa powołanym do ustanawiania opiekunów w koloniach latyńskich ²⁾. Informacji pod tym względem udzielają nam leges Malacca i Salpensa (z r. 81—84). Ustawy te nie znają ustanawiania opiekunów przez prokonsula prowincji Baetica. Znajdujemy tu jednak postanowienia w c. 29, które przypominają najwidoczniej analogiczne przepisy legis Atiliae. Podobnie jak lex Atilia wychodzą i te ustawy z założenia: cui tutor non erit incertusve erit. Jeśli kobieta jest pełnoletnią, wówczas ciąży na niej samej obowiązek przedstawienia władzom municypalnym odpowiedniej osoby z prośbą o ustanowienie jej opiekunem. C. 29 powiada bowiem wyraźnie: „Cui tutor non erit et pupilli pupillave non erunt et ab II. viris, qui iuri dicundo praeerunt eius municipii, postulaverit, ut sibi tutorem det (et) eum, quem dare volet, nominaverit, tum is a quo postulat erit... de omnium collegarum sententia, qui tum in eo municipio intrave fines municipi erunt causa cognita, si ei videbitur, eum qui nominatus erit, tutorem dato“ ³⁾. Urzędnik municypalny ma zatem sam lub łącznie z resztą swych kolegów causa cognita, uczynić zadość jej żądaniu ³⁾. Końcowe zdanie cytowanego ustępu:

¹⁾ Stosownie do tego należy też uzupełnić luke w Oxy 720 ob. Silvio Maroi l. c. 141 i Mitteis ZSS. 25, 375.

²⁾ Mommsen Stadtrechte. 437, Knip l. c. 297; Girard Manuel 229; Patsch Arch. V. 475; Karlowa l. c. II. 286.

³⁾ W przepisie tym zastanawia, że i dojrzały ma prosić o „opiekuna“. Ale już Bruns Syr. Röm. Rb. 185. zwrócił uwagę, że podział na tutelę i kuratelę nie był zrozumiały Grekom i Orzentałom. Tego samego zdania jest Mitteis Reichsrecht 217, powołując się między innymi na C. 2, 18, 6, gdzie w testamencie ustanawiano kuratora. To samo pomieszczenie pojęć widzimy też i w prowincji Baetica. Por. Solazzi: Aeg. 2. 177, dla Egiptu zaś rozprawę Taubenschläga ZSS. 37. 179, gdzie tutela rozciąga się na podstawie zarządzenia testatora i poza 14 lat. Nieco odmiennie tłumaczy ten objaw Solazzi Aeg. 2. 177. „A parte il nome lo statuto di Salpensa non si allontana dal diritto romano purificando la tutela sulle donne puberi alla tutela sui maschi puberi“, a to wobec jego

qui tutor hac lege datus erit, is ei cui datus erit, quo ne ab iusto tutore tutela abeat, tam iustus tutor esto, quam si is civis Romanus et ei adgnatus proximus civis Romanus tutor esset, jest również, jak już zauważył Mommsen¹⁾, reprodukcją z lex Atilia. Zauważyć jednak wypada za Girardem²⁾, że chodzi tu nie o rzymską, lecz latyńską opiekę, i dlatego ustawa ta nie może prejudykować kwestji, do której obecnie przechodzimy, kwestji ustanawiania opiekunów w municypjach.

4. Czy władze municypalne posiadały prawo ustanawiania opiekunów dla pupilów i kobiet zamieszkałych w swym okręgu, jest kwestją dotąd w nauce sporną. Mommsen, który pierwszy tą sprawą najobszerniej się zajął, przyznawał im tylko prawo proponowania kandydatów władzom do ich ustanawiania powołanym³⁾, podczas gdy Karlowa⁴⁾ i Mitteis⁵⁾ przyznawali im prawo ustanawiania opiekuna samodzielnie. Do zdania ich zdaje się przyłączać Kniep⁶⁾, a Partsch⁷⁾ formułuje wprost tezę „dass in den römischen Bürgergemeinden die Magistrate der Gemeinde die tutoris datio haben“. Ostatnio podjął tezę Mommsena, opierając się na obfitym materiale, Solazzi⁸⁾, dlatego wywodami jego, popartymi ponadto przez Fulvio Maroi⁹⁾, bliżej nam zająć się należy.

Solazzi podnosi przedewszystkiem, iż przeciw magistratom municypalnym dopuszczalną jest actio subsidiaria, która nie znajduje zastosowania do tych, „cui tutoris dandi ius est“¹⁰⁾. Następnie zaznacza, że tutor dany przez magistrata municypalnego ma zawsze praestare satisfactionem, podczas gdy ustanowiony przez magistrata rzymskiego — przynajmniej ów ex inquisitione — zwolniony jest od satisfactionis¹¹⁾. W dalszym ciągu powołuje się na I. 1, 20, 4, z którego wynika, że magistratus prow. mogą ustanawiać opiekunów tylko iussu praesidum, I. 1, 2 § 5 i C. 5, 32, 1 zaś nakładają na magistratów municypalnych jedynie obowiązek starania się, by pupil nie pozostawał bez opiekuna, nie

tezy, bronionej w pracy La minore età, że curator minoris nie posiadał administracji, skutkiem czego zbliżał się bardzo do tutora mulierum.

1) Stadtr. 441 = Jur. Schriften T. I. 333/4.

2) Girard 211_a.

3) Mommsen 437, Jur. Schr. 1. 331₁₃₇.

4) l. c. 2. 286.

5) ZSS. 29, 391/2.

6) l. c. 299.

7) Arch. f. Pap. Forsch. 5, 475.

8) Sulla competenza dei magistrati municipali nella costituzione del tutore durante l'impero romano w Atti del Reale Istituto Veneto di Scienze Lettere ed Arte T. 77 (117/18).

9) Aeg. I. 149—153.

10) D. 27, 8, 1 § 1; J. 1, 24, 4.

11) D. 27, 8, 1 § 11; 26, 3, 2; 26, 5, 13 § 2; 27, 10, 8; J. 1, 24 pr.; C. 5, 42, 4.

wspominając jednym słowem o ich prawie do *datio tutoris*. Inne ustępy znów mówią wprawdzie o *datio tut.*, nie mogą jednak mimo to wchodzić tu w rachubę: Vat. 191 jest bowiem z pewnością interpolowany, toż samo D. 26, 5, 3 ze swoim *eoque utimur*, i *datum est*, podobnie jak i fr. 27, 8, 1 § 6 i 26, 4, 5 § 2, 3; C. 5, 75, 1; D. 27, 8, 1 pr. i 27, 8, 2. Klasyczny niewątpliwie nieinterpolowany ustęp 26, 5, 19 pr. wspomina podobnie jak I. 1, 20, 4, znów tylko o *iussus* (*decuriones iubentur dare tutores*), a z tego samego tytułu wywodzą i inni urzędnicy municypalni swe prawo w całym szeregu innych źródeł¹⁾.

Odnoszące się do municypaliów italskich D. 26, 5, 28 przyznaje w końcu urzędnikom municypalnym li tylko prawo nominacji²⁾, podobnie jak władzom municypalnym pozaitalskim przyznają je D. 27, 8, 1 § 2, 5, 10 i D. 26, 5, 24³⁾.

Mimo jednak tych wywodów nie może Solazzi, przy obecnym stanie źródeł, w szczególności przy ich niepewnej terminologii, dyskusji nad tą kwestją uważać za wyczerpaną⁴⁾.

5. Pozostaje do omówienia w końcu kwestja dla gmin peregrinorum. W tej mierze należy odróżnić czasy przed konstytucją i po konstytucji Karakalli. Dla czasów przed konstytucją Karakalli nie może ulegać wątpliwości, iż do ustanawiania opiekunów dla peregrynów, kompetentną jest władza lokalna. Jako władze takie występują *ἐξήγητης τῆς πόλεως*⁵⁾, *γραμματεὺς τῆς πόλεως*⁶⁾, *πρύτανις*⁷⁾, lub *strateg*⁸⁾. Dla *cives Romani* natomiast właściwym jest w takich wypadkach prefekt (ob. wyżej) lub jego delegat⁹⁾.

Po Const. Karakalli występuje on jako władza upoważniona do ustanawiania opiekunów także i dla peregrynów, którym konstytucja ta nadała obywatelstwo. Ilustrację tego stanu zawierają oprócz papyrusów wyżej zacytowanych: Oxy. 720 z r. 247; Oxy. 1466 z r. 245, także

¹⁾ D. 26, 7, 46 § 6; 27, 8, 1 § 5; C. 5, 34, 6; Solazzi l. c. 16; Silvio Maroi Aeg. I. 153.

²⁾ Por. Solazzi l. c. 14.

³⁾ Por. Solazzi l. c. 16.

⁴⁾ Por. także Karlowa l. c. II. 286, gdzie zwraca uwagę, iż należy odrębnie traktować gminy peregrinów od municypaliów *civium Romanorum*, latyńskich kolonij wzgl. późniejszych miast latyńskiego prawa.

⁵⁾ Tebt. 329, 397, Mitteis Chr. 321 (198 po Chr.).

⁶⁾ Oxy 487 (156 po Chr.).

⁷⁾ B. G. U. 1084 (149 po Chr.) por. także Oxy 485 (r. 178), Lond. 3. p. 126. 1. 16), (do tego Silvio Maroi Aeg. I. 150₂).

⁸⁾ Oxy 56 = M. Chr. 320 (z r. 211 po Chr.) por. Mitteis Grundz. 254; Partsch, Arch. 5. 475, a nadto Oxy 1473 (z r. 201 p. Chr.) por. Wenger Kr. Vjsch. 16. 60.

⁹⁾ Por. Tebt. 465 i Mitteis ZSS. 28, 387 i 29, 398; Catt. verso Col. II. 17. f. III. 9. f.; Lond. 479, 2, p. 212 por. Partsch 475 i Mitteis Grundz. 254.

¹⁰⁾ Oxy 1467 (r. 263 p. Chr.) por. Maroi Aeg. I. 149.

Teht. II, 326 (z r. 266) i Ryl. 120 (5) κατά τὰ συγχορηθέντα ὑπὸ τοῦ λα[μπροτάτου τοῦ] ἡγεμόνο[ς] αἰροῦμαι διὰ σοῦ κύριον, potwierdza zaś to fakt, że podania o zwolnienie z tej epoki wnosi się na jego imię, gdyż nie ulega wątpliwości, że zwalniać od opieki może ta władza, która ją ustanawia. Ale nie da się mimo to zaprzeczyć, że wedle papyrusów i po Constitutio Antonina, obok prefekta także i władze lokalne ustanawiały opiekunów dla nowych obywateli. Okoliczność ta spowodowała Mitteis'a do postawienia tezy, że „in nachantoninischen Zeit die Bestellung durch die Stadtbehörden in Aegypten ausser Zweifel steht“¹⁾. Przytoczone przez niego dla poparcia tej tezy źródła, nie są jednak bezwzględnie przekonujące. B. G. U. 1070 (z r. 210) zawiera zwyczajną petitio do ἐξηγητής i niema w niej śladu, by ten urzędnik miał faktyczną legitymację do przedsięwzięcia datio; Oxy. VI, 888, nie może wchodzić w rachubę, ponieważ użyte w niej odnośnie do urzędników municypalnych wyrażenie χειροτονεῖν może równie dobrze oznaczać nominare jak dare. C. P. R. 59, 8 jest zbyt ułamkowy, by móc na nim opierać coś pewnego. Pozostaje jedynie P. Lips. 8 i 9 (z lat 220, 223) w którym kobieta pewna oświadcza, że otrzymała od ἐξηγητής z Hermenopolis tutora, przyczem niema żadnej wzmianki o tem, by to ustanowienie nastąpiło iussu praesidis²⁾. Tak samo w Oxy. XIV, 1645, 21 z r. 308 po Chr. czytamy: δι' ἐμοῦ τοῦ κατασταθέντος αὐτῆς ἐπιτρόπου, κατά τοὺς γεγονότας ἐπὶ... ὑπομνηματογράφων ὑπομνηματισμοὺς, a zatem władza lokalna ustanawia samodzielnie opiekuna³⁾. Wytłumaczenia tej sprzeczności między źródłami papyrologicznymi a źródłami prawniczymi, które w interpretacji Solaziego władzom municypalnym prawa tego odmawiają, należy jego zdaniem szukać, jak w wielu innych wypadkach, w oporze, jaki prawo ludowe stawiało prawu państwowemu. Przyszycy do ustanawiania opiekunów władzom lokalnym, nie łatwo przyszło rzec się swych dawno nabytych uprawnień, a sposobność do utrzymania się przy nich dawał z jednej strony nałożony na nie obowiązek starania się o to, by małoletni i kobiety nie pozostawały bez opiekunów, z drugiej zaś praktykowany od dawna zwyczaj, iż mogły to czynić iussu praesidum⁴⁾.

Wyjaśnienie tej sprzeczności wydaje się w każdym razie prawdopodobniejsze, niż hipoteza Mitteis'a, który na podstawie wyżej zacytowanych źródeł przyjmuje dla władz municypalnych konkurującą z prefektem kompetencję w tej materji⁵⁾.

1) Por. ZSS. 29, 396 i Partsch Arch. 5, 475.

2) Por. Maroi Aeg. I. 150.

3) Por. Meyer Ztschr. f. vgl. Rw. 39, 228.

4) Por. Solazzi op. cit. 20. 24, nadto Maroi op. cit. 151.

5) Por. Mitteis l. c., Partsch. l. c. por. na ogół przeciw Solazzi l. c. 24.

VIII. Zakres działania tutora muliebris w dawnym prawie rzymskim.

Już poprzednio wyjaśniliśmy, że tutor muliebris posiadał pierwotnie nieograniczoną potestas, wobec czego przyjąć należy, że mógł majątkiem kobiety swobodnie dysponować (gestio). Zapytać się wobec tego należy, czy posiadamy w źródłach ślady, przemawiające za tem przypuszczeniem

1. Charakterystycznym jest, że nietylko źródła dawniejsze, jak Gell. Noct. Att. v. 13 (Masurius Sabinus), ale jeszcze źródła klasyczne jak Gaius I, 184, odróżniają wyraźnie między opieką nad pupilem a opieką nad mulier (bez względu na jej wiek), traktując tę ostatnią jako jednolitą bez względu na jej wiek przez cały czas jej życia¹⁾. Okoliczność ta przemawia za tem, że opieka ta nie różniła się w swej treści niczem od opieki nad pupilami, że zatem jak ona obejmowała przedewszystkiem prawo do t. zw. gestio²⁾. Za tem przypuszczeniem przemawia jeszcze inny wzgląd. Wedle ustawy XII tablic nie ma cura furiosi zastosowania do kobiet³⁾. Jeśli przeto kobieta, znajdująca się pod tutelą muliebris, popadnie w obłąkanie, musiał z konieczności w dawnym prawie tę kuratelę sprawować jej dotychczasowy opiekun. W tym wypadku zatem z konieczności już tutor muliebris posiadał gestionem. Zasada wyrobiona przeto przez praktykę, a podana w D. 26, 1, 3 pr., musiała pierwotnie odnosić się nietylko do aetas, ale także do sexus, a więc brzmieć: ut cesset cura, si tutelae aetas (vel sexus) indigeat... quia lex XII tab. ita accepta est, ut ad pupillos (vel mulieres) non pertineat. A to samo ma zastosowanie i do cura prodigi. Jeszcze Paulus D. 27, 10, 15 uważa za konieczne podkreślić: Et mulieri quae luxuriose vivit, bonis interdici potest. Jeżeli to było wątpliwem, to przyczyna mogła leżeć tylko w tem, że kobieta nie posiadała pierwotnie gestionem, wobec czego interdictio bonorum nie była konieczną⁴⁾. Za gestio opiekuna muliebris mógłby tutaj przemawiać i ustęp Plauta Truc. 4, 4, 6, odnoszący się do optio tutoris v. 5, Vidi audissi quem penes est mea omnis res et liberi. W ustępie bowiem tym wychodzi Plaut z założenia, że manstutor ma władztwo nad całym majątkiem kobiety, a zatem gestio majątkową⁵⁾.

¹⁾ Por. Ulp. 11, 1; 11, 24.

²⁾ Zapatrywanie takie znajdujemy u Pernice'a Labeo I. 189.. sie erstreckte sich früher auf das ganze Leben der Frau gleichmässig... Dass mit dem Pubertätstermine die gestio wegfiel, ist nichts das Wesen der Tutel berührendes. Man streitet freilich, ob sie sofort wegfiel.

³⁾ Ulp. 12, 2; w późniejszym prawie cura ta odnosi się i do kobiet ob. Rudorff I. c. I. 127₄₂.

⁴⁾ Inne tłumaczenia ob. Mitteis Privatrecht 83.

⁵⁾ Por. z jednej strony Pernice: Labeo I, 193₄₂ z drugiej Karlowa I. c. II. 297.

Także rozdziału c. 29 leg. Salp. et Mal. nie możemy w tym związku pominąć. Rozdział ten stawia na równi tutores mulierum z kuratorem minoris, określając ich nawet tą samą nazwą tutores. W czemby zaś należało szukać ich zrównania, jeśli nie w tem, że funkcje ich były jedne i te same, mianowicie, że obu przysługiwało gestio¹⁾. Bezbarwne natomiast i bez znaczenia dla naszej kwestji jest Cic. pro Mur. 27, gdzie czytamy: Mulieres — maiores in tutorum potestate esse voluerunt, gdyż ustęp ten mówi tylko o potestas, nie zaś o gestio.

2. Kiedy ta gestio przekształciła się w możność zawierania czynności prawnych przez kobietę cum auctoritate tutoris, dokładnie nie wiemy; musiało to jednak w każdym razie nastąpić bardzo dawno, bo już ustawa XII tablic przewiduje wedle Gai. II, 47 tradycję przez kobietę, dokonaną tutore auctore. W każdym jednak wypadku musiała się ta auctoritas tut. od chwili jej dopuszczenia rozciągać na wszystkie czynności prawne kobiety bez wyjątku, a ślad tego stanu prawnego znajdujemy jeszcze u Liv. 34, 2, gdzie czytamy: Maiores nostri nullam ne privatam quidem rem agere feminas sine auctore voluerunt²⁾. Zawarty zaś u Cic. ad Att. I. 5, 6 ogólny zakaz zasiedzenia majątku, pozbytego przez kobietę sine auct. tut., przemawia za tem, iż kobiecie nie wolno było bez auct. tut. żadnej res Mancipi czy nec Mancipi pozbywać, co również jest jednoznaczne z jej bezwzględną niezdolnością zawarcia jakiegokolwiek czynności prawnej sine auct. tut.

3. Ale i w tym kierunku nastąpiły z biegiem czasu pewne zmiany. Nieograniczony pierwotnie zakres czynności, do których zawarcia konieczną była auctoritas tutoris, stopniowo się zmniejszał, a Ulpian 11, 27 podaje nam następującą listę czynności, do których za jego czasów wymagana jest jeszcze auctoritas tutoris: Si lege aut legitimo iudicio agant, si se obligent, si civile negotium gerant, si libertae suae permittant in contubernio alieni servi morari, si rem Mancipi alienent³⁾. Lista ta jednak nie jest zupełna. Z Ulp. 11, 22 widzimy bowiem, że konieczna jest ona nadto do hereditatis aditio, wedle Gaiusa I, 192 zaś do sporządzenia testamentu, wedle Ulp. 1, 17 do wyzwolenia, wedle Ulp. 11, 22 i do małżeństwa wzgl. conventio in manum. Przypatrzmy się obecnie tym wypadkom po kolei.

a) Tutoris auctoritas jest konieczną do przedsięwzięcia legis actio, albo też ustanowienia iudicium legitimum⁴⁾. Lege agere polegało na wy-

¹⁾ Por. Solazzi: Aeg. II. 177.

²⁾ Ob. Rudorff l. c. I. 547; także Cic. pro Flacco 34. a do tego Karlowa l. c. II. 294.

³⁾ Ob. do tej listy uwagi Wróblewskiego l. c. 293.

⁴⁾ Por. Gai 1, 184, Ulp. 11, 24, por. też Dig. 26, 1, 3, 2, gdzie już Glück Pandekten Kommentar XXX, 96, stwierdził był interpolację; zob. Rudorff, I. 390₃. Por.

powiadaniu pewnych uroczystych słów, przyczem najdrobniejsze uchybienie pociągało za sobą przegranie procesu¹⁾. Iudicium oparte zaś na legisactio było iudicium legitimum; nie dziwnego, że tu wobec presumowanej u kobiet *iris et forensium rerum ignorantia* wymagano *auct. tut.* Przy *iud. imp. continentia*, gdzie od początku *lege agere* nie obowiązywało, *auct. tut.* nie była konieczną. Czy po zniesieniu *legis actiones auctoritas tutoris* była przy *iud. leg.* wymagana, było sporne²⁾. Spór ten pozostaje w związku z tem, że jedni juryści stali na stanowisku, iż w iudicia legitima może tutor także *agere nomine pupilli*, drudzy zaś, iż tylko *pupill cum auct. tutoris*. Ulpian należy do tych ostatnich. Jego zapatrywanie, że tutor nie może w iudicium legitimum *agere nomine pupilli*, było możliwe tylko pod warunkiem, że podane przez niego w D. 46, 7, 3 § 5 postanowienie, wedle którego przyznaje pretor tutorowi wyraźnie *facultas agendi pro pupillo*, nie odnosiło się do iudicia legitima, czyli innymi słowy: że mieściło się w edyktie *praetoris peregrini*, nie zaś w edyktie *praetoris urbani*. Na tle milczenia edyktu *pret. urbani* powstała kontrowersja: jedni jak Ulpian, posługując się zasadą „*dass der jüngere Legalprocess, wo die neuen Gesetze nichts anderes bestimmen, gleichem Rechte unterliegen sollten, wie der ältere*“³⁾, nie dozwolali w iudicium legitimum *agere nomini pupilli* (wzgl. *mulieris*), żądali zatem tu działania kobiety *auctoritate tutoris*, domagając się konsekwentnie dla iudicia legitima między opiekunem a kobietą tutora pretorskiego. Inni natomiast nie widzą w milczeniu edyktu *pret. urbani* zakazu, a stosując analogicznie postanowienia edyktu *praetoris peregrini*, przyjmują możliwość skargi opiekuna *nomine mulieris v. pupilli*. Dla tych zatem tutor *praetorius* wraz z nieodzowną jego *auctoritas* nie był konieczny⁴⁾.

β) Jako dalszą zasadę wypowiada Ulpian, że kobieta nie może się z o b o w i ą z y w a ć *sine auctoritate tutoris*⁵⁾. *Obligare* należy tu niewątpliwie rozumieć w tem znaczeniu, jak je ustalił Perozzi⁶⁾, mianowicie w znaczeniu obligacji cywilnej. Tęsamem nie podpadają pod to pojęcie obligacje w rozumieniu prawa pretorskiego⁷⁾. Tem się tłumaczy, że kobieta

także D. 26, 1, 4 pr. gdzie interpolowano „*pupilla*“ zamiast „*mulier*“ (tak Taubenschlag l. c. 47, podobna interpolacja i D. 29, 28 pr. ob. Taubenschlag l. c.).

1) Gai IV, 40.

2) Gai I. 184 i Ulp. XI, 24.

3) Wlassak: *Processgesetze* II 191.

4) Por. do całej kwestji Peters ZSS. 30, 224; przeciw niemu Weiss: *Studien zu den röm. Rechtsquellen*, 55.

5) Cf. Gai III, 108, 119, 176; Cic. *pro Caec.* 25, 72.

6) Perozzi *Oblig.* 135, por. też *Mitteis Privatrecht* 58₄₉ także 86₈₈.

7) Powołany przez Rudorffa l. c. II 274, D. 15, 1, 27 pr. dla poparcia tezy, że kobieta może obligacje podobne jak depozyt lub komodat, zaciągać *sine auctoritate*

odpowiada z *constitutum* zawartego bez *auctoritas tutoris*¹⁾, z *pollicitatio*²⁾, z *negotiorum gestio*³⁾, dalej zapomocą *a. exercitoria*⁴⁾, *a. institoria*⁵⁾, *a. de peculio*⁶⁾. Nie może się natomiast kobieta zobowiązywać przez *stypulację* jako *obligację cywilną*⁷⁾. Odnośnie do kondykcji wiadomo nam z *Gaii III, 91*, że były w tym względzie zdania rozbieżne, a mianowicie: *Quidam putant mulierem cui sine tutoris auctoritate non debitum per errorem datum est, non teneri conditione, non magis quam mutui datione*⁸⁾.

γ) Ponadto nie może kobieta zawierać *sine auct. tutoris negotium civile*⁹⁾. Do *negotia iuris civilis* zaliczyć należy przede wszystkim *mancypację*. *Mancypacja sine auct. tut.* jest przeto nieważną. Jeśli zatem kobieta *res mancipi* sprzedała, a następnie *tradowała sine tutoris auctoritate*, *nabywca* otrzymywał *wprawdzie posiadanie rzeczy*, nie mógł jej jednak *zasiedzieć*¹⁰⁾, *nabywając mimoto owoce na własność*¹¹⁾. Czy posiadał *pro emptore*, czy *pro possessore* (pierwsze przyjmował *Proculus* i *Celsus*, drugie *Labeo*), było *sporne*¹²⁾. *Paulus*, któremu te ciekawe wiadomości *zawdzięczamy*, *popada sam w sprzeczność*. *Odmawia on mianowicie kupującemu dobrej wiary i tem uzasadnia niemożliwość zasiedzenia; konsekwentnie powinien*

tutoris, nie dowodzi niczego, ponieważ tam jest *mowa o actio de peculio z czynności ancillae i filiae familias*.

¹⁾ *D. 13, 5, 1 § 2* powiada *Ulpian* w komentarzu do *klauzuli edyktalnej*, dotyczącej *constitutum*: *qui sic accipiendum est „quaeve“ nam et mulieres de constituto tenentur.*

²⁾ *D. 50, 12, 6 § 2*: *non tantum masculos, sed etiam feminas si quis ob honores pollicitatae sunt, debere implere sciendum est (reskrypt Sewera i Karakalli).*

³⁾ *D. 3, 5, 3 § 1*: *Haec verba „si quis“ sic sunt accipienda „sive quae“ nam et mulieres negotiorum gestorum agere posse et conveniri non dubitatur por. też *Paul 1, 4 § 4 Mater negotiorum gestorum tenebitur; D. 3, 5, 31 (32) § 1 iunge 16, 3, 25 pr; C. 4, 32, 14 (a 294).**

⁴⁾ *D. 14, 1 § 16*. *Parvi autem refert qui exercet masculus sit an mulier.. C 4, 25, 4 (a 293). Et si a muliere magister navis praepositus fuerit, ex contractibus eius ea exercitoria actione ad similitudinem institoriae tenentur.*

⁵⁾ *D. 14, 3, 7 § 1*. *nam et si mulier praeposuit, competet institoria exemplo exercitoriae actionis et si mulier sit praeposita, tenebitur etiam ipsa.*

⁶⁾ *D. 15, 1, 3 § 2*. *Parvi autem refert, servus quis masculi an mulieris fuerit, nam de peculio et mulier convenietur (por. *Rudorff l. c. II. 274).**

⁷⁾ *Gaii III, 119*. *nam illi quidem nullis obligationibus accedere possunt nisi verborum, quamvis interdum ipse, qui promiserit non fuerit obligatus, velut si mulier aut pupillus sine tutoris auctoritate; *Gaii III, 176*, vel a muliere *pupillove sine tutoris auctoritate stipulatus fuero (por. także *Cic. pro Caec. 25, c. 25).* Na pompejańskim dokumencie o *fiducii Bruns fontes I, 7, 332*, *stypuluje Poppea Note tutore auctore por. Kübler ZSS. 30, 169.***

⁸⁾ *Por. Łyskowski *Condictio I, 81/2.**

⁹⁾ *Por. *Mitteis Privr. 659, Wróblewski l. c. 293.**

¹⁰⁾ *Gaii II, 47*, *por. też *Gaii I, 192, II 80, Vat. fr. 1, 259; Cic. ad Att. 1. 56, pro Flacco 34, 84.**

¹¹⁾ *Vat. fr. 1. por. Kübler: ZSS. 30. 168.*

¹²⁾ *Por. Vat. 1.*

jednak odmówić mu nabycia owoców. Powód jednak, dlaczego kupujący nie może rzeczy zasiedzieć, leży w postanowieniu ustawy XII tablic¹⁾. Zauważyć przytem należy, że zakaz pozbywania przez kobietę sine a. t., ograniczony przez Gaiusa do res Mancipi, nie był w tej formie znany Ciceronowi. Powiada on bowiem (Cic ad. Att. I. 56), id mirabuntur te ignorare de tutela legitima in qua dicitur esse puella, nihil usu capi posse, a więc odnosi go także i do res Mancipi²⁾. Stąd też w dokumentach spotykamy stale mancytację tutore auctore³⁾. Kobieta nie może dalej zawierać aktów in iure cessio⁴⁾, dotis constitutio⁵⁾, przyczem obojętną jest rzecz, czy ustanowienie posagu następuje w formie dictio, promissio albo datio. Dalej nie wolno jej accepto ferre⁶⁾, i tem się tłumaczy, że Gai II, 85; III, 171, P. Lond 470 (a 168 po Chr.) wymaga do akceptylacji współdziałania tutora⁷⁾. W końcu zabronionem jest ustanawiać kognitora, o ile się przyjmuje jego cywilny charakter⁸⁾.

Do czynności cywilnych należy w dalszym ciągu sporządzenie testamentu⁹⁾ i manumissio¹⁰⁾. W fr. Dos. 15 czytamy mianowicie: Mulier sine tutoris auctoritate inter amicos manumittere non potest nisi ius liberorum habeat: tunc enim vindicta sine tutore potest manumittere.

δ) W związku z negotia civilia z jednej, a obligare z drugiej strony pozostaje zasada¹¹⁾, że kobieta nie może objąć cywilnych spadków

¹⁾ Gai II. 47.

²⁾ Por. Girard l. c. 226 i Pernice Labeo I. 191.

³⁾ Por. Bruns Fontes Nr. 282 i 295.

⁴⁾ Por. zwłaszcza Vat. fr. 35, nec in iure cessio sine tutoris auctoritate fieri possit.

⁵⁾ Por. Cic pro Flacco 35, 86, nadto Vat. fr. 110; Ulp. XI, 22. Oprócz tego ob. miejsca cyt. przy Gai I. 178 (ed Kübler-Seckel).

⁶⁾ Por. Mitteis Privatrecht 65.

⁷⁾ Por. Meyer Jur. Pap s. 38, także Mitteis: ZSS. 25, 375. Nie stoi temu na przeszkodzie, że Ulpian D. 46, 4, 8 § 4 zalicza ten akt do aktów iuris gentium.

⁸⁾ Por. Mitteis RPR 66, który twierdzi, że cywilny charakter kognitury nie da się udowodnić

⁹⁾ Por. Gai. II. 112, 118, 122. III, 43; Ulp. XX. 15; [D. 29, 3; do tej kwestji Pernice Labeo I. 194/5. Za czasów Gaia prawo kobiety do sporządzania testamentu nie ulega wątpliwości, dla czasów dawniejszych por. Gai I. 115. Z Gai II, 112, dowiadujemy się, że przed Hadrianem kobiety nie mogły sporządzać testamentu inaczej, quam si coemptionem fecissent, remancipataeque et manumissae fuissent. a więc po dokonaniu fiduciaria coemptio cf. Cic. top. 4, 18, także Liv. 39. 9, Gell. 1. 12. 9, Plut. Num. 10. Por. teraz „Gnomon Idiologa“ (BGU V, 1) gdzie w § 33 Lenel i Partsch Zum. sog. Gnomon des Idios Logos S. 23 rekonstruują tekst pierwotny łaciński: Mulieri Romanae praetor quam coemptione facta testari non licet; do tego jednak Meyer: Ztsch. f. vgl. Rw. 39. 239.

¹⁰⁾ Ulp. 1. 17, fr. Dos. 15.

¹¹⁾ Gai I. 176: Ulp. XI. 22.

sine tutoris auctoritate. Przez przyjęcie spadku może bowiem zaciągnąć zobowiązania, skoro wstępuje w długi spadkowe¹⁾.

ε) Nie wolno dalej kobiecie zezwolić sine t. auct. swojej wyzwoleonej in contubernio alieni servi morari²⁾. Nie jest to czynność cywilna, ale faktyczna, i dlatego przypuszczać należy, że konieczność tut. auct. polega w tym wypadku na specjalnej ustawie lub senatusconsultum³⁾.

ζ) Czy auctoritas tutoris była konieczna ad contrahendas nuptias, jak pisze Ulp. 11, 22?

Przeciw tej tezie, przyjętej jednomyślnie w nauce na podstawie powyższego ustępu Ulpiana⁴⁾, wystąpił obecnie Perozzi⁵⁾, kwestjonując, by taka norma wogóle istniała. Do uwagi Ulp. XI. 27 nie przypisuje on szczególnej wagi, ponieważ zawiera ona postanowienia niewyczerpujące; D. 26, 5, 9 mówi tylko o tutorze ad adeundam hereditatem, nie wspominając ani słowem o tutorze ad contr. nupt. Ulp. XI. 20 i XI 23. reprodukuje tylko to, co mówi Gaius I. 178, 175, 179, 182, u którego w § 176 niema mowy o nuptias contrahere, a wymienienie veluti ad hereditatem adeundam ma znaczenie taksatywne. W 23, 22 Paulus, określając warunki ważności małżeństwa, nie wspomina ani słowem o konieczności auct. tutoris. Dalej zaznacza Perozzi, że contrahere nuptias jest aktem faktycznym, polegającym na rozpoczęciu życia małżeńskiego, i niewiadomo, jakby z nim można było połączyć auctoritas polegającą na konsensie uroczystym przy negotium. Senatusconsulta w Ulp. XI. 21 i Gaius I. 180 zezwalają w końcu libertinae żądać ustanowienia opiekuna ad const. dotem, constitutio dotis byłaby zaś bezcelowa, gdyby do contrahere nupt. koniecznym było zezwolenie opiekuna, którego liberta mimo ustanowienia tut. ad. const. dotis ani w danej chwili nie miała, ani żądać nie mogła. Przytoczone przez Girarda argumenty za tezą przeciwną nie mają wedle Perozziego mocy przekonywującej. C. 5. 4. 1. (a 199 p. Chr.) odnosi się do tutora impuberum, Liv. 4. 9. do prawa latyńskiego, D. 23, 2. 45 pr. mówi zaś o zgodzie na zawarcie małżeństwa, ale nie o auctoritas. Nie można też wyciągać żadnych wniosków stąd, że tutor udzielał auctoritas do coemptio matrimonii causa, gdyż

¹⁾ Karlowa I. c. II. 295. Rudorff II. 281. Por. D. 29, 2, 8 pr., gdzie w miejscu intp. jurysta tę myśl wypowiada: More nostrae civitatis neque pupillus (neque mulier) sine tutoris auctoritate obligari possunt: hereditas antem quin obliget nos aeri alieno (etiam si non sit solvendo) plus manifestum est.

²⁾ Ulp. XII. 27.

³⁾ Tak Karlowa I. c. II. 296. Rudorff I. c. 276, przypuszcza, że chodzi tu o prawa patronatu.

⁴⁾ Por. Karlowa: I. c. II. 294 Girard I. c. 159.

⁵⁾ Il tutore impubere 34/6.

conventio in manum jest czemś innym, niż *contrahere matrimonium*¹⁾. Auct. do *coemptio* jest zaś tak konieczną, jak do każdej alienacji *res Mancipi*, gdyż kobieta sama była *res Mancipi*, a przez *coemptio* alienowała siebie samą zapomocą *manypacji*. Na tej zasadzie wysnuwa Perozzi wniosek, że dodatek *Ulpiana et ad nuptias contrahendas* w Ulp. 11, 22 nie pochodzi od niego, i że prawdopodobnie w pierwotnym tekście mieściły się słowa: *ad coemptionem faciendam*. Ustalić przeto należy, że *auctoritas* udzielana była tylko przy *conventio in manum*²⁾, niedopuszczalną zaś przy małżeństwie *usu*³⁾, możliwą, ale zbyteczną, przy *confarreatio* jako przy akcie w obrębie *gentis* zawartego, podczas gdy tutorowie udzielali swoją *auctoritas* tylko przy aktach pozagentylnych, względnie międzygentylnych⁴⁾.

7) Natomiast może kobieta przyjmować zapłatę⁵⁾, nie może jednak zwalniać z zobowiązania bez faktycznej zapłaty zapomocą *acceptilatio*. bez auct. tutoris, o czem wspomnieliśmy wyżej. Wytłumaczenie tego ostatniego faktu, jakie daje *Gaius* II, 85 *quia res nec Mancipi* — a *se dimittere mulieres etiam sine tutoris auctoritate possunt* jest fałszywe, ponieważ wierzycelności nie podpadają pod podział rzeczy na *res Mancipi* i *res nec Mancipi*. Właściwa różnica między przyjęciem *solutio* (zapłaty) a *liberatio* zapomocą *acceptilatio*, leży w następujących słowach *Gaiusa*: *quamquam hoc ita est si accipiat pecuniam; at si non accipiat sed habere se dicat et per acceptilationem velit debitorem sine auctoritate liberare, non potest*. Zezwolić przeto kobiecie na zwolnienie wierzyciela ze zobowiązań przez rzeczywiste przyjęcie zapłaty długu, nie jest niebezpieczne. Kobieta może dalej ustanowić *procuratora*⁶⁾ *mulieres quoque et s. t. a. procuratorem facere posse*⁷⁾, skoro *procura* ta nie jest instytucją prawa cywilnego. Wolno w końcu kobietom pozbywać *res nec Mancipi*⁸⁾ *possessio* na *res Mancipi* i *nec Mancipi*⁹⁾; *usus fructus* jednak, choć należy do *res nec Mancipi*, może być pozbyty tylko przez *in iure*

¹⁾ *Gai* I. 115, 195.

²⁾ Jak już przypuszczał *Karlowa* l. c. II. 294, ob. *Gai*. I, 195. Ulp. XI. 22, także *Perozzi* *Instit.* 225/6.

³⁾ *Perozzi* zaznacza *Instit.* I, 227 *usus presupponit la coemptio* i dlatego możliwe jest zasiedzenie kobiety pozostającej *in manu*. Por. także tut. imp. 27 i *Cic* pro *Flacco* 34.

⁴⁾ *Perozzi* *Instit.* 324. II tut. imp. 36.

⁵⁾ *Cic*. *Top.* c. 11, *Gaius* II. 85, III. 171. C. 8, 43 (44), 1 (a 212), a do całej kwestji *Rudorff* l. c. II. 275, *Karlowa* l. c. II. 294, *Kübler* *Sav. Zeitschr.* 30, 168.

⁶⁾ *Vat.* 325—327, por. *Kübler* *S. Z.* 30, 168.

⁷⁾ Por. *Rudorff* l. c. II. 276.

⁸⁾ Por. *Vat.* fr. 259.

⁹⁾ *Vat.* fr. I. *possessionem alienare potest*. O skutkach, jakie pociąga za sobą pozbycie *res Mancipi* przez kobietę s. t. a. por. *Vat.* fr. 259 i *Rudorff* l. c. II. 276. Zresztą traktuje ten fragment o *usucapio bonitarniej własności*.

cessio, wymagającą do swej ważności znów auctoritas tutoris¹⁾. W końcu zauważa Gaius, że kobieta może ważnych pożyczek udzielać²⁾ ideoque si quando mulier mutuam pecuniam alicui sine tutoris auctoritate dederit, quia facit eum accipientis, scilicet pecunia res nec mancipi sit, contrahit obligationem³⁾. Właściwy powód nie mieści się w tem, co mówi Gaius, lecz wypływa stąd, że pożyczka jest negotium iuris gentium⁴⁾.

4. W prawie peregrynów spotykamy przy wszystkich oświadczeniach stron t. z. *κύριος*, a jak już dawno zauważono, przede wszystkim przy wszystkich czynnościach prawnych ubranych w formę dokumentu⁵⁾. Współdziałanie tutora było jak się zdaje do takich właśnie aktów ograniczone, trudno bowiem przypuścić, jak powiada Weiss⁶⁾, by straganiarka owocowa w B. G. U. 22 przybierała opiekuna do wszystkich sprzedaży, których zawierania jej zawód wymagał. Czy istniała pod tym względem jakaś granica, jak w prawie attyckiem, nie da się dziś powiedzieć. Współdziałanie opiekuna było też koniecznem przy wszystkich podaniach do władz, w deklaracjach podatników, osobowych i majątkowych. Ten stan rzeczy nie uległ bynajmniej zmianie i po Const. Antonina. W pracy swej p. t. Ueber das jus liberorum der Frauen, zestawia Kübler papyrusy, w których kobiety o rzymskich nazwiskach występują bez opiekuna muliebris, powołując się na jus liberorum. Przytem wykazuje, że nie są rzadkie wypadki, gdzie powołanie się na jus liberorum nie ma z punktu widzenia prawa rzymskiego żadnego znaczenia. Albowiem kobiety powołują się na nie także i tam, gdzie nie chodzi bynajmniej o pozbycie res mancipi lub ugruntowanie zobowiązania⁷⁾. Okoliczność ta

¹⁾ Vat. fr. 45.

²⁾ Gaius II, 81.

³⁾ Ob. jednak wyżej co do kondykcji Gai. III, 91. Skąd zdanie odmienne mogło powstać? Możliwe, że pierwotnie i przy neg. iuris gentium wymagano auct. tut. (ob. wyżej).

⁴⁾ Ulp. 11, 27.

⁵⁾ Wyjątki np. B. G. U. 854, 995, III, 8, 996, III, 8; 1000 i tđ. zestawia Wenger Stellv. 173 i nast. także Gradenwitz. Berl. Phil. Wochenschrift 1902, 652. Czy te wyjątki dadzą się sprowadzić do jakiejś zasady trudno powiedzieć: por. Mitteis. Grundz. 252/1.

⁶⁾ Weiss I. c. 89.

⁷⁾ Sav. Zeitschr. 30, 173 i nast. Materiał zebrany przez Küblera l. c. obejmuje: dwie *ἐπιγοραὶ* B. G. U. 1169 (z r. 243/4) B. G. U. 131 (2/3 w.) i prośbę do stratega o otwarcie testamentu: Lond. II. 171, o. p. 175 (3 w. p. Chr.); 10 kontraktów kupna: Oxy VI, 909 (r. 225), C. P. R. 63 (czas Alex. Sev), C. P. R. 176 (z r. 254), Lips. 3. (z r. 256), C. P. R. 9 (z r. 271), B. G. U. 94 (z r. 289), P. Lips. 4, 5 (z r. 293), C. P. R. 3 (z w. 2/3), C. P. R. 27, (4 w.), C. P. R. 140; trzy kontrakty najmu i dzierżawy: B. G. U. 920 (z r. 180/1), Pap. Tebt. II. 378 (z r. 265 p. Chr.), Arch. f. Pap. I. 299, 17; przyzwolenie na wyzwolenie: B. G. U. 96 (II, 3); dział współwłasności Strassb. 29 (z r. 289); ustanowienie dotis B. G. U. 717 (z r. 149 p. Chr.) i testament: Pap. Lips. 29 (z r. 295). Pozbycie res mancipi ma miejsce tylko raz jeden C. P. R. 140. I tu byłaby

przemawia za tem, iż prawo lokalne nie dało się bynajmniej wtłoczyć w ciasne granice, zakresłone przez prawo państwowe, lecz jakby na przekór, przybierało opiekuna tam, gdzie prawo państwowe współdziałania jego nie wymagało.

IX. Odpowiedzialność tutora muliebris.

Prawo rzymskie XII tablic znało dwa środki ochrony przeciw opiekunowi: *accusatio suspecti tutoris* i *actio de rationibus distrahendis*. Pytanie, jakie się nasuwa, jest to, czy środki te miały zastosowanie do tutora mulierum, czy nie. Odnośnie do *accusatio suspecti tutoris* przyjął tę możliwość Perozzi¹⁾, opierając się na tem, że w opiece najdawniejszej nie było różnicy między *tutela muliebris* a *tutela pupilli*. Z zapatrywaniem tem tembardziej zgodzić się możemy, ponieważ zostaje ono w najlepszej harmonji z naszą tezą, że tutor *muliebris* posiadał pierwotnie *gestionem*. Ale i kiedy *gestio* odpadła, przyjąć należy z Perozzim l. c., że „*sia concedendo la sua auctoritas a spropósito sia sfuggendo al suo dovere ci prestarla*“, może być zapomocą *acc. susp. tut.* pociągnięty do odpowiedzialności. Przy takim stanie rzeczy należy również przychylić się do zdania, iż i *actio de rationibus distrahendis* musiała mieć pierwotnie zastosowanie i do *tut. muliebris*. Z D. 27, 3, 1 § 19 widać w każdym wypadku, iż skarga ta miała pierwotnie zastosowanie tylko do

wedle pr. rzyms. obecność tutora potrzebna. Tożsamo byłby tutor potrzebny przy sprzedażach i dzierżawach ze względu na zobowiązania sprzedawcy względnie wdzierżawiającego. Koniecznym będzie dalej tutor, przy testamencie i przy podziale współwłasności. (por. Kübler l. c. 180). Natomiast nie byłby potrzebny, jak słusznie zauważa Kübler l. c., przy wyzwoleniu w formie utrzymanej w B. G. U. 96, choć prawo rzymskie wymaga w pewnych wypadkach wyzwolenia *auct. tutoris* (ob. wyżej), p. także Partsch Arch. VI. 472. Z materiału późniejszego uwzględnićby należało następujące dokumenty: Griech Text. Nr. 5 (pożyczka: czasy Trajana); 8, 3, *hypomnema*: (windykacja *bona materna*); 11 (umowa z mamką) między 102 a 114 p. Chr.); Hamb 30. *antychreza* mieszkaniowa (89 p. Chr.); 16 (z r. 209) podanie do urzędu gruntowego; Ryl. Pap. 105, zawiadomienie o śmierci (a 136); 107 (rejestracja własności) (r. 84); 111 a) podanie w sprawie *census* (a 161); 155 *darowizna* (138—151); 156 *dział gruntu* (l. w.); 160 pożyczka za zabezpieczeniem (r. 32 p. Ch.); 161 *sprzedaż pokoi* (a 71); 162 *sprzedaż domu* (a 159); 163 *sprzedaż gruntu* (a 179); 163 *oferta dzierżawna* (a 208); 174 *odpłata pożyczki* (a 112); 176 *odpłata pożyczki*; 178 *umowa z mamką*; Oxy 1471 *pożyczka* (r. 81); 1463 *podanie hipoteczne* (r. 215); P. S. J. 288 *fragment prośby*; 389 *pożyczka*. P. S. I. V. 463 *skarga kobiety przeciw mężowi* (z r. 157—160); 473 *zwrot procentów* (a 168/73); 688 *rachunki* (2 w.); 715 *διαγραφή* (z r. 92); Strassb 8 *kupno gruntu* (z r. 115 p. Chr.); 83 *zrzeczenie się darowizny* (114 p. Chr.); 84 *kupno gruntu*; 86 *kupno parceli* (111 p. Chr.); 88 *kupno gruntu* (r. 105 p. Chr.); 95 *najem* (r. 244/3); 110 *pokwitowanie* (3 p. Chr.); 122 *rozporządzenie na wypadek śmierci* (r. 167/169).

¹⁾ Sull' *abdicatio tutelae* 20 w. (Nota letta alla R. Acad. d. Bologna 1919).

tut. legitima. Według D. 27, 3, 2 pr. odpowiada tą skargą ten nisi qui in tutela gerenda rem ex bonis pupilli abstulerit. W innym miejscu (26, 7, 55, § 1) mówią źródła tylko o perfide agere propter admissam administrationem, co wszystko pozostaje w zgodzie z tym charakterem tuteli muliebris, jaki przedtem naszkicowaliśmy.

Dla czasów klasycznych powiada Gai I, 191 cum tutore (mulieris) nullum ex tutela iudicium mulieri datur¹⁾. Cicero pro Flacco 30, 74, zaś ma niewątpliwie na myśli prawo greckie, jeśli dopuszcza skargę z powodu dolus przeciw tut. mulieris. Problem odpowiedzialności tut. mul. rozwiązują dopiero papyrussy. C. P. R. 1, 23 (Mitteis: Chr. 294) nie wchodzi tu w rachubę, gdyż odnosi się do peregrynów. Rzymianką natomiast jest Amatia Prisca, której mąż Sarapion chirografem zawartym w Lond. II. 470, 212 (Chrest 328 z r. 168, Meyer Jur. Pap. Nr. 16) uwalnia od wszelkiej odpowiedzialności ἀπεύθυνον σε ποιῶ Antoniusa Tiberina, który w charakterze opiekuna asystował jego małżonce przy kwitowaniu pożyczki, przejętej po matce²⁾. Kwestją jest tylko, w jaki sposób odpowiedzialność tę realizowano. Mitteis zaznacza, że, jakkolwiek wobec słów Gaiusa wykluczona jest a. tutelae przeciw opiekunowi, nie jest przecież wykluczona przeciw niemu a. mandati lub a. doli (z powodu np. konspirowania z przeciwnikiem). Choćbowiem mulieres w czasach klasycznych, quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotium tractant (Gai I. 190), i chociaż opiekunowi nie przysługuje negotiorum gestio, obligacja z mandatu czy z dobrowolnej gestio nie podpada pod pojęcie administrowania tuteli. Tem nie można się jednak zadowolić. Możliwe są, jak wiadomo, wypadki, gdzie tutor albo wcale nie udziela auct. lub z nią zwleka. W wypadkach takich interweniuje pretor³⁾. Jeżeli zaś pretor interweniował w wypadku odmowy udzielenia auct., to jest bardzo możliwe przypuszczenie Solazziego⁴⁾, iż w wypadkach, gdzie tutor udziela auct. np. ze szkodą pupilla, może być również pociągnięty do odpowiedzialności w drodze „cognitio extra ordinem“.

X. Stopniowy upadek tutelae muliebris.

Upadek tutelae muliebris dokonywa się przy różnych formach opieki w różny sposób i różnemi drogami, inaczej przy tutela legitima (i jej odszczepieniach: patronat i tut. leg. manumissoris), inaczej przy

¹⁾ Por. Solazzi: Aeg. II, 162.

²⁾ Podobne oświadczenie zawiera także B. G. U. 1113 = M. Chr. 169, tu jednak dla tut. imp. civis Rom. a wedle Meyera Jur. Pap. Nr 16, wstęp Fay 94 ob. jednak Solazzi Aeg. II, 163, który m. zd. słusznie przypuszcza, że chodzi tu o opiekuna pupillae.

³⁾ Gai. I. 190, 192, II. 122, saepe etiam invitus auctor fieri a praetore cogitur.

⁴⁾ Aeg. II. 162/3 uw. 1.

tut. testamentowej i tut. z nadania. Przypatrzmy się bliżej tym drogom, jakimi szedł zanik tuteli, przyczem wypadnie nam każdy ten rodzaj tuteli traktować osobno.

1. Tutela legitima agnatów, patronów i manumissorów. Najcharakterystyczniejszą cechą tut. leg. jest jej pierwotna niepozbywalność¹⁾. W toku rozwoju dopuszczono ją jednak, a mianowicie w drodze in iure cessio²⁾. Konieczność uciekania się do tego środka, celem wytworzenia fikcji, że cesjonariusz jest właściwym opiekunem, a nie cedent, dowodzi zaś, że mamy tu do czynienia z wymysłem jursprudencji. Uzasadnia to także ta okoliczność, że efekt tej in iure cessio jest tego rodzaju, że alienacja tuteli nie jest właściwą alienacją. Redukuje się ona bowiem faktycznie do mandatu udzielonego cesjonariuszowi do wykonywania opieki³⁾, skoro wedle Gaiusa I. 170 ze śmiercią albo capitis deminutio pełnomocnika (cessicius tutor) wraca ona do cedenta, a w razie śmierci lub capitis deminutio samego cedenta, revertitur ad eum qui post eum, qui cesserat, secundum gradum in ea tutela habuerit. Ponadto ograniczyły pozytywne postanowienia prawne jej dopuszczalność. Nie należy tu wprowadzić postanowienie, iż filius fam. nie może cedere tutelam, gdyż przyczyna tego leży w tem, że synowi wogóle nie jest przystępną legis actio⁴⁾; zaliczyć tu natomiast należy przepis, że tutor legitimus nie może dalej cedować tej tuteli innemu legitimo, nikt nie może być bowiem równocześnie tutor cessicius i legitimus⁵⁾. Pojawić się zaś mogła ona w czasie, kiedy tut. legitima počęto uważać za obowiązek spełniany w interesie kobiety, od którego starał się opiekun uwolnić, zwłaszcza jeśli chodziło o kobietę niezamężną, gdzie sprawowanie opieki nie przedstawiało dla opiekuna żadnego interesu⁶⁾.

¹⁾ Perozzi: tut. imp. 54, Sohm I. c. 662, Karlowa I. c. II, 299/300, Schulin: Lehrbuch 188, który zwraca uwagę na analogję grecką, gdzie in iure cessio tutelae legitimae jest również dopuszczalną; także Kniep: Gaius 276. Jeśli Gai I, 168 powiada: pupillorum autem tutelam alii non est permissum cedere, quia non videtur onerosa, cum tempore pubertatis finiat, składa tem samem dowód, że nie zdawał sobie sprawy z istoty tej instytucji (ob. Karlowa I. c. II, 300; Perozzi I. c. 54/3).

²⁾ Gai I, 168.

³⁾ Tak Kniep I. c. 176. Że in iure cessio jest niedopuszczalną dla tut. test. i tut. Atil., wypowiedają wyraźnie Ulp. XI. 17 i Schol. Sin. XVIII; p. Perozzi I. c. 54. Tożsamo i w odniesieniu do tut. fiduc.; por. Solazzi Aeg. II. 170/2.

⁴⁾ Schol. Sin. 49 ὁ ἀπεξούσιος ὧς μὴ ὄν legis δεκτικὸς οὐ δύναται in iure cedere ἑτέρῳ τὴν ἐπιτροπὴν por. Vat. fr. 51 i Gai. II, 56 Por. Kniep: Gaius 277 i Solazzi Aeg. II, 170/2.

⁵⁾ Schol. Sin. 51. legitimus οὐ δύναται legitimo ἄλλῳ in iure cedere τὴν ἐπιτροπὴν οὐ γὰρ οἶοντε τὸν αὐτὸν legitimon εἶναι καὶ cessicion por. też Kniep I. c. 277, a o tutela cessicia wogóle Desserteaux I. c. 160.

⁶⁾ Karlowa II, I. c. 300. Sohm I. c. 662 zwraca uwagę na to, że przy tut. cess. przechodzi tylko administracja na tut. cessicium, że zatem in iure cessio tut. „gehört bereits der vorgerückteren Zeit, welche selbst für die tut. leg. mul. eine volle Veräußerung der Vormundschaft (der Zuständigkeit nach) ausschloss“.

Rozprawy Wydz. hist.-filoz. T. LXIII. Nr. 7.

Ważny etap w rozwoju tut. leg., w szczególności tut. leg. agnatów, stanowi lex Claudia, plebiscyt z l. w. p. Chr. Lex Claudia rozciąga się, jak wykazuje Taubenschlag¹⁾, terytorjalnie (Gai. I. 157. Ulp. 11, 8, Gai. I, 183) na Rzym i na prowincje, o ile zaś chodzi o jej treść, to ustęp Gaiusa I. 157²⁾, itaque masculus quidem impubes fratrem puberem aut patronum habet tutorem, femina vero talem habere tutorem non potest, może jednak dać powód do pewnych wątpliwości. Taubenschlag³⁾ przyjmuje w ślad za innymi, że lex Claudia zniosła opiekę agnatyczną nad kobietami bez względu na ich wiek (a więc tak tut. imp. jak mulierum⁴⁾), podczas gdy zdaniem Perozziego⁵⁾ uczyniła to tylko odnośnie do opieki nad dojrzałymi kobietami. Perozzi zwraca mianowicie uwagę na to, że Gai. I. 171 cum agnatorum tutelae in feminis lege Claudia sublatae sint, użyte jest wyrażenie: „feminarum tutelae“ w znaczeniu technicznym jako opieka nad dojrzałymi kobietami, której antytezą są pupillorum tutelae jak Gai. I. 168. O ile zaś chodzi o Gai. I. 157, który mógłby przemawiać za interpretacją odmienną, zaznacza on, że w miejscu tem chodziło Gaiusowi o przedstawienie konsekwencji legis Claudiae i że tu dopuścił się wbrew swemu zwyczajowi pewnej nieścisłości, przeciwstawiając masculus impubes (= pupillus) i femina, zamiast pubes. I sędzę, że nad temi argumentami Perozziego nie można przejść do porządku dziennego⁶⁾.

Lex Claudia znosząc opiekę agnatów utrzymała jednak w mocy opiekę patronów⁷⁾ i zrównaną z nią opiekę parentum manumissorum⁸⁾.

I ta jednak z biegiem czasu uległa i to w trzech kierunkach osłabieniu: przez dopuszczenie przymusu do udzielania auctoritas w pewnych

¹⁾ l. c. 76, por. także Kniep l. c. 253, Perozzi tut. imp. 15/2.

²⁾ por. także Gai I, 171 i Ulp. XI, 8.

³⁾ por. l. c. 76 p. też Rudorff l. c. I, 214/34, Kniep l. c. 253.

⁴⁾ O C. 5, 30, 3, które najsilniej jeszczeby mogło przemawiać za tą tezą, ob. niżej.

⁵⁾ tut. imp. 15/2.

⁶⁾ Kwestją jest jednak, jak się zachowała praktyka wobec lex Claudia; ob. Taubenschlag l. c. 76. W praktyce bowiem spotykamy i po lex Claudia jako opiekunów agnatów; ob. B. G. U. 729 z r. 144, gdzie Rzymianka Petronia Sarapias ma jako opiekuna swego brata; także Lond. II. 178 s. 207 z r. 145 p. Chr., dalej Oxy IV. 727 z r. 154, gdzie dwaj Rzymianie Marcus Apion i B. Marcus Apolinaris sprawują opiekę nad dziećmi brata (por. także ze źródeł rzymskich D. 26, 7, 43 §. 1). Możliwym jest jednak na co zwraca uwagę Taubenschlag, że chodzi tu o opiekunów ustanowionych przez władzę.

⁷⁾ Ulp. 11, 8, excepta tutela patronorum. Tem tłumaczy się występowanie patronów i po lex Claudia por. poprzednio już wspomniane C. J. L. IV, Supl. 154 (Bruns 17. 292_a), C. J. L. VI. 10231 (Bruns 1^o, 296). Powołany natomiast przez Küblera-Seckla Ephem. epig. I. 228 = C. J. L. VI, 10231 (Bruns I.^o 336 Dessau No. 7313) tu nie należy, gdyż jak wykazuje Kübler Sav. Zeitsch. 30. 170, odnosi się do tut. pupillorum.

⁸⁾ Gai I. 191.

wypadkach, przez postanowienie Sen. Con. pozwalające ustanowienia opiekunów ad actum, w końcu przez postanowienia ustawy legis Iuliae et Papiae Poppaeae¹⁾.

α) Powiada Gaius I. 192: Sane patronorum et parentum legitimae tutelae vim aliquam habere intelliguntur eo, quod hi neque ad testamentum faciendum neque ad res Mancipi alienandas, neque ad obligationes suscipiendas auctores fieri coguntur, praeterquam si magna causa alienandarum rerum Mancipi obligationisque suscipiendae interveniat; eaque omnia ipsorum causa constituta sunt, ut quia ad eos intestatarum mortuarum hereditates pertinent, neque per testamentum excludantur ab hereditate neque alienatis pretiosioribus rebus susceptoque aere alieno minus locuples ad eos hereditas perveniat. Kiedy ten „wyjątkowy przymus“ się pojawił, nie wiemy. To jest rzeczą pewną że za czasów Cicerona nie mogła kobieta zmusić ustawowego opiekuna do udzielenia auct. celem zawarcia in manum conventio²⁾. Zauważyć przytem wypada, że Gaius popada w pewną niekonsekwencję: powiada bowiem, że przymus ten wprowadzono w interesie patronów, by ci nie stracili spadku, lub by przez pozbycie res Mancipi i zaciągnięcie zobowiązań spadek ich się nie zmniejszył; podczas gdy zmuszenie do zezwolenia na alienację i zaciągnięcie zobowiązań choćby ex magna causa właśnie ten efekt wywołać mogły. Chodziło tu więc mimo odmiennego przedstawienia Gaiusa widocznie nie o interes patrona, ale o interes kobiety, a więc o osłabienie tutela legitima.

β) O ile chodzi o osłabienie tuteli przez Sc., pozwalające ustanowienia opiekuna ad actum, to postanowienie tu w pierwszej linii w grę wchodzące zawarte jest u Gaiusa I. 176. Wedle tego postanowienia wolno kobiecie uprosić opiekuna ad hereditatem adeundam, prawdopodobnie przez wzgląd na podniesiony u Gaiusa II. 55 moment, quia voluerunt veteres maturius hereditates adiri³⁾.

O tem samem Sc. wspomina zdaje się Marcejan w D. 26, 5, 9 w słowach: „Impuberi ad hereditatem adeundam ut tutor detur, ex causa permissum est“, gdzie kompilatorowie „impuberi“ wstawili w miejsce „libertae in absentis patroni locum“ a słowo causa w miejsce senatusconsultum⁴⁾. Jest rzeczą ciekawą, że postanowienie to ma wedle Gaiusa I. 177

¹⁾ Nie należą tu oczywiście wypadki, gdzie tutela gaśnie przez to, że patron lub jego syn dał się adoptować (Gai. I. 195 b.) lub że patron umrze i nie pozostawi żadnego potomka (Gai. I. 195 c.). W tych wypadkach ma, podobnie jak i w wypadkach, gdy wyzwolenia dokonała kobieta (Gai. I. 195), zastosowanie lex Atilia i leges Julia et Titia.

²⁾ por. Cic. pro Flacco 84, a do tego Pernice l. c. I. 193.

³⁾ por. też Ulp. 11, 22.

⁴⁾ por. Rudorff l. c. I. 398, Knip l. c. 280. Por. także Perozzi il tut. imp. S. 33, który zaznacza w tekście, że koncesję tę stworzono więcej w interesie opiekuna niż ko-

zastosowanie et in persona pupilli patroni filii t. j. w wypadku, gdzie kobieta pozostaje pod opieką niedojrzałego patrona¹⁾. Postanowienie to dowodzi, że Rzymianie widzieli, jak dowodzi Perozzi, una mancanza di riverenza per parte della libertà verso il patrono nel chiedere in luogo suo, ma che insieme esigessero una riverenza molto maggiore verso il patrono che verso il figlio del patrono²⁾.

Dalsze postanowienie tej samej kategorii znachodzimy w lex Julia de maritandis ordinibus. Wedle Gaiusa wolno jest kobiecie quae in legitima tutela pupilli est, dotis constituendae gratia a praetore urbano tutorem petere³⁾. Podkreślić przy tem należy, że ustanowienie opiekuna nie odbywa się tu ad nuptias contrahendas, tylko do ustanowienia dotis, co zdaje się potwierdzać wyłuszczonej powyżej tezę Perozziego, że do contrahere nuptias auctoritas tutoris nie była konieczną⁴⁾. Słusznie w końcu zaznacza Perozzi, że ustawa ta pierwotnie nie była ograniczoną do libertae i że ograniczenie to nastąpiło dopiero po lex Claudia, czem się tłumaczy, że weszło ono w skład postanowień ograniczających tutelę patrona⁵⁾.

Postanowienie zawarte w Gai I. 180, Item si qua in tutela legitima furiosi aut muti sit permittitur ei senatusconsulto dotis constituendae gratia tutorem petere⁶⁾, jest rozszerzeniem powyższego postanowienia także na wypadek, gdzie opiekunem jest głuchy lub obłąkany. Głuchy i obłąkany bowiem może równie dobrze być opiekunem ustawowym jak inny pater familias⁷⁾. Wszystkim tutelom specjalnym właściwe jest to, że nie naruszają one dawnej tuteli patrona, Gai I. 181 Quibus casibus salvam ma-

biety „al quale si vuole che vada eventualmente insieme gli altri beni della liberta, morendo questa intestata l'eredità devolutata“.

¹⁾ por. Perozzi l. c. 32.

²⁾ Że niedojrzały patron może być ustawowym opiekunem, jest rzeczą pewną. Kwestją jest jednak, czy może on być także opiekunem ustawowym kobiety. Tezy tej broni obecnie Perozzi w rozprawie II tut. imp. s. 20/21, na podstawie zrzecznej interpretacji Ulp. XI. 20, która ograniczenia patrona w tym kierunku nie zna.

³⁾ Ulp. 11. 20. W Pandektach zastąpiono tego „tutora“ wyrazem „curator“ (por. 23, 3, 60. 61; 26, 5, 7 i Rudorff. I. 399, Audibert, Nouv. Rev. hist. de droit français 20. 361). Por. Vat. 110, sed non curatore praesente promitti debere, sed tutore auctore por. też Kniep l. c. 281.

⁴⁾ por. Perozzi tut. imp. 35.

⁵⁾ O treści legis Juliae ob. Perozzi l. c. 22. Wzmiankę o lex Julia zawiera obecnie P. S. J. VI. 730 (z 1. w. p. Chr.) ob. Meyer, Ztschr. f. vgl. Rw. 39. 230.

⁶⁾ por. Ulp. XI. 20. 21 i D. 26, 1, 17; Compluria senatusconsulta facta sunt, ut in locum furiosi aut muti aut surdi alii tutores dentur, a do tego Perozzi l. c. 29/3. Postanowienie to odnosi się w czasach Gaia do libertae. Pierwotnie jednak przed lex Claudia musiało się ono odnosić także i do ingenuae por. Perozzi l. c. 23.

⁷⁾ por. Perozzi l. c. 29, a w szczególności powołane przez niego s. 30 interpolowane, D. 26. 4, 10 §. 1. i 26, 1, 1 §. 2. 3.

nere tutelam patrono patronique filio manifestum est¹⁾. Jest to zresztą zupełnie wytłumaczone, gdyż usunięcie dawnego opiekuna przez ustanowienie nowego li tylko dla hereditatis aditio pozbawiłoby kobietę opiekuna dla wszystkich innych wypadków poza hereditatis aditio tak, że po dokonanej aditio kobieta byłaby wogóle bez opiekuna.

γ) Przechodząc do lex Julia et Popia Pappaea zaznaczyć wypada, iż postanowienie odnośnie przekazuje nam Gaius I. 194. Tutela autem liberantur ingenuae quidem trium liberorum iure, libertina vero quattuor si in patroni liberorumque eius legitima tutela sint. Kobiety zatem wyzwolone nabywają to ius na podstawie czterokrotnego rodzenia²⁾, lub też na podstawie przywileju cesarskiego³⁾. Skutki zaś ius liberorum polegają na tem, że kobieta wyzwolona może obecnie zawierać wszystkie czynności, o których powyżej była mowa, sine auct. tutoris⁴⁾. W dokumentach spotykamy też niejednokrotnie wypadki, gdzie wyzwolona dla uzasadnienia swego stanowiska powołuje się na ius liberorum. Tak np. Septimia Dionysia w C. J. L. 10246 (ius liberorum habens), która jak przypuszcza Kübler na podstawie jej greckiego pochodzenia i na podstawie tego, że jej mąż jest wyzwolonym, sama również jest libertina⁵⁾. Z tego samego powodu, a mianowicie na podstawie jej cognomen, podobnie przyjmuje Kübler w C. J. L. VI. 10247 (Bruns I⁷ 336 — donatio Statiae Irenae z r. 252 p. Chr.) o Statia Irena i | us liberorum | h | abens⁶⁾. Możliwym jest to w końcu i u Satibia, czy Sativia w C. J. L. VI. 7511⁷⁾. Z całą pewnością jest jednak wyzwoloną Cornelia Zosima w C. J. L. VI. 1877 = Dessau 1910, jak wynika z jej powołania się na jej ius quattuor liberorum: Corneliae Zosimae matri eius habenti ius quattuor liberorum beneficio Caesaris⁸⁾.

2. I tutela testamentaria doznała z biegiem czasu osłabienia: przedewszystkiem przez dopuszczenie przy niej t. zw. α) optio tutoris.

¹⁾ Perozzi zaznacza jednak l. c. 57. uw. 4., że § ten u Gaiusa nie jest umieszczony na właściwym miejscu. § ten mieścił się pierwotnie jeśli nie wprost po § 177, gdzie byłby na swem miejscu, to z pewnością przed § 180, w którym niema mowy ani o patronie, ani o synie patrona.

²⁾ por. także Gai I. 145, a zwłaszcza III. 44. odnośnie do testament. tuteli: sed postea lex Papia cum quattuor liberorum iure libertinas tutela patronorum liberaret et eo modo concederet eis etiam sine tutoris auctoritate testamentum facere prospexit ut pro numero liberorum quos liberta mortis tempora habuerit virilis pars patrono debeatur, taksamo Ulp. XXIX. 3. fr. Dosith. 15.

³⁾ Paul IV. 9. § 9.

⁴⁾ o innych skutkach ius liberorum por. Kübler ZSS. 30, 158.

⁵⁾ por. Kübler l. c. 30, 171.

⁶⁾ l. c. 30. 171.

⁷⁾ Kübler l. c.

⁸⁾ W tych zestawionych przez Küblera l. c. 175. 183. dokumentach nie jest widocznem, która z wymienionych tam kobiet jest wyzwoloną.

Polega ona na tem, że mąż może w testamencie upoważnić żonę do wyboru opiekuna. Instytucję tę powołała do życia praktyka. Gaius powiada I. 150 *recepta est tutoris optio*, a wynika to także z Cic. pro Mur. XII. 27., gdzie czytamy: *Mulieres omnes propter infirmitatem consilii maiores in tutela potestate una voluerunt: hi invenerunt genera tutorum, quae potestate mulierum continerentur, a do tych tutorów zalicza także tutores optivi*. O ile chodzi o jej historyczne początki, dowiadujemy się z Liv. XXXIX., że między przywilejami, które w r. 568 a. Chr. zapomocą *senatus consulta* przyznano Fecenii Hispali, znajdowało się też i *tutoris optio quo si vir ei testamento dedisset*¹⁾. Możliwie jeszcze dawniejsza wzmianka znajduje się w *Truculentus* Plauta IV. 4. 6, która w restytucji w miejscu dość skorumpowanem opiewa: *Video eecum qui manstutorem me ad optavit bonis*²⁾. W końcu i tu jednak niewątpliwie w *lex Salpensa et Malacca* c. 22 (r. 81—84 po Chr.), gdzie czytamy *idque ius tutoris optandi habeto quid haberet si a cive Romano ortus orta neque civitate mutatus mutata esset*. Ostatnie zastrzeżenie ma zaś wedle Mitteis³⁾ oznaczać, że salpenzjańskim wdowom zostało to prawo jeszcze przed udzieleniem im *civitas*, przez ich latyńskich mężów testamentarnie przyznane. Trafniej jednak tłumaczy obecnie ustęp ten Solazzi⁴⁾ podnosząc: „non e possibile riferire la legge soltanto all'optio del testamento maritale, perché il ius optandi è attribuito anche ai maschi di Salpensa“. Według niego *optio* odnosi się także do opiekunów ustanowionych przez magistratów (s. 176) *ed io ho soggiunto che anche i tutori dati del magistrato potrebbero indicarsi con la stesso nome di optivi, a hipotezę jego potwierdza w zupełności c. 29 tejże ustawy, gdzie puberes, którym wedle c. 22, ius tutoris optandi przysługuje, mogą postulare od magistrata, a ten nominare tutorem, quem dare volet*.

To *ius optandi tutoris* przedstawia dla kobiety tę korzyść, iż pozwala jej przy wyborze naznaczyć opiekuna, na którego ustepliwość może zupełnie liczyć. Przyznana jej *optio* może być albo *plena*, albo *non plena* (*angusta*). W pierwszym wypadku może zupełnie dowoli zmieniać

¹⁾ por. Rodin: *Classical Philology* 1914 s. 245.

²⁾ Schöll a za nim Karłowa l. c. II. 250 restytuuje: *video eecum qui a manus tutorem med adoptavit suis bonis*; Kniep l. c. 250 zaś restytuuje: *video eecum quem manstutorem me ad optavi suis bonis*, i tak ten ustęp tłumaczy: „Ich sehe den da, den ich mir als manstutor für sein eigenes Vermögen auserwählt habe mit dessen Vermögen ich schalten kann, wie ich will, ich stehe seinem Vermögen gegenüber gerade so da, wie eine Witwe, die sich einmal in der Manus ihres Mannes befand und sich auf Grund leztwilliger Verfügung dieses ihres Mannes den Vormund selbst gewählt hat in Bezug auf ihr eigenes Vermögen“. Inaczej Pernice: *Labeo* I. 192.

³⁾ Röm. *Privatrecht* I. 710.

⁴⁾ *Aeg.* II. 176.

opiekuna¹⁾, w drugim wybór jest ograniczony w myśl formułki: *Titiae uxori meae tutoris optionem dumtaxat semel* do *aut dumtaxat bis* do²⁾, tak, że po dokonanych raz czy dwa razy wyborze dalszy wybór jest niedopuszczalny³⁾. Wątpliwości mogą powstać co do kwestji, jaki jest stosunek tego podziału do drugiego przez Gaiusa wzmiankowanego, że kobiecie wolno ustanawiać opiekuna albo *ad omnes res* albo *ad unam rem vel duas* tj. do jednej lub dwu czynności prawnych. Pytanie to nabiera szczególnej wagi przy t. zw. *angusta optio*. Jeśli mianowicie kobieta wybrała raz opiekuna *in omnes res*, musi go w każdym wypadku zatrzymać. Jeśli przy takiej *optio* wybór nastąpił tylko *ad unam forte vel duas res*⁴⁾, natenczas wybrany po dokonaniu odnośnych czynności przestaje być tutorem, a w miejsce jego wchodzi w życie *tut. legitima*, wzgl. *tutela dativa*. Zbytecznem jest dodawać, że wybór *tutora ad unam vel duas res* oznacza wyraźny postęp w rozwoju *tuteli* i mógł pojawić się dopiero w chwili, kiedy *senatus consulta* (o czem niżej) uznawały możliwość ustanowienia opiekunów do poszczególnych aktów.

β) Także i *abdicare tutela* należy zaliczyć na karb środków, zmierzających do osłabienia *tut. testamentaria*⁵⁾. Dopuszczalność abdykacji przy *tut. testamentaria mulierum*⁶⁾ przyjmował już Rudorff⁷⁾, a obecnie przyjmuje ją bez zastrzeżeń Solazzi⁸⁾. *Abdicare autem est*, jak pisze Ulpian 11, 1, 17, *dicere nolle se tutorem esse*. Ta abdykacja zawdzięcza swoje powstanie czasom, kiedy opieka *testamentaria* przybrała już charakter *munus* i kiedy jak podaje Perozzi⁹⁾, *tutor* mógł być zmuszony do udzielenia *auctoritatis*.

3. Osłabienie w końcu trzeciego rodzaju *tuteli* tj. *tutela dativa* nastąpiło w pierwszej linii z chwilą, kiedy stało się możliwem ustanowienie *tut. ad actum*, którego pierwowzoru należy szukać w *optio tutoris* przyznanej kobiecie w *testamencie ad res unam v. duas*¹⁰⁾. Opiekunów

¹⁾ Gai. I. 150, 153.

²⁾ Gai. I. 152.

³⁾ por. co do całej kwestji Karlowa I. c. II. 298, także Solazzi-Aeg. II. 174.

⁴⁾ por. odnośnie do tych wyrazów, które Beseler: *Beiträge* IV. p. 110 uważa za *glosse*, Solazzi: *Aeg.* II. 175₁.

⁵⁾ por. o niej Perozzi „*Della abdicatio tutelae* (*Nota letta d. R. A. c. di Bologna* 1919. jako odpowiedź na zarzuty Solazziego w *Rendiconti del R. Istituto Lombardo* 51. p. 864—875, podniesione przeciw jego teorii w rozprawie *Il tutore imp. 60 i nast.*)

⁶⁾ O dopuszczalności tej abdykacji przy *tut. impuberum*, Ulp. XI. 17, a do tego jako ilustrację B. G. U. 1113 τοῦ Κανονισμοῦ ἀπε[ι]ρημένου τὴν ἐπιτροπείαν do tego Berger *Strafklauseln* 196,

⁷⁾ l. c. I. 311.

⁸⁾ *L'abdicatio tutelae e BGU. 1113 ob. uw. 5*; p. także Girard 1. c. 212₂.

⁹⁾ *tut. imp. 62.*

¹⁰⁾ por. Mitteis *ZSS.* 29. 402 i Girard 254.

tego rodzaju spotykamy w prawie peregrynów dość często, tak np. w Oxy I. 56: *πρὸς μόνην ταύτην τὴν οἰκονομίαν*, Lond. III. 1164 (p. 161) i 1164 (p. 156), wedle uzupełnienia Wilekena w Arch. IV. 550¹⁾ w Tebt. 397, 19²⁾, dalej w Ryl. 120 i Oxy 1473. Czy jednak w Lond. I. 470 (z r. 168)³⁾, który odnosi się do ukończenia opieki po załatwieniu odnośnej czynności prawnej, i Oxy IV. 720⁴⁾ (z r. 247 p. Chr.), gdzie interesantka zwraca się do prefekta o ustanowienie opiekuna na podstawie *lex Julia et Titia*, mamy do czynienia z takim tutorem, jest kwestją dotąd w nauce sporną⁵⁾.

4. Prócz tych przyczyn właściwych bądźto tut. *testamentariae*, bądźto *tuteli dativae*, znamy przyczyny, które spowodowały osłabienie jednej i drugiej. Przyczynami takimi są zezwolenia na ustanowienie opieki w razie *absentia* opiekuna, możność wywarcia przymusu do udzielenia *auctoritas*, dopuszczalność *exskuzacji* i zwolnienie z opieki na podstawie *lex Papia Poppaea* tj. *ius trium liberorum*. Zajmijmy się temi przyczynami szczegółowo.

α) Czytamy u Gaiusa I. 173: *Pretaeerea senatusconsulto mulieribus permissum est in absentis tutoris locum alium petere, quo petito prior desinit; nec interest quam diu absit is tutor. Gaius nie podaje jednakowoż ścisłego określenia tej *absentia*, zaznacza tylko, że jest obojętnem „quam longe absit is tutor“. W Digestach natomiast znajdujemy dwie definicje tego terminu: jedną w 39, 2, 4 § 5 (Ulp. lib. 1. ad ed) *abesse autem videtur et qui iure non est* i w 40, 5, 51 § 5 (Marc. 9. Inst.) *„abesse autem is intelligitur, quia tribunali abest, nado w 50, 16, 173 § 1 i 199 pr. (Ulp. 39 ad. Sab.): qui extra continentia urbis est (abest) ceterum usque ad continentia non abesse videtur. (Ulp. 8. de omn. trib.) „Absentem“, accipere debemus eum, qui non est eo loci in quo loco petitur, non enim trans mare absentem desideramus: et si forte extra continentia urbis est, abest. Ceterum usque ad continentia non abesse videbitur, si non latitet.**

Ulpian komentował widocznie źródło, gdzie mowa była o *abesse*, *absens*. Lib. 39. ad Sab. zajmowała się „*de tutelis*“, a fr. 173 § 1. odnosi

¹⁾ por. zam. wszystkich Kübler l. c. 30, 167 i Patsch Arch. 6, 472., który wyjaśnia, że tutor taki może być ustanowiony z okazji jednej czynności, a następnie usunięty przez odwołanie *datationis*.

²⁾ Meyer Jur. Pap. 5. 16. przypuszcza w ślad za Wengerem Krit. V. J. Sch. 18. 60, że niepiśmiennosc jest warunkiem ustanowienia tut. ad actum w pr. peregrynów, przeciw temu słusznie Solazzi Aeg. II. 173, inaczej jeszcze Att. Inst. Veneto 77. p. 22. uw. 1.

³⁾ ob. Wileken: Arch. 3, 244.

⁴⁾ Arch. 3, 313.

⁵⁾ por. Girard l. c. 226; Mitteis Grundz 154. Fulvio Maroi Aeg. I. 153. tudzież wydawcy Oxy 1466 p. 193. whether the guardian appointed by the praefect was permanent, is not clear, w końcu Solazzi: Aeg. II. 173.

się także do tej materji. Zwraca na to uwagę także Lenel¹⁾, lecz nie-
trafnie odwołuje się do Vat. 135²⁾, 203³⁾, D. 27, 1, 45, § 3⁴⁾. Natomiast
nie zauważył Lenel, że fr. 50, 16, 199 odnosi się również do opieki.
Po Ulp. 2291 (D. 50, 16, 199) następuje bowiem w Palingenesii 2292
(26, 5, 6,) i 2293 (26, 5, 8), również z księgi 8. de trib. W księdze zaś
tej w fr. 199 pr. jest widocznie wypuszczony przedmiot w zdaniu „in
quo loco petitur“; przedmiotem tym mógł być tylko „tutor“, a to od-
nośnie do Sc. Gaius I. 173, które w tych fragmentach Ulpian widocznie
komentował. Łącząc zaś te trzy fragmenty ze sobą, widzimy, że absent-
tiam nie należy tu rozumieć jako absentia in iure, lecz absentia w miej-
scu, w którym uprasza się o nowego opiekuna⁵⁾.

O sposobie ustanowienia nowego opiekuna informuje nas nato-
miast⁶⁾ Schol. Sinait 37. In plano: ἡ σύντομος διάγνωσις καὶ ἐξ ἐπιπέδου
γίνεται ὡς ἡ τῶν ἐπιτρόπων διὰ τοῦτο καὶ ἡ τοῦ in locum absentis δίδουμένου
ἐπιτρόπου διάγνωσις εὐθὺς ἐξ ἐπιπέδου γυμνάζεται [καὶ εἰ μὴ παρείη]. Wedle
D. 26, 3, 7 § 1 warunkiem ustanowienia ex inquisitione recte tutoris dati
jest wydanie pro tribunali decretum (interpositum). Taki dekret był
prawdopodobnie i w naszym wypadku konieczny. Nie stoi temu na za-
władzie summaria cognitio, która mogła mieć za przedmiot zbadanie, czy
zachodzą warunki usunięcia dawnego tutora⁷⁾. Skutki ustanowienia no-
wego tutora polegają na tem, że dawniejszy opiekun nim być przestaje⁸⁾.
Nie zastępuje on przeto dawnego opiekuna, ale wprost wstępuje w jego
miejsce. Odpowiada to w zupełności regule dawnego prawa: habenti tu-
torem tutor dari non potest⁹⁾. Jest rzeczą ciekawą, że i w prawie pere-
grynów w Tebt. 397, 25¹⁰⁾ uzasadnia petentka Tyrannis swą prośbę
o ustanowienie nowego opiekuna tem: τῶ τὸν συνόντα μοι ἄνδρα Πτολεμαῖον
ἐπι ζένης εἶναι, a i Ryl. 120 II, 18 czytamy: τὴν [δὲ] ἀ[π]τήσιν παρά σοι ποιού-
ναι ἀπ[ό]ντος. Czy jednak z ustanowieniem tem łączyły się tu te same
skutki, co w prawie państwowem, niewiadomo.

1) Palingenesia II. p. 1160 uw. 1.

2) excusatio z powodu absentia rei publ. causa.

3) excusatio z powodu niezamieszkiwania w miejscu, w którym tutor ma być usta-
nowiony.

4) Ustęp, w którym definiuje, jacy powinni być Romae dati tutores.

5) por. D. 3, 3, 5—7., dla procuratoris praesentis.

6) por. Kniep l. c. 279. Solazzi Aeg. II. 164.

7) o ile chodzi o słowa: εἰ μὴ παρείη to jak Solazzi Aeg. II. 165 (za Alibrandim
Opere giuridiche 444) podnosi, nie są one pewne; proponuje on w miejsce tych słów,
ἐν ἀπράκτω ἡμέρα. W każdym wypadku odrzucić należy za Solazzim, przypuszczenie by
słowa te odnosiły się do nieobecnego opiekuna lub by tutor taki mógł być ustanowiony
bez przesłuchania i bez swej zgody.

8) por. do wyrażenia amittere tutelam Perozzi tut. imp. 58/59.

9) por. Rudorff l. c. 377, Kniep. l. c. 279, Perozzi tut. imp. 56.

10) por. Kübler ZSS. 30, 165/6.

β) O drugiej przyczynie osłabienia obu rodzajów opieki tj. przymusie do udzielenia auctoritas¹⁾, czerpiemy wiadomości z Gai I. 190, wedle którego alterius generis tutores mogą być zmuszeni nawet wbrew swej woli do udzielenia auctoritatis (saepe etiam invitus auctor fieri a praetore cogitur), a zwłaszcza z Gai II. 122. Loquimur autem de his scilicet feminis quae non in legitima parentium aut patronorum tutela sunt sed de his quae alterius generis tutores habent, qui etiam invitati coguntur auctores fieri. Kiedy się ten przymus pojawił, niewiadomo. To jednak wiemy, że już długi czas przed Cyceronem uznano możliwość przymusu przeciw alterius generis tutores, jeśli chodziło o małżeństwo cum manu²⁾.

γ) Z myślą, że ekskuzacja mogła mieć miejsce przy tut. muliebris, tak dativa, jak i testamentaria, wystąpił niedawno Perozzi³⁾, podnosząc słusznie, że skoro raz dopuszczono wogóle ekskuzację, nie było najmniejszego powodu do ograniczenia jej zastosowania do tut. pupillaris, zwłaszcza, że żadne źródło odnoszące się do ekskuzacji o takim ograniczeniu nie mówi. O ile chodziło w szczególności o tut. testam., to okoliczność, że przy niej dopuszczalną już jest abdykacja, nie wyklucza bynajmniej ekskuzacji, skoro skutki każdej z nich były odmienne. Przy abdykacji tutor desinit esse tutor, przy ekskuzacji nie ustanawiano innego tutora⁴⁾, a tutela pozostawała przy ekskuzowanym tutorze⁵⁾. Albowiem powiada ten uczony, że jak kobieta mogła pozostać pod tutelą osoby, „che non prestava l'auctoritas perchè incapace, potea rimanere anche con uno che non la prestava perche scusato“⁶⁾, a w innym miejscu⁷⁾ „Si anzi verificava un altro di quei casi, in cui il diritto antico lasciava donna con un tutore non esercente“. Przyjmując tę niewątpliwie bardzo pożądaną hipotezę musimy w niej, obok podniesionego już wyżej momentu osłabienia tuteli, widzieć także moment, który przyczynić się musiał w znacznym stopniu do przekształcenia jej w munus.

δ) O lex Papia Poppea wspomnieliśmy już wyżej, mówiąc o tuteli patronatowej; tu zauważyć tylko jeszcze należy, że Kübler zestawiał w wyżej cyt. pracy⁸⁾ wszystkie pap., gdzie Rzymianki powołują się na ten przywilej: *χωρίς κυρίου γρηματοζυσσα κατ[ά] τὰ Ρωμαίων ἔτη τέκνων δικαίω* dla uzasadnienia, iż działają bez opiekuna⁹⁾.

1) por. Pernice: Labeo I. 193.

2) Cic. pro Mur. 27.

3) tut. imp. 62, abdicatio 14.

4) Gai I. 182.

5) Perozzi abdicatio 15.

6) Abdicatio 20.

7) tut. imp. 62.

8) ZSS. 30, 175—181.

9) Z późniejszego po Küblerze ogłoszonego materiału cytuję: Oxy 1463, Hamb. 15, P. S. J. 704. Wzmianka o ius liberorum w P. S. J. 730 jest niepewną (por. Meyer: Ztschr. f. vgl. Rw. 39. 230).

Ciekawą ilustrację tej ustawy zawiera Oxy 1467¹⁾: δι[ιάση]μότατε ἡγεμόνων, οἵτινες δικαίω κεκοσμημένα[ι]ς ἑαυτῶν κυριεύειν καὶ χωρ[ι]ς κυρίου χρηματίζουσιν ἐν αἷς ποιῶν[τ]αι οικονομίας, πολλῶ δὲ πλέον ταῖς γρά[μ]ματα ἐπισταμέναις καὶ αὐτὴ τοῖνον τῶ μὲν κόσμῳ τῆς εὐπαιδείας ἐντυχήσασα ἐνγράμματος δὲ χα[ι] ἐ[ς] τὰ μάλιστα γράφειν εὐχόπως δυναμένη, ὑπὸ περισσῆς ἀσφαλείας διὰ τούτων μου τῶ[ν] βιβλιδίων τροσφω<νῶ> τῶ σῶ μεγεθι πρὸς τὸ δύνασθαι ἀνεμτοδίστως ἄς ἐντεῦθεν ποιῶμι οἰκ[ον]ομιά[ς] διαπράσσεσθαι. ἀξιῶ ἔχειν αὐτὰ ἀπροκρίτως τρ[ι]ς δικαίους μ[ο]υ ἐν τῇ σῆ τοῦ [δικ]ημοτάτου τ[ά]ξι, ἐν ᾧ β[ε]β[ο]ηθ[η]μένῃ χα[ι] ἐ[σ]αει ὁμοίας? χάριτας ὁμολογήσω· διευτ[ύ]χ[ει] Αὐρηλία Θαῖσ[ο]ῦς ἢ καὶ Λολλι[ε]νῆ διεπεμψάμην πρὸς ἐπίδοσιν ἔτους ἰ' Ἐπειφ κα ἔσται σοῦ τὰ βιβλία ἐν τῇ [τάξι].

Dokument ten nasuwa pytanie, czy ius trium liberorum nabywa się przez nadanie ze strony kompetentnych władz, czy też ipso iure na podstawie faktu, iż jest się matką trojga dzieci. Wydawcy nie dają na to pytanie stanowczej odpowiedzi; nazywają dokument ten „petition for ius trium liberorum“, piszą jednak dalej, że dokument ilustruje fakt „by which the right was secured“. Tem samym zbliżają się do prawdy, ale tylko nieświadomie, ponieważ kilka słów dalej mówią: „the granting of the ius trium liberorum“ P. Meyer²⁾ nie jest również dość ścisły, gdyż w tłumaczeniu nazywa ten dokument podaniem „o zwolnienie z opieki muliebris na podstawie ius trium liberorum“, następnie jednak mówi o nadaniu, przyczem ma widocznie na myśli nadanie ius trium liberorum. Stanowczo wyraża swe zdanie jedynie Wenger³⁾, który widzi w nim pewien postęp w nauce o ius trium liberorum, stojąc na stanowisku, że prawo to musi być dopiero nadane i że nie przysługuje już na podstawie εὐπαιδείας. Berger⁴⁾ natomiast zwraca uwagę na to, że w dokumencie tym niema mowy o nadaniu, gdyż petentka prosi tylko: ἀξιῶ ἔχ[ει]ν αὐτὰ (mowa jest o βιβλία tj. jej prośby) ἐν τῇ σῆ τ[ά]ξι tzn. by jej podanie, w którym donosi o swej kwalifikacji do ius trium liberorum, przechowano w kancelarji namiestnikowej. Odpowiednio też brzmi załatwienie urzędnika kancelaryjnego (30) ἔσται σοῦ τὰ βιβλία ἐν τῇ [τάξι]; o udzieleniu τέκνων δικαίον niema tutaj zatem śladu. Dlaczego ona zaś takie podanie wnosi, wyjaśnia petentka kilkakrotnie: (w. 18) πρὸς τὸ δύνασθαι ἀπεμτοδίστως ἄς ἐντεῦθεν ποιῶμι οἰκ[ον]ομιά[ς] διαπράσσεσθαι a następnie: (w. 2. 24) ἐν ᾧ β[ε]β[ο]ηθ[η]μένῃ. Tem samem tłumaczają się także słowa (w. 15) ὑπὸ περισσῆς ἀσφαλείας, w których petentka chce zaznaczyć widocznie, że pragnie, by jej ius liberorum zostało dla większego bezpieczeństwa ustalonem przez złożenie podania w kancelarji namiestnika.

¹⁾ Dokument ten otrzymałem dzięki uprzejmości prof. Taubenschlaga.

²⁾ Jur. Pap. 352.

³⁾ Krit. Vjschr. 18, 55.

⁴⁾ Ztschr. f. vgl. R. w. 39, 304.

To zaś miało ten faktyczny skutek, że przy zawieraniu czynności prawnej mogła się strona powołać na wciągnięte do rejestru podanie, a kontrahent łatwo przekonać, czy jej twierdzenie jest prawdziwe. Tem samym rozstrzyga ten dokument kwestję: do nabycia *ius liberorum* nie potrzeba było osobnego nadania¹⁾.

5. Pozostaje do omówienia czynnik, który spowodował osłabienie wszystkich trzech rodzajów tuteli, a mianowicie *coemptio tutelae evitandae causa* t. zw. *fiduciaria coemptio*. Instytucja ta łączy się ściśle z t. zw. *manumissio per extraneum*. *Manumissio* ta ma miejsce, jeśli *pater familias*, mąż lub *coemptionator*, kobietę poddaną swej potestas lub *manus mancipuje ea lege ut manumittatur*. Jeśli *extraneus* stosownie do tego zastrzeżenia ją wyzwoli, uzyska nad nią tutelam *muliebrem*, która po jego śmierci przejdzie na jego agnacyjnych *descendentów* męskich wedle stopnia bliższości. Tutor taki nosi nazwę *tutoris fiduciarii* i zalicza się do kategorii t. zw. *alterius generis tutores*²⁾. Otóż z tą tutelą pozostaje w związku *coemptio tutelae evitandae causa*. Polega ona na tem, że kobieta pozostająca pod opieką zawiera za zgodą swego opiekuna *coemptio* z podstawioną przez siebie osobą z tem zastrzeżeniem, by ją *coemptionator* trzeciej osobie przez kobietę wyznaczonej *remancypował*. Ten trzeci wyzwala ją stając się jej *tutor fiduciarius*³⁾. Pytanie, jakie się nasuwać musi, jest to, czy *fiduciaria coemptio* dopuszczalna jest przymusowo przy wszystkich rodzajach tuteli, czy też tylko przy *tut. test.* i *tut. dativa*. *Karlowa*⁴⁾ oświadcza się za pierwszym zdaniem, *Sohm*⁵⁾ zaś specjalnie odnośnie do *tut. legitima*, z tem uzasadnieniem, że *tutor legitimus* nie ma prawa *veta* przy *coemptio*, że zatem musi na tę *coemptio* zezwolić. Ale pomijając fakt, że taki przymus udzielania *auctoritatis* nawet co do *patrona*⁶⁾ nie da się wykazać, przemawia przeciw niemu także i ta okoliczność, że *tutor legitimus* miał inną drogę pozbycia się tuteli, bo *in iure cessio*, a wprowadzenie nowego środka w interesie kobiety, dla pozbycia się opiekuna, tam gdzie to pozbycie zależne jest od jego zezwolenia, nie miałyby żadnego sensu. Musimy przeto ograniczyć możliwość przymusowej *coemptio* tylko w stosunku do *tut. dativa* i *testam*, co nie wyklucza, że ona, jak to wypływa z *Gai I. 195*, i do *patronów* mogła mieć zastosowanie, o ile ci na nią zgodzić się chcieli. W tej postaci

¹⁾ Tak samo teraz *Solazzi*: *Ius liberorum e analfabetismo* (*Rend. Ist. Lomb. I. 1. 1918, 587*), przyczem autor ten podnosi, że gdyby uzyskanie *ius liberorum* polegało na nadaniu, znalazłoby to niezawodnie wyraz w formule, zapomocą której strony na swoje *ius liberorum* się powołują.

²⁾ *Gai I. 115, 166, 195. Ulp. XI. 5.*

³⁾ *por. senes ad coemptiones faciendas u Cic. pro Mur. 27. i Wróblewski l. c. 294*

⁴⁾ *l. c. II. 299.*

⁵⁾ *l. c. 66₁₆.*

⁶⁾ *Gai. I. 190.*

spotykamy ją w epoce klasycznej i tak pojętą musimy ją uważać za środek powodujący osłabienie wszystkich rodzajów opieki, jakie się utrzymały po lex Claudia.

6. Tak osłabiona tutela istniała za Gaia; nie też dziwnego, że Gai. I. 190 wyraża się o niej, że magis speciosa videtur quam vera. Pozostaje tylko do omówienia kwestja, jak długo się ona w tej postaci w prawie rzymskiem państwowem utrzymała. Jest rzeczą pewną, że tutela nad kobietami istnieje jeszcze jako instytucja żywotna za czasów Dioklecjana; Vat. fr. § 325—327 z tych czasów o niej bowiem wspominają. Nie można natomiast powołać się w tej kwestji na P. Edmonst. (z r. 354 p. Chr.) gdzie kobieta występuje w asystencji swego męża, μετὰ τοῦ κυρίου κῆρυξ ἀνδρὸς Ἀύρηλου Δωροθέου Σεργήνου, ponieważ chodzi tu o tut. z prawa peregrynów¹⁾. Rudorff²⁾ i Puchta³⁾ kładą datę jej zaniku na rok 390, a to na podstawie C. Th. 3, 17, 4., ponieważ konstytucja ta uznaje możliwość sprawowania opieki przez kobietę nad swemi dziećmi. Argument ten nie może być jednak przekonujący, ponieważ jak wykazuje praktyka grecko-egipska, możliwem było, że kobieta stojąca pod opieką sprawowała opiekę nad swemi dziećmi⁴⁾. Za istnieniem tej opieki w tych czasach mogłoby raczej przemawiać B. G. U. III. 943 (z r. 388)⁵⁾, gdzie kobieta powołuje się przy zaciąganiu pożyczki na δίκαι[ον] παίδων ἔχουσα, gdybyśmy byli pewni, że nie chodzi tu tylko o notarialny frazes. Że dalej C. Th. 8, 17, 3. (z r. 410) nadaje kobietom jus commune liberorum tylko ze względu na dyspensę od tzw. leges decimariae, nie zaś ze względu na opiekę, zauważono już dawniej⁶⁾. Tak więc datę jej zgaśnięcia w prawie państwowem można określić tylko na tej podstawie, że nie znalazła ona przyjęcia w kodeksie teodozjańskim⁷⁾.

XI. Tutela prawa ludowego i jej wpływ na opiekę prawa państwowego po C. A.

Ale równocześnie z stopniowym upadkiem opieki nad kobietami w prawie państwowem wysuwa się na pierwszy plan kwestja opieki w prawie ludowem. Constitutio Antonina przeniosła postanowienia prawa opiekuńczego na mieszkańców wschodniej połowy cesarstwa, ale jest rzeczą dowiedzioną⁸⁾, że recepcja tych postanowień nie w zupełności się

¹⁾ por. Mitteis Reichsrecht 319.

²⁾ l. c. I. 58.

³⁾ Institutionen § 302 uw. 2.

⁴⁾ por. Mitteis: Grundz. 253.

⁵⁾ por. też opublikowany przez Jouguet et Collinet papyrus w Arch. für Pap. I. 293 (z r. 350 p. Chr.).

⁶⁾ por. Rudorff l. c. I. 60, Fulvio Maroi Aeg. I. 147₂ i cyt. tamże literature.

⁷⁾ por. Pacchioni: Corso di diritto romano II. 125².

⁸⁾ por. Kniep l. c. 256; też Weager Rechtsg. 208.

udała. Obok bowiem przepisów prawa rzymskiego utrzymały się odmienne postanowienia prawa ludowego.

I tak wedle prawa państwowego ojciec może być tutorem ustawowym córki, jeśli, jak już poprzednio zaznaczyliśmy, po mancytacji przeniesionej na niego *ex causa mancipii*, dokonuje wyzwolenia, aby jako twórca wolności zyskać prawa patronatowe. Ta forma tuteli ustawowej przyjęła się u prowincjałów, jak dowodzi C. 2, 20, 5, (*per legitimum tutorem patrem eundemque manumissorem*); jednakowoż i tutela ustawowa ojca nad córką, z prawa peregrynów, pozostała w użyciu. Wprawdzie powołany przez Taubenschlaga¹⁾ na dowód tego C. 6, 50, 14, nie jest zupełnie pewny — mowa tu jest o ojcu jako opiekunie córki, bez podkreślenia jego charakteru jako tutor „*legitimus*“, co może co prawda polegać tylko na pewnej *breviloquencia* — ale B. G. U. II. 667 (z r. 221/2), gdzie ojciec występuje jako *ἐπίτροπος κατὰ τοὺς νόμους* swej córki wyraźnie przemawia za tem przypuszczeniem.

Dla ustawowej opieki najbliższych krewnych wchodzi w grę C. 5, 30. 1., gdzie czytamy „*Ad avunculos nec masculorum tutelae ex lege duodecim tabularum deferuntur, cum solum patruis (si se non excusaverint)*”²⁾ *id ius tributum est*“. Jak wykazuje Taubenschlag³⁾, wychodzi tu *petentka* z założenia, że stoi zasadniczo pod ustawową opieką, a jej wątpliwości odnoszą się jedynie do kwestji, czy pozostaje pod ustawową opieką kognatów (*avunculus*), czy agnatów⁴⁾.

Dalsze trwanie opieki męża nad żoną ilustruje C. 8, 55, 6 (a. 294). Tu żona stara się zabezpieczyć darowiznę sporządzoną przez męża „*sub praetextu mariti ac liberorum absentiae*“, wychodząc widocznie z założenia, że do ważności konieczną jest *auctoritas* męża jako opiekuna⁵⁾. Jeszcze ciekawszy jest Oxy VI, 907 (Chrest 317) testament rzymski z r. 276, gdzie ojciec ustanawia dla córki opiekuna aż do chwili, kiedy *ἀνδρὶ γαρῆθῆ*, a to w duchu prawa greckiego, w którym z chwilą zawarcia małżeństwa opieka nad córką przechodzi na jej męża⁶⁾. Natomiast nie mają mocy przekonywującej powołane przez Taubenschlaga C. P. R.

¹⁾ por. Taubenschlag l. c. 80. I pozatem określa się ojca jako tutora por. dokument opublikowany przez Egera w *Ztschr. d. Sav. Stfg.* 32., 378. *Didymo impub.(ere) t[utore] a[uctore]*; o zbliżaniu *patria potestatis* do tuteli, jakie się dokonuje w prawie prowincjonalnem ob. Taubenschlag *ZSS.* 37, 200 i cyt. przez niego ustęp z księgi praw syryjskiej, por. także *P. Mon.* 11. do 12., gdzie wyrażone jest zapatrywanie, że p. p. gaśnie jak opieka z pewnym wiekiem (por. Taubenschlag l. c. 214).

²⁾ interp. ob. Perozzi *tut. imp.* 43.

³⁾ l. c. 31.

⁴⁾ por. C. 2, 21, 7., gdzie *avunculus* sprawuje opiekę. Czy w C. 4, 16, 6, gdzie *patronus* sprawuje opiekę, chodzi o ustawową opiekę czy też tylko o opiekę *dativa*, jest wątpliwe ob. Taubenschlag l. c. 81., tożsamo niewidoczne w C. P. R. 7. (z r. 227) i C. P. R. 63.

⁵⁾ tak już *Mitteis: Reichsrecht* 219.

⁶⁾ Taubenschlag *ZSS.* 37, 213; *Kreller: Unters.* 388; *Solazzi: Aeg.* II 68/2.

7 (227 p. Chr.), C. P. R. 64 (227 p. Chr.), Amh. 72. (246 p. Chr.), Lond. 936 (str. 30/1) (217 p. Chr.), Lips 4 i 5 (293 p. Chr.), gdzie mąż występuje stale jako *κύριος* lub w swej zwyrodnialej postaci jako *συνεστώς*¹⁾, ponieważ niewidocznem jest tu, czy on występuje jako tutor legitimus prawa ludowego, a tutorem ustanowionym przez władzę mógł być mąż i na podstawie prawa państwowego²⁾. Te odmienne zasady prawa ludowego, utrzymane siłą faktu i po Constitutio Antonina, nie pozostały bez wpływu na prawo państwowe. Charakterystyczną jest pod tym względem C. Th. 3, 1, 3.: *Patruī mei Constantini constitutionem iubemus aboliri qua praecipit minores feminas consortio virorum copulatas sine decreti interpositione venditiones posse celebrare, si viri eorum consensum pariter atque subscriptionem instrumentis putaverunt esse praebendum, z której się dowiadujemy, że Konstantyn, niewątpliwie pod wpływem prawa greckiego — całe ustawodawstwo konstantyńskie było bowiem owiane duchem hellenistycznym³⁾ — poddał małoletnią opiece jej męża⁴⁾. Jeszcze ciekawsza jest C. Th. 3, 17, 2.: *In feminis tutelam legitimam consanguineus non recuset*. Taubenschlag tłumaczy tę konstytucję w ten sposób, że Konstantyn przywrócił tutelę agnatyczną nad kobietami dojrzałymi i wprowadził w ten sposób, jak często, instytucję grecką z powrotem do prawa rzym. Ale przeciw jego interpretacji przemawia stanowczo C. 5, 30, 3 z r. 472, gdzie na mocy konstytucji Konstantyna „*patruus ceterique legitimi ad pupillarum feminarum tutelam vocantur*“, a gdzie T. zmuszony jest przyjąć, iż wyraz *pupilla* jest interpolowany⁵⁾. Do takiego przypuszczenia niema podstawy. Raczej przypuścić należy z panującą teorią, że l. *Claudiam* odnosiła praktyka mylnie także i do nie-*

¹⁾ Istota tego *συνεστώς* nie jest dotąd w literaturze należycie oświetloną por. Kübler ZSS. 30, 182. Partsch Arch. VI. 472 łączy to pojęcie z greckim *συνιστάσαι* i sądzi, że ilekroć taki *συνεστώς* występuje „*liegt immer der Gedanke nahe, dass der Mitauftretende selbst kraft einer Rechtsgemeinschaft mit der Partei oder kraft Beispruchrechts selbst zustimmen mußte*“, por. także Solazzi *In liberorum analfabetismo* 586, który dochodzi do rezultatu *Quelle fra loro che si vantano libere della tutela τέκνων δικαίω fanno ntervenire συνεστώς*. Zob. Castelli: *συνεστώς* i *συμπαρών* w S. A. M. I. 50 i Maroi w Aeg. I. 147, także Meyer: *Jur Pap.* 32, 164.

²⁾ por. np. C. 5, 62, 4, a do tego Solazzi Aeg. II. 167. Kompilatorowie stanęli na stanowisku, że mąż nie może być kuratorem żony. Tem tłumaczy się interpolację w C. 4, 15, 6., gdzie żonę przemienioną w obcą (*si adulta eius curam geris*), podczas gdy w *lex gemina* 7, 72, 7 pozostawiono *si uxor tua* a usunięto *cuius curam geris*. Tak samo w B. G. U. 1049 Aurelius Athanasius jest tutor dativus wedle p. rzymskiego swojej żony Aurelli Hesichion, która w r. 342 *ὁμολογῆ [με]τὰ κυρίου ἐπιγραφομένου τοῦ συνόντος αὐτῆ ἀνδρός* por. Solazzi: Aeg. II. 168.

³⁾ por. Mitteis *Reichsrecht* s. 548, 552.

⁴⁾ por. Mitteis *Reichsrecht* 218/9, Taubenschlag l. c. 84. Jako ilustrację por. B. G. U. 1049 (z r. 342 p. Chr.).

⁵⁾ por. także przeciw T. Kübler *Kritische Viertjrschrift*, t. 52, 19 (r. 1913).

letnich kobiet, uważając, że ona zniosła także i tutelę nad niemi¹⁾, tak, że Konstantyn starał się fałszywą interpretacją tej ustawy swoją konstytucją usunąć²⁾. Przyjmując zaś to ostatnie, musimy wpływ prawa greckiego na prawo państwowe ograniczyć tylko do recepcji opieki męża nad żoną, przyczem nie należy zapominać, że opiekę tę uchylił cesarz Juljan³⁾.

¹⁾ Rudorff l. c. I. 214 uw. 34, zwraca uwagę, że Gai I. 157 Paul D. 26, 4, 8. i C. 5. 30, 1. 2. popierają tę interpretację przyjętą przez praktykę. Przeciw temu jednak Perozzi tut. imp. 153, który zwraca na to uwagę, że powodem takiej interpretacji była widocznie okoliczność, że lex Claudia zamiast wymienić agnatów in genere, wspomniała jedynie przykładowo „frater“ i patruus i stąd powstała myśl „che questi parenti fossero esclusi anche della tutela delle donne a così si spiega che Gaio dica: masculus quidem impubes fratrem (puberem) aut patronum habet tutorem“.

²⁾ Nie da się jednak zaprzeczyć, że konstytucja sama jest niemożliwie zredagowana por. Perozzi l. c. 152. „Ad indicare l'abolizione di una interpretazione e certo eccessiva“. I słusznie zapytuje: Ma si potea dire abrogato una legge (lege Claudia sublata) quando se ne manteneva una parte essenziale cioè la soppressione della tutela legitima sulle donne?“

³⁾ ob. Taubenschlag l. c. 86. Zauważyć w końcu należy, że opiekuna spotykamy w papyrusach jeszcze bardzo późno ob. np. Wessely P. Klein form. Nr. 239₂/VI/VII. w. cyt. u Taubenschlaga l. c. 86. uw. 57, a także w późnym pap. z Antinoe z r. 579 (P. Cair. Masp. 67023), ale są to objawy szczątkowe prawa ludowego.



2. 10/51