

CRIMEN ADULTERII - POSTKLASIČNE INOVACIJE

Doc. dr. sc. Ivana Jaramaz Reskušić*

UDK 343(347)

173,1/3

Izvorni znanstveni rad

Primljeno: prosinac 2005.

Na temelju analize relevantnih carskih konstitucija u radu se izlažu i objašnjavaju sadržaj i cilj promjena koje su se, u razdoblju od Konstantina do Justinijana, dogodile u augustovskoj odnosno klasičnoj kaznenopravnoj regulaciji tog kaznenog djela. U prvom dijelu rada autorica komentira Konstantinove zakonske intervencije, kojima je krug osoba ovlaštenih za podizanje optužbe znatno sužen i uvedeno privilegirano pravo muža na optužbu *ex suspicione*, te Justinijanove reformatorske dopune propisane Novelama 117 i 134. Promjene u sferi represije analizirane su u drugom dijelu rada. Prva faza, od Konstantina nadalje, obilježena je, zaključuje autorica, drastičnim pooštrenjem kažnjavanja, koje uključuje i proširenje granica muževa prava na nekažnjivo ubojstvo preljubnika. U drugoj fazi, Justinijanovu zakonodavstvu, granice represije znatno su sužene prema ženi preljubnici, dok je mužev *ius occidendi* prema muškom sudioniku tog kaznenog djela tek neznatno modificiran. Autorica se također osvrće na utjecaj kršćanstva na tu pravnu sferu u doba "difuznih ideoloških koncepcija" carskog prava.

Ključne riječi: crimen adulterii, accusatio adulterii, accusatio ex suspicione, ius occidendi, postklasično rimsko kazneno pravo, repudium, Konstantin, Justinijan

U usporedbi s Augustovim *lex Iulia de adulteriis coercendis* (18. ili 17.g.pr.n.e.) te njezinom klasičnopravnom nadogradnjom, temeljni sadržaj *crimen adulterii*, jednako kao i cjelokupno područje kaznenih djela protiv obiteljskog reda i javnog morala, u postklasičnom je razdoblju uvelike proširen.¹ Stoga se ova

* Dr. sc. Ivana Jaramaz Reskušić, docentica Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb

¹ Glede cjelovitog prikaza kaznenih djela (promijenjenog ili novog sadržaja) u postklasičnom carskom zakonodavstvu v. E. Costa, *Crimini e pene da Romolo a Giustiniano*, Bologna, 1921,

studija usredotočuje na dvije glavne točke kaznenopravne regulacije preljuba - optužbu i sankciju - promatrane u kontekstu promjena oblikovanih raznovrsnim carskim konstitucijama donesenim u razdoblju od Konstantina (306.-337.g.) do Justinijana (527.-565.g.). Pritom se naznačuju relevantna načela kršćanskog svjetonazora te nastoje otkriti putovi utjecaja kanonskih normi ili načini difuznog ideološkog prožimanja prisutni prilikom koncipiranja carskog zakonodavstva o preljubu.²

str. 101-218; B. Biondi, *Il diritto romano cristiano*, part. III: *La famiglia. Rapporti patrimoniali. Diritto pubblico*, Milano, 1954, str. 460-99; G. Pugliese, *Diritto penale romano*, u: Arangio Ruiz, V. - Guarino, A. - Pugliese, G., *Il diritto romano: la costituzione - caratteri, fonti - diritto privato - diritto criminale*, Roma, 1980, par. IV, str. 330-3; B. Santalucia, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano, 1989, str. 140-8; N. Scapini, *Diritto e procedura penale nell'esperienza giuridica romana*, Roma, 1990, str. 113-46; V. Giuffrè, *La "repressione criminale" nell'esperienza romana*, Napoli, 1993, str. 190-3, 203-8; I. Jaramaz-Reskušić, *Kaznenopravni sustav u antičkom Rimu*, Zagreb, 2003, str. 471-532. Glede postklasičnog kaznenopravnog sadržaja *crimen adulterii* usp. *infra*, bilj. 63.

- ² Glede procjene utjecaja kršćanske etike na razvoj rimskog kaznenog prava, u romanističkoj znanosti postoji grupa autora koja tom utjecaju pridaje odlučujuće značenje: tako prvenstveno Biondi (*Il diritto*, III, str. 411-26, 436-99), zatim A. Houlou (*Le droit pénal chez Saint Augustin*, RHD, 52/1974, str. 5-16), a posebice ekstremno stajalište zauzima S. Riccobono ml. (*L'idea di humanitas come fonte di progresso del diritto*, u: Studi Biondi, Milano, 1965, str. 583-608) koji čak i kaznene politike careva iz 2. i početka 3. st. pripisuje utjecaju kršćanstva (usp. M. Troplong, *De l'influence du christianisme sur le droit civil des Romains*, Paris, 1855). Ponešto oprezniji su: U. Brasiello (*Premesse relative allo studio dell'influenza del Cristianesimo sul diritto romano*, u: Scritti Ferrini, Milano, 1947, str. 21 i dalje), J. C. Genin (*La répression des actes de tentative en droit criminel romain*, Lyon, 1968, str. 245, 248-54), a posebice F. Schulz (*Prinzipien des römischen Rechts*, Berlin, 1934, str. 189-97) koji u tom smislu pruža najuravnoteženiju procjenu. Konačno, najskeptičnije procjene pružaju: C. Dupont (*Le droit criminel dans les constitutions de Constantin. Les peines*, II, Lille, 1955, str. 88), a posebice J. Gaudemet (*La formation du droit séculier et du droit de l'Église aux IV^e et V^e siècles*, Institut de droit romain de l'Université de Paris, 1957, str. 198). Glede različite procjene utjecaja kršćanske etike na carsko bračno zakonodavstvo v. J. Vogt, *Zur Frage des christlichen Einflusses auf die Gesetzgebung Konstantins des Grossen*, u: Festschrift für Leopold Wenger, t. 2, München, 1945, str. 133-42; H. J. Wolff, *Doctrinal trends in Postclassical Roman Marriage Law*, ZSS, 67/1950, str. 263-70, posebice bilj. 8-15 koje sadržavaju popis literature; usp. *infra*.

I.1. ACCUSATIO ADULTERII

Polazna točka za istraživanje postklasičnih inovacija regulacije kaznenog djela preljuba jest konstitucija cara Konstantina objavljena 326. godine u Nikomediji:

IMP. CONSTANTINUS A. AD EVAGRIUM. Quamvis adulterii crimen inter publica referatur, quorum delatio in commune omnibus sine aliqua legis interpretatione conceditur, tamen ne volentibus temere liceat foedare conubia, proximis necessariisque personis solummodo placet deferri copiam accusandi, hoc est patrueli consobrino et consanguineo maxime fratri, quos verus dolor ad accusationem impellit. Sed et his personis legem inponimus, ut crimen abolitione compescant. In primis maritum genialis tori vindicem esse oportet, cui quidem ex suspicione etiam ream coniugem facere nec intra certa tempora inscriptionis vinculo contineri veteres retro principes adnuerunt. Extraneos autem procul arceri ab hac accusationem censemus. Nam etsi omne genus accusationis necessitas inscriptionis adstringat, nonnulli tamen proterve id faciunt et falsis contumeliis matrimonia deformant. P(RO)P(OSITA) NICOMEDIAE VII KAL. MAI. CONSTANTINO A. VII ET CONSTANTIO CAES. CONSS.³

Uzmemo li u obzir nadopune koje su kompilatori, dva stoljeća poslije, izvršili prilikom prenošenja Konstantinove konstitucije u *Codex Iustinianus* 9,9,29/30,⁴

³ *Cod. Theod.* 9,7,2. Konstitucija je bila, prema navodima iz *inscriptio*, upućena Evagriju, *Praefectus Praetorio Orientis* (v. J. Gothofredus, *Comment. ad Cod. Theod.* 9,7,2-3,60; usp. A. H. M. Jones - J. R. Martindale - J. Morris, *The Prosopography of the Later Roman Empire*, I, Cambridge, 1971, str. 284), a prema navodima iz *subscriptio* objavljena 25. travnja 326. g. u Nikomediji (glavni grad azijske pokrajine Bitinije), gradu koji je bio *sedes* spomenutog prefekta Evagrija (v. Gothofredus, *Notitia Dignitatum*, 320) a nalazio se u blizini Niceje u kojoj je Konstantin godinu dana prije bio sazvao prvi ekumenski koncil. Osim toga mogli bismo spomenuti da je Konstantin tu konstituciju (zajedno s ostalima iz skupine mjera usmjerenih regulaciji seksualnih povreda) objavio, uoči svojih *vicennalia*, potkanut mučnim obiteljskim zbivanjima: naime, početkom 326. g. osumnjičeni za preljub bili su njegov najstariji sin Krispo (iz konkubinata s Minervinom) i careva mlada supruga Fausta, od kojih je sin na carevu zapovijed bio otrovan u Puli, a supruga nedugo potom usmrćena; usp. D. Liebs, *Unverhohlene Brutalität in den Gesetzen der ersten christlichen Kaiser*, u: Symposium F. Wieacker. *Römisches Recht in der europäischen Tradition*, Ebelsbach, 1985, str. 98.

⁴ Četiri su izmjene Konstantinove konstitucije sadržane u Justinijanovom Kodeksu (9,9,29/30). Tako je u prvoj rečenici teodozijanske verzije te konstitucije dio *hoc est patrueli consobrino et consanguineo maxime fratri...* zamijenjen s *hoc est patri fratri nec non patruo et avunculo...*, na koji su način kompilatori precizirali popis subjekata legitimiranih za podizanje optužbe. Drugoj rečenici teodozijanske verzije kompilatori su dodali umetak *si voluerint*, čime su

dolazimo do sadržaja jedne carske konstitucije općenitog karaktera iz kojeg možemo iščitati najcjelovitije postklasično određenje kaznenopravne prirode preljuba te nova pravila podizanja optužbe za to kazneno djelo.

Osim te konstitucije, u obzir treba uzeti i Konstantinovu konstituciju iz 331.g. koja, sadržana u *Codex Theodosianus* 3,16,1, glasi:

IMP. CONSTANT(INUS) A. AD ABLAVIUM P(RAEFECTUM) P(RAETORIO). Placet mulieri non licere propter suas pravas cupiditates marito repudium mittere exquisita causa, velut ebrioso aut aleatori aut mulierculario, nec vero maritis per quascumque occasiones uxores suas dimittere, sed in repudio mittendo a femina haec sola crimina inquiri, si homicidam vel medicamentarium vel sepulchrorum dissolutorem maritum suum esse probaverit, ut ita demum laudata omnem suam dotem recipiat. Nam si praeter haec tria crimina repudium marito miserit, oportet eam usque ad acuculam capitis in domo mariti deponere et pro tam magna sui confidentia in insulam deportari. In masculis etiam, si repudium mittant, haec tria crimina inquiri conveniet, si moecham vel medicamentariam vel conciliatricem repudiare voluerint. Nam si ab his criminibus liberam eiecerit, omnem dotem restituere debet et aliam non ducere. Quod si fecerit, priori coniugi facultas dabitur domum eius invadere et omnem dotem posterioris uxoris ad semet ipsam transferre pro iniuria sibi inflata. DAT. BASSO ET ABLAVIO CONSS.⁵

naglasili da je prethodno navedenim subjektima olakšano odustajanje od optužbe za preljub tako što im je omogućena *abolitio*. Nadalje, u trećoj je rečenici dio *nec intra certa tempora inscriptionis vinculo contineri... preformuliran* riječima *licet, vel eam, si tantum suspicatur, penes se detinere non prohibetur: nec inscriptionis vinculo contineri, cum iure mariti accusaret... A* jedinu bitnu nadopunu Konstantinove konstitucije čini posljednja rečenica justinijanske verzije: *Sacrilegos autem nuptiarum gladio puniri oportet*. Ta je rečenica rezultat, s jedne strane, fuzije Konstantinove konstitucije iz 326.g. i konstitucije Konstancija II. i Konstansa iz 339.g. (*Cod. Theod.* 11,36,4), a s druge strane inovacije koja, sukladno Justinijanovoj tendenciji (izraženoj i u *Inst.* 4,18,9) ograničavanja raznovrsnosti i okrutnosti sankcija povezanih s utvrđenjem *crimina*, donosi zamjenu drevne *poena cullei* kaznom *poena gladii*. Glede izmjena usp. C. Venturini, "Accusatio adulterii" e politica costantiniana /Per un riesame di CTH 9,7,2/, SDHI, Roma, 54/1988, str. 68-72; R. Bonini, *Ricerche di diritto giustiniano*, Milano, 1990 (sec. ed.), str. 110-2, 154-5; P. Panero Oria, *Ius occidendi et ius accusandi en la lex Iulia de adulteriis coercendis*, Valencia, 2001, str. 264-5; detaljnije v. *infra*.

⁵ Konstitucija, nazvana *De repudiis*, donesena je šest godina nakon Nicejskog koncila, u kršćanskom religijskom ozračju proglašenja Konstantinopola novim glavnim gradom na Orijentu (11. svibnja 330.g.), a njezini glavni inicijatori su najvjerojatnije bili biskupi iz Konstantinova okruženja, ponajprije učeni biskup Euzebije iz Cezareje, carev panegiričar i bliski prijatelj. *Inscriptio* konstitucije sadržana u Teodozijevu kodeksu pokazuje da je bila

Razmatranjem konstitucije koja mogućnost otpuštanja (*repudium*) bračnog druga uvjetuje izvršenjem jednog od triju propisanih kaznenih djela (*tria crimina*) upotpunjuje se spoznaja o smislu i svrsi Konstantinova reformatorskog zakonodavstva. Premda je već na prvi pogled jasno da citirane konstitucije odgovaraju različitim ciljevima - prva ograničavanju prava na *accusatio adulterii*, a druga opiranju širenja razvoda braka, zajednička im je Konstantinova težnja k očuvanju bračnog odnosno obiteljskog integriteta.

Vratimo se Konstantinovoju konstituciji iz 326.g. Na početku konstitucije car potvrđuje klasično određenje pravne prirode preljuba: izrijeком ga ubraja među javna kaznena djela (*crimina publica*) te njegovo gonjenje (*delatio*) dopušta bilo kojoj osobi, odričući pritom mogućnost drugačijeg interpretiranja zakona. Na ovom mjestu treba istaknuti da i relevantne konstitucije kasnijih careva, premda malobrojne, pokazuju da se preljub uvijek smatrao vrlo teškim kaznenim djelom,⁶ koje ne samo da je trebalo goniti bez odgađanja odnosno dopuštanja bilo kakvih prigovora⁷ već je bilo uvršteno i u skupinu djela za koja se isključivala

upućena Ablaviju, koji je u to doba bio *Praefectus Praetorio Orientis*. Na temelju činjenice da u konstituciji nisu bili navedeni, suprotno teritorijalno-upravnoj četverodiobi Carstva, prefekti ostalih triju prefektura (*Illyricum, Italia /s Afrikom/ i obje Galliae*) na teritoriju kojih bi taj zakon trebalo primijenjivati, kao i kasnijih svjedočanstva o crkvenoj praksi Orijenta (prvenstveno pisma Bazilija Velikog *ad Amphiloichium, de canonibus* te kanona 102. Kartaškog koncila iz 406.g.) V. Basanoff (*Les sources chretiennes de la loi de Constantin sur le repudium (Cod. Theod. 3.16.1 a. 331) et le champ d'application de cette loi*, u: Studi Riccobono, Aalem, 1974, str. 196-8) zaključuje da je Konstantinov zakon o razvodu bio namijenjen te primjenjivan samo na području ingerencije prefektore Orijenta. Glede odraza te konstitucije na pravnu regulaciju preljuba v. *infra*.

⁶ O tome svjedoče izraz korišten za opis djela - u jednoj konstituciji careva Valentinijana I. i Valensa govori se o *ogavnosti preljuba* (*Cod. Theod. 9,38,4 iz 368.g. ili 370.g.*), kao i izraz *oskrnavitelji brakova* kojim se označavaju njegovi počinitelji - kako u konstituciji careva Konstancija II. i Konstansa (*Cod. Theod. 11,36,4 iz 339.g.*), tako i u justinijanskoj verziji spomenute Konstantinove konstitucije (*Cod. Iust. 9,9,29/30,4*); o proširenom kaznenopravnom sadržaju *crimen adulterii* v. *infra*.

⁷ U tom smislu treba spomenuti da je već Dioklecijan konstitucijom iz 295. g. (*Cod. Iust. 9,9,28*; usp. *Cod. Iust. 9,9,25 iz 291.g.*) predvidio da se prilikom istraživanja preljuba ukidaju svi prigovori, osim prigovora petogodišnjeg roka zastare te dvaju prigovora (onog da se muža može optužiti za *lenocinium* i onog da se žena preudala a da nije primila pismeno upozorenje o optužbi), koji proizlaze iz činjenice da se tijekom valjanosti braka ne može podići optužba protiv žene preljubnice. Još je oštrija, međutim, konstitucija careva Teodozija I., Arkadija i Honorija iz 392. g. (*Cod. Theod. 9,7,7 = Cod. Iust. 9,9,33*) u kojoj se propisuje da treba zanemariti sve građanskopravne prigovore (kao primjer

mogućnost carskog pomilovanja.⁸ Konačno, u Justinijanovim se Novelama preljub pojavljuje u devet od trinaest popisa kaznenih djela, a pritom se u četiri slučaja ubraja - zajedno s ubojstvom i otmicom djevica - među kaznena djela na gonjenje kojih se posebno skreće pozornost upravitelja provincija⁹ te izričito nalaže strogo kažnjavanje preljubnika.¹⁰

Premda je Konstantin najvjerojatnije zadržao augustovsko poimanje preljuba kao izvanbračnog spolnog odnosa udane žene te spolnog odnosa muškarca (oženjenog ili neoženjenog) s udanom ženom,¹¹ u nastavku prve rečenice

uobičajenih prigovora navode se zahtjev za povratom miraza ili isplatom bilo kojeg drugog duga) kako u sudskom postupku pokrenutom na temelju valjane optužbe za preljub ne bi došlo do otezanja ili ometanja. Na kraju treba kazati da Konstantinova konstitucija iz 314.g. (*Cod. Theod.* 11,36,1), kojom se odbacivala mogućnost priziva u slučaju da je sa sigurnošću utvrđeno izvršenje preljuba, ipak nije bila preuzeta u Justinijanov Kodeks.

⁸ Justinijanov Kodeks (1,4,3 = *Cod. Theod.* 9,38,8) obuhvaća samo jedan zakon o uskrsnom pomilovanju, i to konstituciju careva Gracijana, Valentinijana II. i Teodozija I. iz 385.g. u kojoj je preljub naveden neposredno nakon svetogrđa te svrstan među ostala kaznena djela (incest, otmica, trovanje, krivotvorenje novca, ubojstvo i oceubojstvo) za koja nema pomilovanja. U *Codex Theodosianus*, u devetoj knjizi tit. *De indulgentiis criminum* (9,38), sačuvano je ostalih pet zakona o carskom pomilovanju u kojima se, uz popis iznimaka, preljub tretira na istovjetan način (*Cod. Theod.* 9,38,1 /Konstantin, 322.g./; 9,38,3 /Valentinijan I., Valens i Gracijan, 367.g./; 9,38,4 /isti carevi, 371.g./; 9,38,6 /Gracijan, Valentinijan II. i Teodozije I., 381.g./; 9,38,7 /isti carevi, 384.g./). Glede Justinijanova izričitog isključenja mogućnosti da se preljubnicima (ubojicama i otmičarima djevica) udijeli carski oprost v. *Nov.* 17,5-7pr. (535.g.).

⁹ Tako je u *Nov.* 17,7; 24,2; 25,2; 134,4 preljub citiran zajedno s ubojstvom i otmicom ili općenitim izrazom koji se koristi i za ostala kaznena djela. U pet ostalih slučajeva nabrajaju se i ostala kaznena djela (*Nov.* 8pr.; 13,3; 17,5; 30,11; *Edict.* 8).

¹⁰ Da težini kaznenog djela preljuba odgovara strogost represije, potvrđuje Justinijan u Noveli 30,11pr. kojom, 536.g., prokonzulu Kapadokije nalaže da se preljubnika, jednako kao otmičara djevice i ubojicu, kazni najstrožom kaznom, a pritom se *humanitas* strogog zakonskog kažnjavanja opravdava izričitim - ... *cum multi paucorum animadversione salvantur*. - pozivanjem na generalnu prevenciju.

¹¹ V. I. Jaramaz Reskušić, *Lex Iulia de adulteriis coercendis: pojam, optužba i represija preljuba*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 55, br. 3-4, 2005, str. 665-680. Premda mužev preljub nije bio predmetom kaznene represije, u Konstantinovu zakonodavstvu nalazimo - sukladno crkvenom pravu koje je već u razdoblju Elvirskog koncila (300.-306.g.) istom mjerom (izopćenje iz crkvene zajednice) kažnjavalo nevjeru kako muža tako i žene (*can.* 69 i 47) - trag specifičnog sankcioniranja takvog ponašanja. Tako je, s jedne strane, konstitucijom iz 329.g., sadržanom u *Cod. Theod.* 9,7,1 (= *Cod. Iust.* 9,9,28), primjena zakona o preljubu proširena i na vlasnicu svratišta (*domina cauponae*) te njezine služavke i

konstitucije car uvodi znatnu inovaciju: izričito, naime, rezervira pravo na podizanje optužbe za preljub samo najbližim srođnicima preljubnice (*proximis necessariisque personis*). Izostavljajući preljubničina oca, u konstituciji su navedeni prvenstveno rođeni brat, a potom bratić i sestrić kao osobe koje su bile aktivno legitimirane za pokretanje javnog kaznenog postupka (*iudicium publicum*) u slučaju ženina preljuba.¹² Prilikom njezina prenošenja u Kodeks, Justinijanovi su kompilatori mnogo precizniji te pravo na podizanje optužbe za preljub dodjeljuju preljubničinu ocu, bratu, stricu i ujaku. Pritom se u sljedećoj rečenici obiju verzija Konstantinove konstitucije dopušta odustanak od daljnjeg gonjenja za preljub: aludira se, naime, na nužnost da navedene osobe ishode formalnu *abolitio* kako bi mogle odustati od optužbe bez opasnosti od sankcija predviđenih za neosnovano optuživanje.¹³ Ostavljajući po strani pitanje zadržava li *adulterium*

štićenice kako bi se njihovim kažnjavanjem zahvatili i njihovi sudionici u razvratu, vrlo često uglednici, a s druge strane konstitucijom iz 336.g., sadržanom u *Cod. Theod.* 4,6,3, zabranjuje se spomenutim uglednicima da zakonitom djecom (*liberi legitimi*) proglašavaju onu rođenu sa ženama nižeg društvenog statusa, izričito uključujući i vlasnicu svratišta (*tabernaria*) te njezinu kćer, pri čemu se propisuje da će takva djeca biti odbačena među *humiles et abjectae*. Glede različitog kaznenopravnog položaja vlasnice svratišta (*domina caupona*) i posluživateljice pićem (*ministra*), usp. G. Bassanelli Sommariva, *Brevi considerazioni su CTh. 9,7,1*, u: *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana*, VII. Convegno internazionale, Perugia, 1988, str. 310-23; A. D. Manfredini, *Costantino la tabernaria il vino*, u: *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana*, VII. Convegno internazionale, Perugia, 1988, str. 325-41.

¹² Polazeći od pretpostavke da se izvorna Konstantinova konstitucija vjerojatno ograničavala na točno određeni rodbinski odnos, Venturini (*"Accusatio adulterii"*, str. 69, bilj. 6-7) ispuštanje pojma *pater* objašnjava činjenicom da je teodozijanska verzija te konstitucije bila plod direktne prerade odnosno kodifikatorskog sažimanja (i to na štetu jasnoće) zakonske norme koja je vjerojatno prije bila izložena na difuzniji način u jednoj ili u više carskih konstitucija. Usp. Boninijevo (*Ricerche*, str. 153-4) mišljenje prema kojemu teodozijanski popis ovlaštenika nije konačan (postoje, naime, i bliži srođnici od bratića i sestrića) te pokazuje ekstremne granice najbližeg srodstva.

¹³ *Abolitio* je sudski čin službenog brisanja imena okrivljene osobe s popisa optuženika izvršen prije završetka sudskog postupka, s učinkom zastare svih dotad poduzetih postupovnih radnji (i to ne samo onih koji se odnose na postupak koji je u tijeku nego i u odnosu na *crimen* promatran u potpunosti; *contra* v. F. Lanfranchi, *Il diritto nei retori romani*, Napoli, 1938, str. 452). U slučaju *abolitio privata*, sud - provincijski upravitelj ili drugi sudac određen *pro tribunali, non de plano* (v. D. 48,16,1,8/Marc./) - imao je ovlast odobriti *abolitio* na zahtjev samog optužitelja *si per errorem seu temeritatem seu calorem ad accusationem prosiluerit* (v. *Cod. Iust.* 9,42,2pr. /Konstantin, 319.g./), uzimajući pritom u obzir već postignute

i dalje pravnu prirodu javnog kaznenog djela,¹⁴ Konstantinova konstitucija donosi značajnu restrikciju prava na javnu optužbu za preljub (*accusatio adulterii*) u odnosu prema klasičnopravnom režimu izgrađenom na Augustovoj *lex Iulia de adulteriis coercendis* (18. ili 17. g.pr.n.e.). Za razliku od klasične *accusatio iure extranei* dopuštene bilo kojoj zainteresiranoj osobi, Konstantin pravo na optužbu ograničava na *proximis necessariisque personis*, izričito na kraju konstitucije isključujući treće osobe (*extranei*) od mogućnosti podizanja optužbe za preljub.¹⁵ Tako bizantinski komentari odlomaka klasičnih pravnikâ iz Digesta, u kojima

rezultate, prirodu optužbe, suglasnost osobe koja je podvrgnuta sudskom postupku *si vel carcerem sustinuerit vel tormenta vel verbera vel catenas* (v. *Cod. Iust.* 9,42,3,1 /Valentinijan I. i Valens, 369.g./; usp. D. 48,16,18,1 /Pap. Iust./), a sve uz provjeru okolnosti je li protekao rok od 30 dana (v. *Cod. Iust.* 9,42,3,2 /isti carevi/; usp. D. 48,16,15,6 /Mac./). Drugačije je u slučaju *abolitio publica* (v. D. 48,16,7pr. /Ulp./) koja je nastupala kao posljedica senatske (kasnije careve) odluke donesene javno *ob diem insignem aut publicam gratulationem* (v. D. 48,16,8 /Pap./) *vel ob rem prospere gestam* (v. D. 48,16,9 /Mac./) *vel ob laetitiam aliquam vel honorem domus divinae* ili nekog drugog razloga koji je Senat potaknuo na donošenje odluke o *abolitio* u tom slučaju (v. D. 48,16,12 /Ulp./). U slučaju izostanka sudske *abolitio*, optužitelj koji bi zlonamjerno i neopravdano odustao od podignute optužbe bio bi odgovoran prema odredbama *senatus consultum Turpillianum* (61.g.), koji se - prema Macerovu svjedočanstvu (D. 48,16,15,1) - primjenjivao i u kaznenom postupku *extra ordinem*, i to tako da bi se u svakom konkretnom slučaju nametala pojedinačno određena odnosno individualizirana kazna (a ne senatskim mišljenjem propisanih 5 libri zlata uz zabranu ponovnog optuživanja). Općenito o *abolitio* v. T. Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Graz, 1955. (repr. I. izd. iz 1898), str. 454-6; E. Levy, *Von den römischen Anklägeregehen*, ZSS 53/1933, str. 217 i dalje; glede mišljenja da su *proximis necessariisque personis* u slučaju odustanka od optužbe za preljub bili oslobođeni opisanih formalnosti *abolitio*, v. Mommsen, *op. cit.*, str. 697, bilj. 3.

¹⁴ U tom smislu treba se sjetiti dvaju komentara: s jedne strane već je J. Cujacius (v. *Observationum et emendationum libri XXVII, Opera Omnia*, 3, Neapoli, 1758, str. 584) upozorio da se restrikcija *accusatio* na pet osoba ne smije automatski interpretirati tako da *adulterium* gubi kaznenopravni karakter *iudicium publicum*, a s druge je strane D. Gothofredus (v. *Codex Theodosianus cum perpetuis commentariis*, Hildesheim-New York, 1975 /repr. izd. Lipsiae, 1736-43/, str. 63) precizirao da su *publicum crimen*, koji proizlazi iz *leges iudiciorum publicum*, i *publica accusatio*, koja je također postojala u javnim kaznenim postupcima, različiti. Sukladno tome treba imati na umu da Justinijan u svojim Institucijama (4,18,1) postupak uveden s Augustovom *lex Iulia de adulteriis coercendis* još uvijek ubraja među *iudicia publica*.

¹⁵ Sukladno postklasičnoj tendenciji prema kojoj u zakonodavnim aktima apsolutni suveren izlaže, ponekad i vrlo opširno poput političko-promidžbenog programa ili samoegzaltacijskih izljeva moći, razloge donošenja odgovarajuće norme, Konstantin u završnom

je naglašeno reduciranje prava podizanja optužbe za preljub na samo pet osoba, upućuje na zaključak da je dotadašnji pravni režim, koji je olakšavao represiju preljuba, bio zamijenjen novim, koji pogoduje stabilnosti braka te biva tolerantniji prema ženi preljubnici.¹⁶

Motiv te inovativne restrikcije, jasno izražen riječima *tamen ne volentibus temere liceat foedare conubia*, najvjerojatnije treba tražiti u kršćanskom poimanju braka kao neraskidive veze koju - prema carevoj adaptaciji tog koncepta društvu u procesu kristijanizacije - nitko, osim članova najužeg obiteljskog kruga, ne smije nepromišljeno okaljati.¹⁷ Izgleda da je Konstantin namjeravao represiju

dijelu konstitucije ponavlja prijašnje - mnogo konciznije - izrečeno opravdanje ograničenja prava na optužbu za preljub. Tumačeći *Nam etsi omne genus accusationis necessitas inscribitionis adstringat, nonnulli tamen proterve id faciunt et falsis contumelis matrimonia deformant*. nepotrebnim i suvišnim, Venturini ("*Accusatio adulterii*", str. 71-2) smatra da je takav zaključni dio u potpunosti koherentan konstitucijama iz kasnog carstva, a da su sastavljajući umetnuli kratak *incisum* koji mu prethodi (v. *infra*) s ciljem da ukupni smisao teksta unificiraju te na jednoznačnu zajedničku odrednicu svedu uredbe koje su izvorno u najmanju ruku bile različite. Glede transformacijskog reduciranja kruga ovlaštenika na podizanje optužbe za preljub, M. A. De Dominicis (*Sulle origini romano-cristiane del diritto del marito ad accusare "costante matrimonio" la moglie adultera*, SDHI,16/1950, str. 236-9) naglašava utjecaj kršćanskog nauka o nerazrješivosti braka, koji, međutim, nije bio direktan, već se ostvarivao kroz živu laičku pravosudnu praksu (uporaba *accusationes adulterii* protiv *uxor constante matrimonio* od strane *extranei*, a ne povrijeđenog muža) koja se odvijala na Orijentu početkom 4. st.

¹⁶ V. sholiju br. 2 uz *Bas.* 60,33,1 = D. 48,1,1 (Mac.); sholiju br. 3 uz *Bas.* 60,34,5 = D. 48,2,5 (Ulp.); sholiju br. 13 uz *Bas.* 60,37,4 = D. 48,5,2 (Ulp.); usp. J. Beaucamp, *Le statut de la femme à Byzance (4e - 7e siècle). I. Le droit impérial*, Paris, 1990, str. 148-9.

¹⁷ Za razliku od rimskog prava koje od davnina, polazeći od poimanja braka kao *faktičnog stanja zajedničkog življenja dviju osoba različitog spola s voljom da budu muž i žena* (cit. prema: B. Eisner - M. Horvat, *Rimsko pravo*, Zagreb, 1948, str. 143), točnije rečeno braka kao zajedništva u svim manifestacijama života (*consortium omnis vitae*) kroz čitavo vrijeme njegova trajanja (v. Mod. u D. 23,2,1), dopušta razvod braka na temelju pukog očitovanja volje jednog od supružnika o prestanku zajedničkog življenja (v. konst. A. Severa u *Cod. Iust.* 8,38,2 /223.g./), evanđelje proklamira bilo apsolutnu neraskidivost braka (Luka XVI,18) bilo neraskidivost ublaženu dopuštenjem o raskidu u slučaju preljuba (Mat. V,31-32; Marko X,11-12), a zbog toga što su njegovi precepti bili upućeni *pozvanima* kako bi oni postali *odabrani*, brak postaje sredstvo duhovnog usavršavanja. U tom kontekstu potrebno je spomenuti i ranokršćanske pisce među kojima se razlikuju s jedne strane oni (Justin, Atenagora, Teofil, Ciprijan i Tertulijan) koji, shvaćajući brak kao koncesiju slabosti tjelesne prirode čovjeka (te daleko manje vrijednim od djevičanstva i celibata), dopuštaju razvod tek iznimno (zbog bluda) te proglašavaju apsolutnu (čak i *post mortem*) zabranu

ženina preljubničkog ponašanja podrediti činjenici da bi optužba za preljub kao čin zlonamjernog djelovanja treće osobe mogla predstavljati instrument oskvrnuća zakonitog braka (*matrimonia iusta*).¹⁸ Potreba za očuvanjem čistoće i trajnosti bračne zajednice kao glavni motiv restrikcije prava na podizanje *accusatio adulterii* osnažena je potom izričitim navođenjem istinske boli (*verus dolor*) odnosno emotivno-psihološkog stanja koje direktno povrijeđene osobe opravdano potiče na gonjenje počinitelja kaznenog djela preljuba.

U daljnjem tekstu konstitucije Konstantin razrađuje inovativnu restrikciju glede prava na optužbu za preljub na taj način što riječima *In primis maritum genialis tori vindicem esse oportet...* određuje da je suprug - glavni osvjetnik bračne postelje - jedini jamac braka, pa time isključivi ovlaštenik *accusatio iure mariti*, tj. glavne (a vidjet ćemo i privilegirane) optužbe za preljub postklasičnog prava. Iz toga proizlazi da je, za razliku od klasičnog prava koje na temelju Augustova

sklapanja drugog braka (shvaćenog kao grijeh preljuba), a s druge strane oni (Klement Aleksandrijski, Origen, Laktancije) koji, pridajući braku kao sredstvu duhovnog usavršavanja uzvišenu vrijednost, dopuštaju razvod u slučaju preljuba (ne u slučaju ubojstva i trovanja) te zabranjuju sklapanje drugog braka (zbog mogućnosti pokore i pomirenja) najdulje do smrti supružnika koji je skrivio razdvajanje. Uzmemo li, osim toga, u obzir i stvarne okolnosti nastanka promatrane konstitucije (v. *supra*), a posebice činjenicu nedavno održanog Elvirskog koncila (300.-306.) na kojemu su utvrđena pravila glede nerazrješivosti braka (*can.* 8-10), kao i vjerojatni utjecaj caru bliskih crkvenih otaca - Laktancija koji naglašava zabranu razvoda braka te sklapanja novog (*Div. Inst.* VI, *cap.* 23 i 33; *Epit.* 66), a posebice najbližeg prijatelja, biskupa Euzebija iz Cezareje koji Hermova *Pastira* odobrava te preporučuje za obuku katekumena (*Hist. Eccl.* III,3), mogli bismo pretpostaviti da je prvi kršćanski car, koji pred sobom nije imao čisto kršćansku, već mješovitu populaciju gospodarski-socijalno imobiliziranu, riječima *tamen ne volentibus temere liceat foedare conubia* supsumirao jedno tranzicijsko, kompromisno i hibridno shvaćanje braka (najbliže Origenovu *Comm. de Math.* XIV, *cap.* 16-25/), koji je pritom nastojao zaštititi od neodgovornog denunciranja. Usp. Vogt, *Zur Frage*, str. 134-5; Basanoff, *Les sources*, str. 180-93; različito Wolff, *Doctrinal*, str. 266-79, 311-8, posebice literatura navedena u bilj. 23.

¹⁸ Tu pretpostavku De Dominicis (*Sulle origini*, str. 234) uzima kao temelj opravdanja činjenice da se u Konstantinovo doba (v. *infra*) mužu dopuštala optužba za preljub za vrijeme trajanja bračne zajednice (*constante matrimonio*). Da se u postklasičnom razdoblju zadržalo pravilo prema kojemu se optužba za preljub mogla podnijeti tek nakon 60 dana od razvoda braka, Konstantinova tvrdnja *ne volentibus temere liceat foedare conubia* ne bi imala smisla, jer nitko ne može okaljati brak koji više ne postoji. Budući da je zakonodavac izrazio strah od oskvrnuća brakova, autor zaključuje da je to bila posljedica mogućnosti *extranei* da podignu optužbu *constante matrimonio*; *contra* v. Panero, *Ius occidendi*, str. 267-7.

zakona diferencira *accusatio iure mariti vel patris* od *accusatio iure extranei*, uspostavljena nova dvodioba optužbi za preljub. S jedne je strane *accusatio iure mariti* (ne više *accusatio iure mariti vel patris*) kao glavna optužba za preljub koju može podići samo preljubničin zakoniti muž,¹⁹ a s druge je strane *accusatio adulterii* kao supsidijarna optužba koja se sada, za razliku od klasične *accusatio iure extranei* dopuštene bilo kojoj osobi zainteresiranoj za gonjenje preljuba, dopuštala samo najbližoj rodbini, uključujući u tu kategoriju ovlaštenika - prema justinijanskoj verziji konstitucije - i oca preljubnice. Točnije rečeno, dok je *lex Iulia de adulteriis coercendis* dopuštala glavnu i privilegiranu *accusatio iure mariti vel patris* mužu i ocu preljubnice te supsidijarnu *accusatio iure extranei* bilo kojoj osobi, Konstantinova konstitucija ne samo da ograničava broj subjekata ovlaštenih da podnesu (generalnu) *accusatio adulterii* već udaljuje oca među one malobrojne ovlaštenike koji imaju pravo na podizanje te supsidijarne i neprivilegirane optužbe za preljub.²⁰

Dodijelivši mužu ulogu glavnog i jedinog jamca braka, Konstantin u nastavku konstitucije razrađuje njegovo pravo na optužbu za preljub²¹ te predviđa ne samo mogućnost da on - *unutar određenog vremena* - optuži svoju ženu zbog obične sumnje u izvršenje kaznenog djela preljuba već i privilegiju kojom ga se - kako su to već odredili *veteres principis* - oslobađa vezanosti za pismene formalnosti *inscriptio* prilikom podizanja takve optužbe. To nas navodi na pretpostavku da se u konstituciji, unatoč zakonodavčevu koncepcijski unitarnom stajalištu, eksplicitno aludira na dvije vrste optužbe za preljub. S jedne je strane

¹⁹ Budući da se zahtijevala obrana *matrimonia iusta*, Panero (*Ius occidendi*, str. 271-2) smatra da je pravo na podizanje *accusatio iure mariti* uskraćeno svakoj osobi koja bi se, jer nije *iustus maritus*, mogla naći u nekoj vrsti privilegiranog odnosa sa ženom, kao što su to priležnik, mladi supružnik koji je tek stupio u brak, onaj koji je u zajednici s djevojkom mlađom od 12 godina ili, općenito, onaj koji sa ženom živi bez *conubium*.

²⁰ Naglašavajući inovacijski karakter Konstantinove konstitucije, koja je imala reperkusija na augustovsku *accusatio iure mariti vel patris*, E. Volterra (*Per la storia dell'accusatio iure mariti vel patris*, *Scritti giuridici*, 2, Naples, 1991. /repr. iz 1928/, str. 270-1) smatra da su najbliži srodnici *quos verus dolor ad accusationem impellit* optužbu za preljub mogli podnijeti tek istekom zakonom utvrđenih 60 dana (od razvoda braka). Sukladno tome, autor upozorava da u novom pravnom režimu klasični pojam *extranei* poprima drugačije značenje te da obuhvaća samo one osobe koje konstitucija kao takve izričito navodi.

²¹ Da je riječ o isključivom i privilegiranom pravu povrijeđenog muža, jasnije proizlazi iz justinijanske - Panero (*Ius occidendi*, str. 272 i bilj. 186) drži nepotrebne - specifikacije *cum iure mariti accusaret* dodane trećoj rečenici teodozijanske verzije Konstantinove konstitucije.

optužba za flagrantni preljub, koja i dalje biva podložna osnovnim augustovskim odnosno klasičnopravnim načelima: naime, konstitucija u slučaju žene *in adulterio deprehensa* zadržava formalnu razliku između *accusatio iure mariti vel patris* i *accusatio iure extranei*, s tim da svoju reformatorsku ulogu ograničava glede prve optužbe na obliteriranje spomena *pater*, a glede druge na sužavanje kruga aktivno legitimiranih osoba. Naprotiv, s druge je strane muževa optužba zbog sumnje u preljub (*accusatio ex suspicione*), optužba koja se - utemeljena samo na sumnji u izvršenje kaznenog djela odnosno u ženinu nevjernost mužu - upravo s tim pravnim odnosno zakonodavnim tekstom pojavljuje prvi put u rimskom kaznenom pravu,²² a koja muža kao optužitelja - rasterećenog

²² Najstariji spomen *accusatio ex suspicione* nalazimo kod L. A. Seneke Starijeg koji je u jednoj *Controversia* (2,7) povezuje s imenovanjem *sola heres* jedne *uxor formosa* u oporuci jednog stranog trgovca. Međutim, ta oporučiteljeva širokogrudnost - opravdana hvalospjevima o moralnim vrlinama žene (naziva je *pudica*) s kojom nije bio ni u kakvom srodstvu - navela je muža da, nakon povratka s putovanja, podigne protiv svoje žene *accusatio ex suspicione* odnosno optužbu utemeljenu na logičkoj nepomirljivosti između dobiti koju je ona ostvarila prihvatom tog nasljedstva i njezine nedužnosti glede preljuba (oporučitelj joj je, naime, triput upućivao ponude seksualne prirode /*stuprum*/, i to za novčanu naknadu /*pretium*/). Kasnija aluzija na optužbu zbog sumnje u preljub susreće se u *Decl.* 284 pripisanoj Kvintilijanu (*Inst. Orat.* 7,2,52): predviđajući mogućnost *accusatio ex suspicione* u vezi s *adulter sacerdos*, retor navodi primjer u kojemu *potest accusari sola mulier incerti adulterii*, ali se pritom poziva na procesnu situaciju obilježenu odrednicama (*munera domi inventa sunt, pecunia, cuius auctor non extat, codicilli dubium ad quem scripti*) koje izazivaju sumnje u moralno ponašanje optuženice. Premda takva optužba nije bila predviđena (ali ni zabranjena) Augustovim zakonom o preljubu, mogućnost njezina pojavljivanja u kaznenosudskom sustavu *quaestiones perpetuae* najvjerojatnije je bila posljedicom primjene retorskog učenja o *status*, točnije rečeno o *status rationalis* u okviru kojeg prvi stadij argumentativne raščlambe (*status coniecturalis*) obuhvaća ne samo činjenice konkretnog slučaja nego i unutrašnje stanje počinitelja, njegovu namjeru (*coniectura de animo*), čime se otvara pristup i za *suspicio*. Budući da se optužba *ex suspicione* pred *quaestio de adulteriis* nije razlikovala od optužbe za flagrantni preljub pred istim sudom - razlike se ogledaju samo u većoj složenosti dokaznog postupka i neizvjesnijem ishodu koji je subordiniran sposobnosti govornika da uvjeri suce-porotnike, Venturini (*"Accusatio adulterii"*, str. 92-8) drži da se ona tek u kaznenosudskom sustavu *cognitio extra ordinem* iskristalizirala kao samostalna optužba kojom se nadležnom carskom službeniku na procjenu podastiru motivi za sumnju u izvršenje preljuba, s ciljem da ga se stimulira na pokretanje kaznenog postupka po službenoj dužnosti. Uvažavajući takav razvoj, Panero (*Ius occidendi*, str. 280-2) drži da su upravo retori - uvelike uposleni u carskoj kancelariji kao sastavljači konstitucija - omogućili i formalnopravno ozakonjenje *accusatio ex suspicione*, i to tek s Konstantinovom konstitucijom

uobičajene obveze podnošenja pismeno oblikovane i argumentirane optužbe za javno kazneno djelo - oslobađa odgovornosti za klevetu (*calumnia*) odnosno opasnosti od osude na kaznu taliona (*poena reciproci*) u slučaju neuspjeha, tj. oslobođenja optuženice.²³

iz 326.g., pri čemu naglašava da se to moglo dogoditi zbog promijenjenog karaktera zaštićenog dobra - za razliku od Augusta koji štiti nepovredivost *pater familias*, Konstantin štiti neraskidivost *matrimonia iusta*. Usp. G. Rizzelli (Lex Iulia de adulteriis. *Studi sulla disciplina normativa di adulterium, stuprum, lenocinium*, Bari, 1996, str. 75-83) koji, zastupajući tezu o konstantinovskom porijeklu *accusatio ex suspicione*, odbacuje Lanfranchijevo mišljenje da je muž već u klasičnom pravu - pozivajući se na Kvint. *Decl.* 249 - mogao podići optužbu za preljub *ex suspicione*, i to pod pretpostavkom da je prije toga brak bio razveden, a supočinitelj preljuba oslobođen krivnje.

²³ U postklasičnom je razdoblju, počevši od Konstantinove konstitucije iz 317.g. (*Cod. Theod.* 9,10,2), termin *vinculum inscriptionis* značio da je optužitelj koji ne bi uspio dokazati navode sadržane u *inscriptio* (službeni upis pismene optužbe *libellus*), sastavljene na točno određeni način /v. D. 48,2,3pr./, u sudski registar *tabulae publicae* popraćen sa *subscriptio* samog optužitelja) bivao podvrgnut kazni taliona odnosno kazni propisanoj za kazneno djelo zbog kojega bi optuženik neuspješno bio gonjen. Takva pravna priroda *vinculum inscriptionis* jasno se razabire u: *Cod. Theod.* 9,1,11 (Valentinijan I. i Valens, 368.g.); 9,1,14 (= *Cod. Iust.* 9,2,13 /Gracijan, Valentinijan II. i Teodozije I, 383.g./); *Cod. Iust.* 9,2,16 (Arkadije i Honorije, 395.g.); *Cod. Theod.* 9,1,19 (= *Cod. Iust.* 9,2,17 /Honorije i Teodozije II, 423.g./); glede grčkih sholija, v. Beaucamp, *Le statut*, str. 157, bilj. 114; općenito, v. L. Mer, *L'accusation dans la procédure pénale du Bas Empire*, Université de Rennes, 1953, str. 210-28, 247-8, 423-5, 441-5. Budući da je Konstantinovom konstitucijom iz 326.g. mužu dopušteno podići *accusatio ex suspicione*, bilo je razumljivo da je istodobno bio oslobođen obveze *vinculum inscriptionis* odnosno opasnosti od osude za klevetu (usp. F. Gorla, *Studi sul matrimonio dell'adultera nel diritto giustiniano e bizantino*, Torino, 1975, str. 93). I upravo u činjenici da je ta privilegija bila vezana samo za muža i njegovu *accusatio ex suspicione* (ne i za *accusatio adulterii* u slučaju flagrantnog preljuba), a da se oblikovala u sudskoj praksi za vrijeme dinastije Severa, Panero (*Ius occidendi*, str. 289-300) vidi rješenje prividnog nesuglasja oko problema odgovornosti za *calumnia* koje se može iščitati u nekim klasičnim pravnim tekstovima (*Coll.* 4,4,1; D. 4,4,37,1; 48,5,15/14/3; 48,5,31/30/1); glede odgovornosti za *calumnia* u klasičnom pravu v. Jaramaz Reskušić, *Lex Iulia*, str. 687-9 i bilj. 78. U tom smislu i brojni grčki komentatori Justinijanove kompilacije naglašavaju da se optužba *iure mariti* (za razliku od optužbe *iure extranei*) podiže bez formalnosti *inscriptio*: tako pravnik Teodor kaže da onaj koji podiže optužbu *iure mariti* nije dužan deponirati *inscriptio*, već takvu optužbu može podići i na temelju obične sumnje (sholija br. 1 uz *Bas.* 60,37,49). Glede ostalih sholija koje govore o optužbi *iure mariti* kao o onoj "bez formalnosti *inscriptio* u propisanom roku od 60 dana" nasuprot optužbi "stranaca uz formalnosti *inscriptio*" v. Beaucamp, *Le statut*, str. 156, bilj. 111.

Imajući u vidu tu konstituciju u justinijanskoj verziji, a to znači s precizirajućim umetkom - *licet, vel eam, si tantum suspicatur, penes se detinere non prohibetur...* - koji mužu ostavlja mogućnost da, bez opasnosti od optužbe za svodništvo (*lenocinium*), zadrži ženu za koju samo sumnja da je počinila preljub, postavlja se pitanje je li već u Konstantinovo doba *accusatio ex suspicione* mogla biti podignuta - premda podvrgnuta odlukama *veteres principis* odnosno klasično-pravnim pravilima glede optužbe za preljub *iure mariti vel patris* - bez ispunjenja muževe zakonske obveze na razvod braka, točnije rečeno za vrijeme opstojnosti (ugrožene) bračne zajednice (*constante matrimonio*). O tom pitanju u romanističkoj su se znanosti iskristalizirala dva oprečna mišljenja. S jedne su strane autori koji smatraju da je Konstantinova konstitucija iz 326.g savršeno sukladna klasičnim pravnim načelima o preljubu te da muž ne može prije razvoda braka (*divortium*) optužiti ženu ni pomoću optužbe za flagrantni preljub ni pomoću optužbe utemeljene na sumnji u preljub.²⁴ S druge su strane autori koji, polazeći od kršćanskog utjecaja na transformirano poimanje braka kao neraskidive (i duhovne) veze, smatraju da Konstantinova konstitucija implicira novi pravni poredak prema kojemu je mužu dopušteno optužiti ženu *constante matrimonio*, pa makar i na temelju obične sumnje u preljub.²⁵ Ne pretendiramo iznijeti konačni i sveobuhvatni odgovor na to pitanje, ali opravdanim smatramo uvažiti činjenicu da je u Konstantinovo doba uvelike konsolidiran kazneno-sudbeni sustav *cognitio extra ordinem* koji je svojim izrazito inkvizitornim procesnim načelima rezultirao pojavom *accusatio ex suspicione* - muževom optužbom *sui generis*. Uzmemo li u obzir i Konstantinovu zakonodavnu težnju k očuvanju bračnog integriteta koja je nedvojbeno izražena spomenutim ograničenjem kruga osoba ovlaštenih na podizanje optužbe za flagrantni preljub, mogli bismo pretpostaviti da je već u to doba mužu kao najzainteresiranijem

²⁴ V. A. Esmein, *Le délit d'adultère à Rome et la loi Iulia de adulteriis*, u: *Mélanges d'histoire du droit et de critique: Droit romain*, Paris, 1886, str. 136; Volterra, *Per la storia*, str. 271-4. Potonji autor smatra da tek Justinijan u *Cod. Iust.* 9,9,29/30/ oslobađa muža obveze da razvrgne brak kako bi ženu optužio za preljub, ne odbacujući pritom mogućnost da se radilo samo o optužbi *ex suspicione*. Naglašava, međutim, da je on tek u *Nov.* 117,8,2 definitivno utvrdio načelo prema kojemu se tijekom vođenja postupka za kazneno djelo preljuba ne razvrgava brak: muž je, naime, imao pravo otjerati ženu tek nakon izricanja osuđujuće presude.

²⁵ V. C. Dupont, *Le droit criminel dans les constitutions de Constantin. Les infractions*, I, Lille, 1953, str. 52; Bonini, *Ricerche*, str. 154, bilj. 168; De Dominicis, *Sulle origini*, str. 233-9, 252.

optužitelju implicate bilo dopušteno optužbu zbog sumnje u ženin preljub podići čak i za vrijeme opstojnosti (ugrožene) bračne zajednice. U tom je smislu indikativan i Ulpijanov odlomak *lib. 3. disputationum* (D. 48,5,27/26/pr.) u kojemu je interpolacija *ab iis, qui extra maritum ad accusationem admittuntur* očito bila nadahnuta potrebom kompilatora da odlomak, koji sintetizira klasičnu regulativu prema kojoj je utuživost žene *in matrimonio retenta* bila uvjetovana obvezom da *extranei* prethodno podignu *accusatio lenocinii* protiv popustljivog muža, usklade s Konstantinovom reformom sadržanom u promatranoj konstituciji.²⁶

Iz dosad provedene analize jasnim proizlazi da je Konstantin, marginalizirajući optužbu za preljub podignutu od najbližih srodnika, a promovirajući privilegiranu optužbu *ex suspicione* dodijeljenu mužu čak i za vrijeme trajanja bračne veze, uz istodobno zadržavanje augustovske *accusatio lenocinii* protiv popustljivog muža koji ne raskine brak sa ženom *in adulterio deprehensa*, iskazao naglašenu potrebu da se efikasna represija preljuba provede upravo pomoću muževe akuzatorne aktivnosti. Takva zakonodavna politika implicitno je potvrđena i u njegovoj naprijed citiranoj konstituciji iz 331. g. kojom se muževo pravo na jednostrani raskid bračne veze,²⁷ točnije rečeno njegovo pravo da

²⁶ Prema Venturinijevu (*“Accusatio adulterii”*, str. 105) mišljenju, interpolirana fraza istodobno priziva Konstantinovo ograničenje prava na optužbu *iure extranei* na uski krug *proximae necessariaeque personae* i činjenicu da on legitimira muža na optužbu za preljub čak i u slučaju izostanka prethodnog razvoda bračne veze. Usp. sažetiji oblik odredbe naveden u *Bas. 60,37,27pr.* (*Constante matrimonio alius accusare mulierem non potest, nisi prius maritum lenocinii accusaverit.*) Glede mišljenja o izvornom, klasičnom podrijetlu odlomka sadržanog u D. 48,5,27/26/pr. v. P. Zanzucchi, *Il divieto delle azioni famose e la “reverentia” tra coniugi in diritto romano*, u: *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 47/1910, str. 24-8; *contra*, De Dominicis, *Sulle origini*, str. 225-31.

²⁷ Prema Konstantinova konstitucija štiti o *divortium communi consensu*, u romanističkoj literaturi prevladava mišljenje da se njome ne dira u mogućnost sporazumnog razvoda braka, v. Dupont, *Le droit, Les infractions*, str. 58; Biondi, *Il diritto*, str. 173; O. Vannucchi Forzieri, *La risoluzione del matrimonio nel IV-V secolo. Legislazione imperiale e pensiero della Chiesa*, u: *Atti e Memorie dell’Accademia toscana di scienze e lettere La colombaria*, 50, Firenze, 1985, str. 146-51; *contra* R. Yaron (*De divortio varia*, u: *RHD*, 32/1964, str. 549-551) koji drži da je sporazumni razvod braka bio nekompatibilan kršćanskom svjetonazoru vidljivom u toj konstituciji; usp. Basanoff, *Les sources*, str. 193, bilj. 8. Zanimljivo je Venturinijevo (*La repudianda, in margine a C. Th. 3,16,1*, u: *Atti dell’Accademia Romanistica Costantiniana*, 8, Napoli, 1990, str. 349, bilj. 9) mišljenje prema kojemu ta šutnja leži u činjenici što sporazumni razvodi nisu stvarali probleme: stoga se Konstantin ograničio na

otjera (*repudium*) ženu preljubnicu (*moecha*), uvjetuje sudskim proglašenjem njezine krivnje za preljub, ali ga se pritom ne samo oslobađa opasnosti od sankcije propisane u njezinu korist u slučaju da on sklopi novi brak već i ovlašćuje da zadrži cjelokupni miraz (*dos*) koji je ona bila unijela u bračnu zajednicu.²⁸ Naime, tom je konstitucijom bilo dopušteno raskinuti bračnu vezu, s jedne strane mužu ako bi dokazao da je žena bila preljubnica ili trovačica ili svodnica (*moecha vel medimenticaria vel conciliatrix*), a s druge strane ženi ako bi dokazala da je muž bio ubojica ili trovač ili rastvarač grobova (*homicida vel medimenticarius vel sepulchrorum dissolutor*).²⁹ U suprotnom slučaju, ako bi muž otjerao ženu bez opravdanog razloga (*repudium sine iusta causa*), bio bi joj dužan vratiti cjelokupni miraz (*dos*) i ne bi mogao sklopiti novi brak,³⁰ a ako bi isto učinila žena, bila bi

uvođenje formalnih pretpostavki potrebnih za unilateralni raskid braka, s ciljem da se sačuva sloboda razvedenih da sklope nove brakove bez opasnosti od *accusatio adulterii*.

²⁸ Odredba prema kojoj je mužu bilo dopušteno zadržati cjelokupni miraz žene preljubnice zadržana je ne samo u preradbi Konstantinove konstitucije u *Edict. Theod.* 54 (izostala u *Lex Rom. Burg.* 21,2,3) već i u Justinijanovoj regulaciji opravdanog *repudium* žene sadržanoj u *Cod. Iust.* 5,17,8,5 te u *Nov.* 22,15,2 i *Nov.* 117,8,2. Ta činjenica otklanja sumnje koje je S. Solazzi (*La restituzione della dote nel diritto romano*, Città di Castello, 1899, str. 302) izrazio glede postojanja i opravdanosti te odredbe, koju je, pak, držao sukladnom *ukupnoj ekonomiji zakona*.

²⁹ Navodeći ubojstvo, trovanje i oskrvrnuće grobova kao tri kaznena djela koja opravdavaju ženin *repudium* muža, Konstantin izriječno isključuje mogućnost da žena (nekažnjeno) otjera muža zbog njegovih *nevaljalih strasti*, točnije rečeno muža koji bi bio pijanac ili kockar ili ženskar (*ebrioso aut aleatori aut mulierculario*). Iz *Interpretatio* konstitucije - ...*nam levi obiectione matrimonium solvere prohibentur*. - nedvojbeno proizlazi da je bilo zabranjeno razvrgnuti brak zbog lakšeg prigovora glede muževa načina života, čime se potvrđuje nejednakost moralnih zahtjeva koji se postavljaju supružnicima: mužev preljub niti je kazneno djelo niti je opravdani razlog za raskid braka; usp. Basanoff, *Les sources*, str. 195; Beaucamp, *Le statut*, str. 139-141.

³⁰ U slučaju da muž prekrši zabranu sklapanja novog braka, neopravdano otpuštenoj ženi dopuštalo bi se da provali u kuću bivšeg muža (*invadere domum*) te da prisvoji ne samo njegovu imovinu već i miraz njegove nove žene (usp. *Interpretatio* uz *Cod. Theod.* 3,16,1). Budući da o dodjeljivanju miraza nove žene u korist neopravdano otjerane - oblikovanom jezikom koji se smatra daleko od službenog jezika carskih konstitucija (usp. E. Volterra, *s.v. Matrimonio /diritto romano/*, u: *Enciclopedia del diritto*, sv. 25, Milano, 1975, str. 793) - nema spomena u kasnijim preradbama te konstitucije (v. *Edict. Theod.* 54 i *Lex Rom. Burg.* 21,2,3), Venturini (*"Accusatio adulterii"*, str. 108 bilj. 113) smatra da se provedba te izvještačene (a vjerojatno i ukinute) odredbe ostvarivala putem neposrednog sudskog postupka, koji bi bio omogućen nevinoj ženi protiv bivšeg muža koji bi sklopio novi brak

dužna mužu prepustiti cjelokupni miraz (*dos*) i sve predbračne darove (*donationes ante nuptias*), gubila bi *ius conubii* a bila bi joj određena i kazna *deportatio in insulam*. Tom konstitucijom prvi se put u rimskom pravu propisuju opravdani razlozi za legitimno otpuštanje bračnog druga te predviđaju sankcije - kako na imovinskom tako i na osobnom planu - za zaštitu neopravdano odbačenih supružnika.³¹ Usredotočimo li se na preljub kao jedan od opravdanih razloga za ženin *repudium*, jasno vidimo da je Konstantin krivnju za preljub doveo u direktnu vezu sa zadržavanjem odnosno gubitkom cjelokupnog miraza i tako dodatno motivirao akuzatornu aktivnost povrijeđenog muža. Na taj je način uz primarnu svrhu te konstitucije - ograničavanje jednostranog raskida braka (uz istodobnu zabranu sklapanja novih brakova razvedenih supružnika), nedvojbenim potvrdio već iskazanu namjeru da procesnopravnim djelovanjem muža kao najzainteresiranijeg optužitelja osigura najučinkovitiju represiju kaznenog djela preljuba.³²

I.2. Reforme koje je Konstantin započeo, ograničavajući pravo na *accusatio adulterii* te slobodu razvoda braka,³³ Justinijan je prihvatio i produbio sukladno

kako bi ona mogla kvantificirati kaznu predviđenu u svoju korist. Pokušavajući razriješiti dvosmislenost koja je proizlazila iz teške imovinske sankcije nametane drugoj ženi - bigamija ili miješanje činjenica, Biondi (*Il diritto*, III, str. 172) pretpostavlja da je prvi brak bio razvrgnut te zaključuje da je Konstantin - kako bi spriječio otpuštanje i drugi brak - kažnjavao i novu bračnu družicu. Usp. mišljenje Basanoffa (*Les sources*, str. 193-4) prema kojemu je oduzimanje miraza druge supruge naknada *pro iniuria*, naknada moralne štete koju neopravdano otpuštena supruga trpi oduzimanjem mogućnosti eventualnog pomirenja odnosno definitivnim gubitkom prava na svoje mjesto pri obiteljskom ognjištu.

³¹ Usp. Eisner - Horvat, *Rimsko*, str. 157; glede augustovske regulacije prema kojoj je u nedostatku sporazuma o razvodu dolazilo do sudske rasprave o određivanju *culpa viri* odnosno *culpa mulieris*, v. Panero, *Ius occidendi*, str. 305-7; Jaramaz Reskušić, *Lex Iulia*, str. 681, bilj. 56, str. 697-9 i bilj. 110.

³² To je bilo potpuno sukladno s osobitom strogošću koja se može razabrati iz Konstantinove konstitucije kojom je isključena mogućnost careva pomilovanja u slučaju preljuba (v. *Cod. Theod.* 9,38,1 /322.g./).

³³ Unatoč nastojanjima Crkve oko implementacije načela o nerazrješivosti braka - na koncilu održanom 416. g. u Mileviju formuliran je prijedlog prema kojemu je car trebao proglasiti zabranu razvoda braka zbog preljuba, u postkonstantinovskim je konstitucijama nastavljenno s uvažavanjem preljuba kao opravdanog razloga za razvod braka. Štoviše, u konstituciji careva Honorija, Teodozija II. i Konstancija III. iz 421.g. izričito je predviđena mogućnost (*Cod. Theod.* 3,16,2 § 1) pokretanja brakorazvodnog postupka (*obiectio repudii*) i prije nego

svojoj namjeri da brakove učini što je moguće stabilnijima, ne zanemarujući pritom snažnu represiju kaznenog djela preljuba. Tako je Justinijan, nakon što su kompilatori dodatkom Konstantinovoj konstituciji - *licet, vel eam, si tantum suspicatur, penes se detinere non prohibetur* - dopustili da muž nastavi bračnu vezu sa suprugom koju je *ex suspicione* optužio za preljub, novim režimom razvoda, uspostavljenim 542. g. Novelom 117,³⁴ definitivno utvrdio načelo da se tijekom vođenja sudskog postupka za kazneno djelo preljuba bračna veza ne raskida: mužu se, naime, dopušta da otpusti ženu tek nakon što bude dokazana utemeljenost optužbe za preljub odnosno izrečena osuđujuća presuda.³⁵ Taj novi režim brakorazvodnih razloga, prema kojemu - između ostalog - prije podizanja optužbe za preljub ne može doći do valjanog razvoda braka, pokazuje radikalne transformacije klasičnih (uključujući i neka postklasična) pravila o

što bi se protiv nevjerne *uxor* pokrenuo kazneni postupak (*postulatio criminis*), pri čemu su prava propisana u korist supružnika koji nije odgovoran za razvod (pa i pravo da odmah sklopi novi brak) bila uvjetovana osuđujućim ishodom kaznenog postupka (...*persequatur legibus accusatam impetrataque vindicta...*); glede ostalih vrela v. De Dominicis, *Sulle origini*, str. 241-4; usp. Wolff, *Doctrinal*, str. 261-2, 267-79.

³⁴ Odgovarajući, drugi odlomak (§ 2) osmog poglavlja (*cap. VIII: De justis divortiorum causis marito permissis*) Novele 117 glasi: *Si de adulterio maritus putaverit posse suam uxorem convinci: oportet virum prius inscribere mulierem, aut etiam adulterum: si hujusmodi accusatio verax esse ostenditur, tunc repudio misso habere virum super ante nuptias donationem, etiam dotem: ad hoc, si filios non habeat, tantum accipere ex alia uxoris substantia, quantum dotis tertia pars esse cognoscitur: ut ejus proprietati dos, a nobis definita poena applicetur. Si enim filios habuerit ex eodem matrimonio: jubemus etiam dotem (secundum quod de hoc censent leges) aliamque mulieris substantiam filiis conservari: ita adulterum legitime convictum, una cum uxore puniri: si quidem habeat uxorem adulter, accipere eam dotem propriam, propter nuptias donationem; si filios habeat, solo usu mulier fruatur donationis, proprietate secundum leges filiis servanda; aliam vero mariti substantiam ejus filiis ex nostra largitate donamus: filiis autem non existentibus, antenuptialis quidem donationis proprietatem mulieri competere sancimus: aliam vero mariti substantiam omnem fisco secundum antiquas applicamus leges.*

³⁵ Činjenica da je tek osuda za djelo preljuba - koja je prema mišljenju Gorije (*Studi sul matrimonio*, str. 61, bilj. 64, str. 141 i bilj. 141) značila istodobnu osudu obaju sudionika u izvršenju kaznenog djela preljuba - bila opravdani razlog za razvod braka (*divortium*), vrlo je dobro obrazložena i u Teodorovu sažetku Novele 117: ... *preljub žene, ako ju je muž upisao i ishodio njezinu osudu... legitimni je razlog za razvod braka.* (v. *Theodori scholastici Breviarium Novellarum*, u: *Anekdota zur byzantinischen Gesetzgebung*, t. 3, ed. C. E. Zachariae, Aalen, 1969, str. 114; tekst je ponovljen u sholiji br. 1 uz *Bas.* 28,7,1). Potvrdu redosljeda optužba - presuda - razvod nalazimo i u Nov. 117,9,4; v. *infra*.

progonu kaznenog djela preljuba.³⁶ Prvo, dokida se rok od šest mjeseci od dana razvoda braka (prešutno se zadržava rok zastare od pet godina od izvršenja djela³⁷) koji je bio ostavljen mužu (uključujući, u klasičnom razdoblju, i oca preljubnice) za podizanje privilegirane optužbe za preljub. Drugo, mijenja se uloga (ako ne i opstojnost) optužbe za preljub koju su u klasičnom razdoblju mogli podići *extranei*, a u Konstantinovu samo *proximis necessariisque personis*, jer se nestankom obvezatnog razvoda braka teško razabire način na koji bi se trebao računati daljnji rok od četiri mjeseca za ostvarenje njihova prava na podizanje optužbe za preljub. Treće, pravo na podizanje optužbe za svodništvo (*accusatio lenocinii*) protiv muža koji ne otpusti ženu preljubnicu, iako već u postklasičnom pravu znatno ograničeno, Justinijanovom regulacijom - prema kojoj je optužba za preljub muževa mogućnost, ali ne i obveza - u potpunosti gubi opravdanje te najvjerojatnije nestaje iz prakse.³⁸ Četvrto, podižući optužbu za preljub, muž ne samo da mora - poput optužitelja za bilo koje kazneno djelo - poduzeti sve formalnopravne radnje *inscriptio*, tj. *upisati ženu za kazneno djelo preljuba*,³⁹ nego biva izvrgnut i opasnosti da - u slučaju neutemeljenosti svoje

³⁶ To nedvojbeno potvrđuje *Stephanusova* sholija br. 3 uz *Bas.* 28,4,16, koja objašnjava sljedeće: *Ima i ovo u vidu: muž nije mogao podići optužbu zbog preljuba vlastite žene ako se prethodno od nje nije razveo putem repudium; no to kažem za vrijeme prije nove careve konstitucije.* (v. C. G. E. Heimach, *Basilicorum libri LX.* t. 6: *Prolegomena et manuale continens*, Lipsiae, 1870, str. 284). Tako je Novela 117 konačno riješila latentno proturječje koje je u okviru Justinijanove kodifikacije postojalo između odredbi klasičnog podrijetla sadržanih u Digestama i Kodeksu - odredbi koje razvod postavlja kao nužnu pretpostavku za podizanje optužbe za preljub, i tendencije postklasičnog prava sadržane u carskim konstitucijama (počevši od Konstantina nadalje) koje razvod braka uvjetuju ispunjenjem vrlo precizno definiranih razloga. Glede brakorazvodnih razloga v. *Cod. Iust.* 5,17,8pr.-4a (Teodozije II. i Valentinijan III, 449.g.).

³⁷ Usp. E. Volterra, *Nota critica alla L. 27/28/ C. ad L. Jul. de ad. 9,9*, u: *Scritti giuridici*, I, Napoli, 1991. (repr. izd. Roma, 1929), str. 283-90.

³⁸ Usp. E. Volterra, *Alcune innovazioni giustinianee al sistema classico di repressione dell'adulterio*, u: *Scritti giuridici*, I, Napoli, 1991. (repr. RIL, 63/1930), str. 329-37; Beaucamp, *Le statut*, str. 159, 164. Prema mišljenju Gorije (*Studi sul matrimonio*, str. 100), činjenica da Novela 117 ne samo dopušta nego upravo obvezuje muža da optuži ženu preljubnicu za vrijeme trajanja njihova braka, govori o jednako radikalnoj promjeni represije svodništva: autor pritom pretpostavlja da je promjena išla ili u smislu da neriješenom ostane samo hipoteza o onome koji je primio novac za odustajanje od postupka ili, obrnuto, u smislu da klasičnopravnu obvezu odbacivanja žene preljubnice zamjenjuje postklasična, mnogo tegotnija, obveza pokretanja i uspješnog završetka kaznenog postupka u povodu preljuba.

³⁹ Glede teksta Novele 117,8,2 v. *supra*. Ukidanje postojeće procesnopravne privilegije na temelju koje je muž prilikom podizanje optužbe za preljub bio oslobođen *vinculum*

optužbe - bude osuđen za klevetu odnosno kažnjen kaznom koja je bila zapriječena ženi odgovornoj za preljub.⁴⁰ Točnije rečeno, ako muž ne uspije dokazati da je žena doista počinila preljub, Justinijan najprije daje mogućnost ženi da zbog toga razloga *otpusti muža*, pri čemu on biva podvrgnut imovinsko-pravnim sankcijama: naime, ako u braku nije bilo djece, žena ima pravo na povrat cjelokupnog miraza (*dos*) i predbračnih darova (*donationes ante nuptias*) kao i pravo na dio muževe imovine u vrijednosti 1/3 predbračnih darova; ako je u braku bilo djece, sva muževa imovina pripada njima, a ženi se pridržava pravo na povrat predbračnih darova.⁴¹ Tek nakon toga zakonodavac propisuje *da se muža podvrgne i onim kaznama koje bi pretrpjela žena da je takva optužba bila dokazana*, a to je u ono doba značilo smrtnu kaznu.⁴² Peto, preoblikovana je

inscriptionis jasno naglašava i sholija br. 5 uz *Bas.* 28,4,16 (= *D.* 23,2,24): *Novela prema svemu sudeći govori da muž nije u drugačijem položaju od stranca koji pokreće postupak zbog preljuba, već da je i on obvezatan provesti postupak inscriptio prije podizanja optužbe.* (v. *Basilicorum libri LX. Series B: Scholia*, ed. H. J. Scheltema - D. Holwerda - N. Van Der Wal, t. 5, Groningen, 1953, str. 1821). Osim toga, jedna glosa sadržana u sažetku *Novela* naglašava suprotnost u odnosu prema Kodeksu upravo kad je riječ o toj privilegiji muža kao optužitelja u povodu ženina preljuba, usp. A. Schminck - D. Simon, *Eine Synopsis der Novellen Justinians*, u: *Fontes Minores*, t. 4, Frankfurt am Main, 1981, str. 191.

⁴⁰ Odgovarajući, četvrti odlomak (§ 4) devetog poglavlja (*cap. IX: De justis divortii causis mulieri concessis*) Novele 117 glasi: *Si vir de adulterio inscripserit uxorem, adulterio non probaverit, licere mulieri volenti, etiam pro hac causa repudium destinere viro, recipere quidem propriam dotem, lucrari autem antenuptialem donationem: pro hujusmodi calumnia, si filios non habuerit ex eodem matrimonio, tantem secundum proprietatem accipere mulierem ex alia viri substantia, quantum antenuptialis donationis tertia pars esse cognoscitur. Si autem filios habuerit, jubemus omnem viri substantiam filiis conservari: firmis manentibus, quae de antenuptiali donatione aliis legibus continentur: ita tamen, ut etiam propter illatam adulterii accusationem, non probatam, illis quoque maritus subdatur supplicii, quae esset passura mulier, si hujusmodi fuisset accusatio comprobata.*

⁴¹ Budući da zakonska formulacija imovinskih sankcija predviđenih za slučaj razvoda braka s djecom nije sasvim jasna, Beaucamp (*Le statut*, str. 162, bilj. 140) iznosi dvije mogućnosti: premda prema Teodorovoj interpretaciji (v. *Theod. Brev.*, str. 114) žena ne stječe vlasništvo na dodatnom dijelu odnosno na dijelu muževe imovine koji bi odgovarao trećini njezinih predbračnih darova, autorica drži da uporaba termina *φυλόκτησθα*, koji se u pravilu koristi za označivanje prava plodouživanja (*ususfructus*), pokazuje da bi žena (jednako kao i u slučaju razvoda braka zbog toga što muž ima konkubinu, v. *Nov.* 117, cap. 9 § 5) stekla pravo plodouživanja na predbračnim darovima kao i na dijelu muževe imovine koji odgovara 1/3 tih darova, pri čemu bi pravo vlasništva na cjelokupnoj imovini muža pripalo djeci.

⁴² Smrtnu kaznu, koja je u to doba bila propisana za ženu-preljubnicu (v. *infra*), potvrđuje i odredba Novele 117,9,4 - *Si autem filios habuerit, jubemus omnem viri substantiam filiis*

konstantinovska mogućnost podizanja optužbe za preljub na temelju sumnje (*ex suspicione*) te izričito dodijeljena isključivo mužu. Naime, Novelom 117,15pr.-1 predviđena je mogućnost ekspeditivne osude za preljub ako muž, nakon sumnji da netko želi ugroziti moralnu čistoću njegove supruge te poslanih triju pismenih (od triju vjerodostojnih osoba potvrđenih) upozorenja, na javnom mjestu zatekne svoju ženu i osobu pod sumnjom. Pritom zakonodavac precizno razlikuje dva slučaja⁴³: prvo, ako ih muž zatekne u razgovoru na javnom mjestu, za osudu pretpostavljenog sudionika u preljubu bilo je dovoljno svjedočenje triju svjedoka očevidaca i tri prethodna pismena upozorenja, a za osudu žene mužu se ostavljala mogućnost da je optuži za preljub⁴⁴; drugo, ako su zatečeni u razgovoru u crkvi, muž ih ima pravo uhititi i predati svećenicima na odvojeno čuvanje kako bi sudac za to vrijeme mogao provjeriti postojanje triju prethodno poslanih pismenih upozorenja te na temelju njih izreći kaznu predviđenu za sudionike u preljubu.⁴⁵ Izdvojimo li drugi slučaj koji bismo mogli smatrati i posebnim oblikom

conservari..., jer ona implicira smrt oca kojeg će imovina u cijelosti pripasti njegovoj djeci iz tog braka. Premda je čudno što zakonodavac tako strašnu posljedicu spominje tek usputno, niti jedan komentar Novela ne donosi pojašnjenje kaznene sankcije za klevetu. Naprotiv, Beaucamp (*Le statut*, str. 162-3, bilj. 141) ističe da Atanazijev sažetak Novela (v. *Athanassi scholastici Emiseni Commentarium, Anekdotia zur byzantinischen Gesetzgebung*, t. 1, Aalen, 1969 /repr. izd. iz 1838/, str. 128) još više komplicira to pitanje, jer navodi da će muž biti podvrgnut talionskoj kazni, *ovisno o svojstvu osobe i kvaliteti dobara*.

⁴³ Pritom treba istaknuti da je zakonodavac prije toga, već u samom *proemium* Nov. 117,15, predvidio pravo muža da vlastoručno i nekažnjeno ubije suprugu koju zatekne (dovoljno na sastanku) u vlastitoj ili ženinoj ili preljubnikovoj kući ili u krčmi ili na bilo kojemu mjestu u predgrađu, s osobom koju sumnjiči *da želi upropastiti čistoću njegove supruge*, a koju je prethodno tri puta upozorio pismenima potvrđenim svjedočanstvima triju vjerodostojnih muškaraca. O *ius occidendi* detaljnije *infra*.

⁴⁴ Činjenicu da je Justinijan mužu ostavio slobodu goniti kako želi suprugu u vjernost koje sumnja (Nov. 117, 15pr.: *...licentiam autem exequi crimen.*) potvrđuje i doslovni latinski prijevod grčke fraze *ως ανβουληται* sadržan u *Epitome Iuliani* (cap. 8: *qualiter voluerit*). Premda je takva sloboda bila predviđena kao jedna mogućnost, komentatori inzistiraju na činjenici da je muž mogao optužiti suprugu i ishoditi njezinu osudu bez predočenja bilo kakvog drugog dokaza: dovoljno je, naime, bilo da je on, sumnjajući u preljub, prethodno uputio tri propisana upozorenja pretpostavljenom preljubniku (v. *Theod. Brev.*, str. 116; tekst je ponovljen u sholiji br. 2 uz *Bas.* 28,7,7 /= Nov. 117,15/). Usp. Goričinu interpretaciju (*Studi sul matrimonio*, str. 113-5) koji te napomene ne povezuje uz poglavlje 15 Novele 117, već u njima vidi jednostavno potpuno odbacivanje privilegije optužbe *ex iure mariti*.

⁴⁵ Pritom treba naglasiti da je zakonodavac u § 1 pogl. 15 Nov. 117 isključenje bilo kakvih drugih dokaza obrazložio ne samo težinom kaznenog djela preljuba već i potrebom zaštite

svetogrđa, primjećujemo da kazneni progon žene nije bio nužno vezan s progonom supočinitelja kaznenog djela preljuba: njega je muž mogao dati osuditi *ex suspicione*, a da pritom nije bio dužan na istom (ili drugom) temelju optužiti i svoju suprugu. U ovom je kontekstu potrebno istaknuti još jednu Justinijanovu inovaciju: naime, u posljednjem poglavlju Novele 117,15,1 predviđena je intervencija bliskih srodnika u slučaju sumnje u preljub. Točnije rečeno, ako netko *na svetom mjestu* zatekne suprugu ili kćer ili unuku ili snahu u razgovoru s nekom osobom te posumnja u *sramotne razloge* tog sastanka,⁴⁶ zakonodavac dopušta da ih se uhiti i preda na odvojeno čuvanje svećenicima sve dok sudac njihov slučaj ne preuzme radi vođenja sudskog postupka. Važnost te odredbe leži kako u činjenici da je promijenjen krug srodnika ovlaštenih na podizanje *accusatio adulterii ex suspicione* - umjesto brata te strica ili ujaka (*Cod. Iust.* 9,9,29) sada nalazimo djeda i svekra eventualne preljubnice,⁴⁷ tako i u činjenici da zakonodavac ne pretpostavlja da je kazneno djelo preljuba dokazano (trima pismenim upozorenjima), već propisuje da slučaj mora ispitati mjerodavni sudski organ.

Konačno, u ovom kontekstu treba spomenuti i Novelu 134 kojom je Justinijan, 556. g., oblikovao jednu vrlo specifičnu inovaciju.⁴⁸ S jedne strane on

nepovredivosti crkvenih mjesta:...*Naime, ne trebaju takve osobe imati zaštitu na mjestu vrijednom poštovanja koje su sami prezreli preko vlastitog zločina: ...kako onima, koji su u samoj crkvi takav zločin /otmicu žene ili preljub, nap. aut./ nastojali počinuti, dopuštamo naći nekakvu pomoć u crkvenim krajevima? Nego svim načinima da se oni predaju sucima i podnesu kaznu koje su dostojni oni koji uživaju povrijediti presveta mjesta. Naime, tko griješi ondje gdje traži spas?...*

⁴⁶ Premda nepravnička, formulacija *sastanak radi sramotnog razloga (turpis gratia causae eos colloqui)* obuhvaća široko područje, pa tako i mogućnost gonjenja za kazneno djelo preljuba. Na takav zaključak upućuje ne samo činjenica da se čitavo poglavlje 15 Nov. 117 zapravo odnosi na kazneno djelo preljuba već i činjenica da je u dva od četiri promatrana slučaja (supruga, kći, unuka, snaha) riječ o udanim ženama kao počiniteljicama preljuba.

⁴⁷ Premda se muž ponovo navodi kao ovlaštenik na optužbu *ex suspicione*, riječ je o drugačijem slučaju od onog prethodno navedenog: ne zahtijevaju se tri pismena upozorenja prethodno poslana pretpostavljenom preljubniku, ali se ni optužba ne smatra dokazanom. To je samo jedna nova mogućnost dodijeljena mužu u slučaju sumnje u ženin preljub rođene (vjerojatno tek prvi put) na *svetom mjestu*. Što se tiče odnosa između tog popisa osoba ovlaštenih na podizanje optužbe za preljub *ex suspicione* i onog prethodnog, sadržanog u Justinijanovu Kodeksu (9,9,29), Beaucamp (*Le statut*, str. 163-4) na temelju šutnje onovremenih komentatora zaključuje da nije riječ o ukidanju prethodnog popisa, već o jednostavnoj dopuni ograničenoj na vrlo precizno definiran slučaj sumnje u preljub unutar crkve.

⁴⁸ U starijoj je romanističkoj literaturi prevladavalo mišljenje kako je Justinijan tom novelom modificirao - s ciljem da se zakonodavstvo uskladi s crkvenim načelima - pravo koje je

je u poglavlju 10 - zadržavajući augustovsku zabranu sklapanja braka s osuđenom preljubnicom - dodijelio mužu privilegirano pravo da po isteku roka od dvije godine od izricanja osude zbog preljuba *natrag uzme* odnosno ponovo sklopi brak s osuđenicom i time poništi pravne posljedice osude. Radilo se, dakle, o limitiranom ukidanju apsolutne bračne zapreke koja je još uvijek pogađala osuđenu preljubnicu,⁴⁹ pri čemu je zakonodavac izrijekom isključio opasnost od kazne za svodništvo (*lenocinium*)⁵⁰ te novu zajednicu života držao nastavkom prethodne, preljubom ugrožene bračne zajednice. S druge strane Justinijan je u poglavlju 12 - otvarajući novo područje primjene ekspeditivnog

bilo na snazi u kompilaciji, ograničavajući pritom zabranu sklapanja braka koju je August nametnuo osuđenoj preljubnici samo na slučaj sklapanja braka sa supočiniteljem preljuba, v. P. Bonfante, *Corso di diritto romano. I. Diritto di famiglia*, Milano, 1963. (repr. izd. Roma, 1925), str. 278 i dalje; Volterra, *Per la storia*, str. 56, bilj. 3, str. 59; isti, *Lezioni di diritto romano. Il matrimonio romano*, Roma, 1961, str. 351; C. Longo, *Diritto romano. 3. Diritto di famiglia*, Roma, 1940, str. 113; Biondi, *Il diritto*, III, str. 96 i dalje; M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, 2, München, 1959, str. 115; usp. J. Gaudemet, *Iustum matrimonium*, RIDA, 2, 1949, str. 361 i 363; glede minucioznog obrazloženja restriktivnog značenja Justinijanove novele v. Gorja, *Studi sul matrimonio*, str. 13-16, 48-67, 143-53.

⁴⁹ Inovativnost Justinijanove odredbe kojom se, iznimno, mužu dopušta - vremenski ograničena - mogućnost da oprostí ženi preljubnici naglašena je i u Enantiofanovoj sholiji br. 4 i 6 (uz *Bas.* 28,4,16 = D. 23,2,34). Osuđena preljubnica nije se mogla udati ni za jednog drugog muškarca. Naime, bilo bi nedosljedno da je Justinijan kao zakonodavac, nakon proširenja bračne nesposobnosti (pa makar i na pet godina) na sve žene koje su pružile valjan razlog za razvod braka (v. Nov. 22 iz 536.g.), eliminirao onu koja je već teretila preljubnicu, i to baš u *Nov.* 134,10 kojom istodobno određuje da osuđena preljubnica cijeli život - ako joj muž ne oprostí - mora ostati zatočena u samostanu, sa statusom i odjećom redovnice (v. *infra*). Nedvojbeno potvrdu da je augustovska zabrana sklapanja braka s osuđenom preljubnicom - uz tu iznimku - ostala na snazi čak i tijekom kasnijih stoljeća pružaju nam odlomci iz Bazilika (10,4,37; 28,7,1; 60,37,1; 60,37,13,11; 60,37,30,2) kao i oni koji su otuda sabrani u *Synopsis Basilicorum Maior* (M XVI, 1 i 9). Konačno, valja spomenuti i Nov. 32 cara Leona Mudrog kojom je, krajem 9. st., u pogledu preljubnice potvrđena zabrana sklapanja novog braka; usp. Gorja, *Studi sul matrimonio*, str. 120-37.

⁵⁰ Premda fraza ... *nullum periculum ex hoc metuens* ... nedvojbeno obuhvaća isključenje opasnosti od kazne koju je *lex Iulia de adulteriis coercendis* predviđala za muža koji bi počinio *lenocinium*, tj. oženio osuđenu preljubnicu, Gorja (*Studi sul matrimonio*, str. 37 i bilj. 35, str. 102 i bilj. 38, str. 187-190) naglašava da i Atanasije (*Epit. nov.* IV,22; X,2) i Teodor (*Summa nov.* 22,14) Justinijanovu odredbu tumače restriktivno: naime, Nov. 134,10 nije ukinula dotadašnje mjere glede svodništva - obvezu da podigne optužbu protiv žene preljubnice, već je mužu jednostavno dopustila da se ponovo oženi osuđenom preljubnicom.

postupka osude na temelju obične sumnje - proširio opseg te bračne zapreke te istodobno pooštrio represiju kaznenog djela preljuba. Zakonodavac je, naime, propisao da, u slučaju ako optužba za preljub ne bi bila dokazana utemeljenom, a optuženici bi sklopili brak ili nastavili (neformalno) živjeti zajedno, takve osobe treba osuditi zbog preljuba, i to bez predočenja bilo kakvih drugih dokaza. Pronalaženje optuženika pod istim krovom smatralo se, dakle, dovoljnim dokazom, tj. presumpcijom *iuris et de iure* da je preljub (ne kao novi, već kao nastavak prethodnog) uistinu počinjen, zbog čega se njihovom zajedničkom životu osporava bilo kakva zakonska valjanost.⁵¹

Dakle, Konstantinovim kapitalnim promjenama augustovskog režima *accusatio adulterii* - suzivanje prava podizanja optužbe za preljub samo na povrijeđenog muža i najbliže srodnike uz istodobno dodjeljivanje mužu privilegiranog prava na *accusatio ex suspicione constante matrimonio*, Justinijan je dodao dvije nove: podizanje optužbe za preljub prije razvoda braka te pretvaranje *accusatio adulterii* u muževu zakonsku mogućnost (ne i obvezu) gonjenja ženina preljuba. Uzmemo li pritom u obzir s jedne strane kaznu za klevetu (*calumnia*) zapriječenu mužu koji ne uspije dokazati ženin preljub, a s druge strane ograničenje muževa prava na podizanje *accusatio adulterii ex suspicione* trima prethodnim upozorenjima (uz vremenski ograničeno pravo sklapanja braka s preljubnicom), Justinijanove inovacije⁵² idu u pravcu potpunog doki-

⁵¹ Upravo je takvo tumačenje Nov. 134,12 sadržano u *Epitome Iuliani, cap. 18 - Si moechus condemnationem effugiens eam, de qua accusatus fuerat, duxerit, competentibus poenis a quolibet iudice subiiciendus est, illa autem in monasterium mittatur*. U tom smislu očituje se i temeljna srodnost s Teodozijevom konstitucijom iz 393.g. (*Cod. Theod. 9,7,8 = Cod. Iust. 9,9,33/34*) kojom je sklapanje braka preljubnika - oni su prethodno bili oslobođeni krivnje za preljub na temelju prigovora da njihovo često viđanje, zbog rodbinske veze (*obtentu proximitatis*), nije moglo biti sumnjivog karaktera - bilo izjednačeno s javnim priznanjem preljuba te podvrgnuto kazni predviđenoj za to kazneno djelo. Justinijanova odredba u Nov. 134,12 obuhvaća, međutim, mnogo šire polje primjene: naime, bilo je dovoljno da bude optužen samo supočinitelj preljuba te da on, izbjegavši zakonsku kaznu, ostvari odnos s preljubnicom. Općenitiji karakter Justinijanove odredbe potvrđuje i činjenica da je pogl. 12 Novele 134 sadržano u mnogim kasnijim bizantskim pravnim zbirkama (*Nomocanon L tit., 41; Nomocanon XIV tit., 1; Bas. 6,19,8; Synopsis Basilicorum Maior M XVI,20; Prochiron auctum XXXIX, 142*), a da Teodozijevoj konstituciji više nema traga. O uspostavi zakonitosti u radu onovremenih pravosudnih organa kao glavnoj Justinijanovoj preokupaciji v. Gorja, *Studi sul matrimonio*, str. 55-63.

⁵² Glede inovacija koje su kompilatori, sukladno Justinijanovu poimanju zaruka, braka i preljuba, proveli putem interpolacija, kako u odlomcima klasičnih pravnika sadržanim u

danja augustovskog režima *crimen adulterii*, i to s ciljem zaštite integriteta braka te olakšanja pravnog položaja žene preljubnice.

II.1. REPRESIJA PRELJUBA

Na temelju analize relevantnih postklasičnih pravnih vrela nedvojbenim proizlazi da je represija kaznenog djela preljuba - sadržana kako u zakonom propisnoj kazni tako i u pravom priznatom ovlaštenju muža na nekažnjivo ubojstvo preljubnika - doživjela značajnu transformaciju u odnosu prema augustovskoj odnosno klasičnoj regulaciji kojom su za počinitelje djela bile predviđene djelomična konfiskacija imovine (*publicatio bonorum*) i progonstvo na različite otoke (*relegatio in insulam*).⁵³ Pritom u očii upada jasna razlika između represije preljuba propisane carskim konstitucijama donošenim tijekom razdoblja od Konstantina nadalje i one zacrtane Justinijanovom zakonodavnom djelatnošću. Prvu, dugotrajniju fazu transformacijskog procesa obilježilo je krajnje pooštrenje kaznene sankcije te proširenje opsega nekažnjivosti muževa *ius occidendi* preljubnika. Drugu, završnu fazu tog procesa obilježila je sasvim suprotna kaznena politika - znatno ublaživanje dotadašnje represije koje se, sukladno potrebi očuvanja brakova, ipak odnosilo samo na ženu preljubicu.

I opet se Konstantin pokazuje inovatorom, točnije rečeno začetnikom procesa transformacije na području kažnjavanja preljuba. Premda se četvrti paragraf njegove konstitucije iz 326.g. onako kako je sadržan u Justinijanovu Kodeksu (9,9,29/30/) - *Sacrilegos autem nuptiarum gladio puniri oportet.* - smatra kompilatorskim dodatkom,⁵⁴ a smrtno kažnjavanje pooštrenog oblika (kazna zašivanja

Digesta, tako i u carskim konstitucijama sadržanim u *Codex Iustinianus*, v. Volterra, *Nota*, str. 283-90; isti, *In tema di accusatio adulterii. I. L'adulterium della sponsa - L'adulterium dell'uxor in captivitate*, u: *Scritti giuridici*, I, Napoli, 1991. (repr. Studi Bonfante, 2, Milano, 1930, str. 111-26), str. 313-24; isti, *Alcune*, str. 329-37; o naglašenom kršćanskom utjecaju na Justinijanovu inovaciju glede preljuba zaručnice v. Corsanego, *La repressione*, str. 33-7.

⁵³ O tome detaljnije v. Jaramaz Reskušić, *Lex Iulia*, str. 694-710.

⁵⁴ Mnogi autori (Bonini, *Ricerche*, str. 110-1; 154-5; J. Gaudemet, *Le droit romain dans la littérature chrétienne occidentale du III au V siècle*, u: *Ius Romanum Medii Aevi*, I, 3b, Milano, 1978, str. 48-9; M. A. De Dominicis, *Registro delle alterazioni nelle costituzioni del Codice teodosiano e nelle Novelle postteodosiane segnalate della critica*, BIDR, 57-58/1953, str. 421, bilj. 3; Beaucamp, *Le statut*, str. 167 i bilj. 166; v. *supra*, bilj. 4) drže da upravo neprecizno definirani izraz *sacrilegos nuptiarum*, koji se izvorno pojavljuje tek u konstituciji Konstancija

u vreću te utapanja u rijeci ili kazna spaljivanja na lomači) prvi put izrijekom propisuje u konstituciji careva Konstancija II. i Konstansa iz 339. g.,⁵⁵ u romanističkoj je znanosti općeprihvaćeno mišljenje da smrtna kazna (dekapitacija mačem) za *crimen adulterii* - potpuno nepoznata rimskom pravu prije 4. st. - potječe upravo iz te Konstantinove konstitucije.⁵⁶ Na takvo mišljenje, unatoč ozbiljnim sumnjama koje je izrazio Biondi,⁵⁷ navode neka postklasična pravna vrela kao i djela bizantskih pravnih pisaca. Tako Talelejev komentar Justinijanova Kodeksa, nastao još za careva života, pojašnjava kako je došlo do smrtnog kažnjavanja preljuba: napominjući kako preljub nije smatran kapitalnim

II. i Konstansa iz 339.g., pokazuje da je završetak justinijanske verzije Konstantinove konstitucije iz 326.g. zapravo derivacija te kasnije konstitucije: vjerojatno su kompilatori njezinu poruku nastojali prilagoditi Konstantinovo konstituciji koja u osnovi, kao što smo vidjeli, uređuje pitanje optužbe za kazneno djelo preljuba; usp. *supra*. Smatrajući takvu hipotezu malo vjerojatnom, Biondi se (*La poena*, str. 78; usp. *infra*) pita zbog čega kompilatori to kaznenopravno rješenje - *gladio puniri* - nisu povezali s njegovim autorima, već su ga prenijeli u jednu konstituciju cara Konstantina.

⁵⁵ Ta konstitucija, objavljena 29. 9. 339.g. te sadržana u *Cod. Theod.* 11,36,4, glasi: *Oportuerat te publici instituti respectu confessione detectos legum severitate punire nec frustra vitam differentum moratorias provocationes admittere, sed delatum adulterii crimen et quaestionibus athibitis adprobatum pari sceleri immanitate damnare. Quod deinceps in huiusmodi criminibus convenit observari, ut manifestis probationibus adulterio probato frustratoria provocatio minime admittatur, cum pari similique ratione sacrilegos nuptiarum tamquam manifestos parricidas insuere culleo vivos vel exurere iudicantem oporteat.* Detaljnije *infra*.

⁵⁶ V. Mommsen, *Röm. Strafrecht*, str. 699; C. Ferrini, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, Milano, 1902, str. 365-8; M. Wlassak, *Anklage und Strafbefestigung*, Wien, 1919, str. 62 i dalje; Costa, *Crimini*, str. 106, 166; Corsanego, *La repressione*, str. 29-31; U. Brasiello, *La repressione penale in diritto romano*, Napoli, 1937, str. 93; Dupont, *Le droit, Les infractions*, str. 50-2; Biondi, *Il diritto*, III, str. 474; O. F. Robinson, *The Criminal Law of Ancient Rome*, Baltimore, 1995, str. 67.

⁵⁷ U Konstantinovim konstitucijama koje se odnose na problematiku preljuba Biondi (*La poena*, str. 79-83) pronalazi argumente na temelju kojih odbacuje mogućnost da je taj car pooštrio kaznu za preljub odnosno uveo smrtnu kaznu za to kazneno djelo. Autor najprije odbacuje justinijansku verziju Konstantinove konstitucije iz 326.g. sadržane u *Cod. Iust.* 9,9,29,4, zbog očigledne interpolacije, a potom i Talelejevog tumačenja tog teksta. Analizirajući potom dvije Konstantinove konstitucije donesene iste godine - onu o tutorovu silovanju nedorasle djevojke (*Cod. Theod.* 9,38,1) i onu o spolnim odnosima slobodne žene s robom (*Cod. Theod.* 9,9,1), zaključuje da druga konstitucija, kao nedvojbeno inovativna, isključuje mogućnost da je prije 326.g. postojala opća odredba o smrtnoj kazni za preljub: tada bi, naime, bilo suvišno odrediti smrtnu kaznu za roba, a kazna deportacije bila bi sasvim neprikladna za tutora. Osim toga, autor odbacuje ideju o smrtnoj

kaznenim djelom ni prema mišljenjima klasičnih pravnika ni prema carskim konstitucijama sakupljenim u *Codex Gregorianus* (objavljen oko 291. g.) i u *Codex Hermogenianus* (objavljen neposredno nakon 294. g.), taj bizantski pravni pisac naglašava da je nakon donošenja konstitucije cara Konstantina, sadržane u devetoj knjizi *Codex Iustinianus* (titul 9 konstitucija 30 /zapravo 29/), preljub postao kapitalno kazneno djelo, točnije rečeno djelo za koje se muškom sudioniku propisivalo *gladio puniri* te ga se doista i kažnjavalo krvlju.⁵⁸ Štoviše, jedna Konstantinova konstitucija iz 313. g. (ili 314. g.) govori o kapitalnoj presudi u slučaju preljuba, ne ističući pritom da je ona bilo kakva novost u kazneno sudskoj praksi.⁵⁹ Car/zakonodavac samo upozorava suce da prilikom izricanja presude o smrtnoj kazni u povodu preljuba ili ubojstva ili magije budu umjereni te je ne donose prije negoli se optuženikova krivnja utvrdi - bilo optuženikovim priznanjem bilo suglasnim iskazima vjerodostojnih i valjano ispitanih (uključujući ispitivanje pod mukama) svjedoka - s takvom izvjesnošću da optuženik ne može naknadno poricati da je to djelo počinio. Konstitucija

kazni inspiriranoj kršćanskim učenjem: *Crimen mortale, ogromna težina preljuba, jednakost žene i muškarca, ali ne i prolijevanje krvi; to je učenje Crkve iz usta Svetih Otaca i Papa* (prev. aut., op. cit., str. 81). Ne odričući činjenicu da se u pojedinim Konstantinovima konstitucijama (*Cod. Theod.* 11,36,1; 9,38,1; 9,40,1; *Cod. Iust.* 5,17,7) smrtna kazna za preljub pretpostavljala, autor na kraju konstatira da nema traga općem zakonu kojim bi taj car uveo smrtnu kaznu za preljub.

⁵⁸ Talelejev komentar, sadržan u sholiji br. 3 uz *Bas.* 11,2,35, odnosi se na konstituciju careva Dioklecijana i Maksimijana, sadržanu u *Cod. Iust.* 2,4,18, u kojoj je *excepto adulterio*, tj. isključenje mogućnosti da se u slučaju preljuba sklopi nagodba ili sporazum koji su bili dopušteni glede drugih kapitalnih kaznenih djela, nedvojbeno bila izmjena izvornog teksta konstitucije iz 293.g. učinjena s ciljem da se u okviru Justinijanove kompilacije osigura nužno potrebna koherentnost u poimanju kaznenog djela preljuba (v. Esmein, *Le délit*, str. 111-2; Biondi, *La poena*, str. 72; Gaudemet, *Le droit*, str. 47-8; Beaucamp, *Le statut*, str. 166, bilj. 157). Ali D. Simon (*Aus dem Kodexunterricht des Thalelaios. B. Die Heroen*, ZSS, 87/1970, str. 340-1) ne samo da nastoji dokazati kako taj dodatak nije interpolacija kompilatora iz 6. st., nego glosa na *Codex Hermogenianus* koja je postojala još u 5. st., već cjelokupni Talelejev komentar smatra zapravo prilagodbom jednog *erotapokrisis* Patricija, profesora prava.

⁵⁹ V. *Cod. Theod.* 9,40,1 = *Cod. Iust.* 9,47,16. Oslanjajući se na tu konstituciju, Gaudemet (*Le droit*, str. 47-9) zaključuje da je smrtna kazna za preljub bila izricana i prije 300.g. Usp. P. Garnsey (*Social Status and Legal Privilege in the Roman Empire*, Oxford, 1970, str. 111, bilj. 3) koji, odbijajući mogućnost interpolacija u *Cod. Iust.* 9,9,9 (konst. iz 224.g.) i 2,4,18 (konst. iz 293.g.), zaključuje da se smrtna kazna preljubicima mogla izricati počevši od 3.st.

istog cara donesena 337. g. također pretpostavlja kapitalnu kaznu za preljub: Konstantin je, naime, isključio primjenu kapitalne kazne za ženu koja bi se, u slučaju kad nema sumnje u preljub, preudala nakon što četiri godine od muževa odlaska u vojsku ne bi primila nikakvih vijesti o njemu.⁶⁰ Konačno, sam Justinijan u Noveli 134,10pr. aludira na smrtnu kaznu koju je utvrdio upravo Konstantin, zapovijedajući da se ona ima nametnuti preljubicima u slučaju dokazano počinjenog djela.⁶¹ Dakle, smrtna je kazna za preljub propisana prije 339.g., a najvjerojatnije u razdoblju između 294.g. i 313.g.

Premda je klasični kaznenopravni sadržaj *crimen adulterii* - pod intenzivnijim utjecajem kršćanskih načela o nerazrješivosti braka i crkvenih kanona o kažnjavanju preljuba⁶² - znatno proširen tijekom postklasičnog

⁶⁰ V. *Cod. Iust.* 5,17,7; usp. *Just. Nov.* 22,14pr.; glede različitog poimanja braka koje se očituje u Konstantinovoj i Justinijanovoj regulaciji uvjeta nužnih za sklapanje novog braka u opisanoj činjeničnoj situaciji v. Wolff, *Doctrinal*, str. 273-6. Za razliku od spomenutog Talelejeva komentara, iz kojeg proizlazi da se na ženu preljubicu nije primjenjivala kazna mača, Konstantinova konstitucija pokazuje da se smrtna kazna u vrijeme vladavine tog cara primjenjivala kako na muškog tako i na ženskog sudionika u izvršenju kaznenog djela preljuba.

⁶¹ Budući da se u nastavku Novele 134,10 najprije govori o načinu raspodjele imovine muškog sudionika u preljubu, a potom detaljno regulira zatvaranje u samostan zapriječeno preljubnici, jasno proizlazi da se u 6. st. smrtna kazna primjenjivala još samo na *adulter*, a da se na *adultera* primjenjivala sasvim nova i blaža kaznena mjera; v. *infra*. O problemu stvarnog izvršenja smrtno kazne nad preljubicama neposredno prije 556.g. v. Gorla, *Studi sul matrimonio*, str. 29-30 i bilj. 27.

⁶² U skladu s kršćanskim shvaćanjem braka kao *sacramentum magnum*, neraskidivog čak i za vrijeme zatočeništva (v. npr. pisma - jedno pape Inocenta I. (402.-417.) upućeno Probiju /*Decr. Innoc.* 37, u: J. P. Migne, *Patrologiae cursus completus*, Series latina, Paris, 1844-64, sv. 67, str. 251/i drugo pape Leona I. Velikog (440.-461.) upućeno Niceti - u kojima *mulieribus ob captivitatem viri novum matrimonium non permittitur et contrahentes maritis redeuntibus restituendae sunt.* /*Ep.* 159, u: Migne, *op. cit.*, sv. 54, str. 1136/; glede opće zabrane sklapanja novog braka, v. *Lact. Div. inst.* VI, cap. 23 i 33; *Epit.* 66; Elvir. konc. *can.* 8-9; Arls. konc. *can.* 10), mišljenja su crkvenih otaca (Tertulijana, Ciprijana i dr.) o preljubu kao *crimen mortale*, svrstanom uz idolopoklonstvo i ubojstvo te podložnom primjereno teškoj *spirituale gladium*, tj. kazni izopćenja iz crkvene zajednice (sv. Jeronim /*Ep.* 147/ pravednom zaziva čak i smrtnu kaznu; usp. Biondi, *Il diritto*, III, str. 475-6). Istražujući kršćanske korijene strogosti kazne koju su carevi, počevši od Konstantina, propisivali za kazneno djelo preljuba, Corsanego (*La repressione*, str. 29-31) ističe nedvojbeni utjecaj kanona (*can.* 7-10; 47; 64-5; 69; 78) Elvirskog koncila (300-306.g.) koji su *neka vrsta jedinstvenog teksta o represiji preljuba u prvim stoljećima života Crkve* (prev. aut., *op. cit.*, str. 30). Budući da je *non*

razdoblja⁶³, zakonsku regulaciju represije tog kaznenog djela do Justinijana obilježavaju tek dvije, naizgled suprotstavljene, carske konstitucije. Prva je već spomenuta konstitucija Konstancija II. i Konstansa iz 339.g. kojom su carevi, nastojeći osigurati efikasnost (primjenom gotovo talionskog načela) kažnjavanja odnosno onemogućiti odgode izvršenja kaznenih presuda prouzročene neopravdanim prizivima u slučajevima priznanja ili notornosti djela, uveli jednu otežavajuću novinu glede izvršenja smrtne kazne dosuđene za preljub. Naime, u slučaju preljuba utvrđenog nedvojbenim dokazima suci su pozvani oskrvnjivače brakova (*sacrilegos nuptiarum*), poput manifestnih oceubojica, smrtno kazniti, i to tako da žive osuđenike bilo zašiju u vreću (zajedno s pijetlom, psom, majmunom i zmijom otrovnicom) te bace u more ili rijeku⁶⁴ bilo spale

accipere communionem, predviđena za vjernika/cu u slučaju preljuba, bila najteža duhovna kazna - značila je počiniteljevo isključenje (bez mogućnosti restitucije) iz života mističnog tijela Crkve, autor je uspoređuje sa svjetovnom kaznom, točnije rečeno s kapitalnom kaznom *interdictio aquae et ignis* rimskog prava.

⁶³ Tako je u okviru *crimen adulterii* uvučeno silovanje (*stuprum*) nevine djevojke počinjeno od bivšeg tutora (*Cod. Theod.* 9,8,1 = *Cod. Iust.* 9,10,1 /Konstantin, 326.g./; glede barbarskih kodifikacija rimskog prava, za silovanja *ingenua* v. *Edict. Theod. cap.* 59; 61; 63; *Lex Rom. Burg.* 19,1; za silovanje tuđe ropkinje v. *Edict. Theod. cap.* 64), zatim pederastija (*stuprum cum masculo*) neovisno o tome je li spolni odnos počinjen upotrebom *vis* (*Cod. Theod.* 9,7,3 = *Cod. Iust.* 9,9,30 /Konstantin II. i Konstans, 342.g./; *Cod. Theod.* 9,7,6 = *Coll.* 5,3,2 /Valentinijan II., Teodozije I. i Arkadije, 390.g./; usp. *Just. Nov.* 141 /559.g./) te spolno općenje slobodne žene s vlastitim robom (*Cod. Theod.* 9,9,1 = *Cod. Iust.* 9,11,1 /Konstantin, 326.g./; usp. *Cod. Iust.* 7,24,1,1 = 11,48/47/,24 /Justinijan, nepoznatog datuma/). Konačno, Justinijan je, pod pritiskom kršćanskog shvaćanja o obvezujućoj vrijednosti zaruka, *crimen adulterii* proširio do te mjere da je obuhvatio čak i preljub zaručnice, protiv koje je *sponsus* imao pravo podići privilegiranu *accusatio iure mariti* (interpolacija u D. 48,5,14,3 /Ulp./; interpolacija u *Cod. Iust.* 9,9,7pr. /A. Sever, 223.g./; *Just. Nov.* 143pr.); usp. E. Volterra, *In tema di accusatio adulterii. I. L'adulterium della sponsa - II. L'adulterium dell'uxor in captivitate*, u: *Scritti giuridici*, I, Napoli, 1991 (reprint Studi Bonfante, 2, Milano, 1930), str. 313-24.

⁶⁴ O toj kazni koju je, prema legendi potvrđenoj brojnim povijesnim vrelima, uveo etrušćanski kralj Tarkvinije Oholi (v. I. Jaramaz-Reskušić, *Opća obilježja kaznenog prava u razdoblju kraljevstva (754.-509. g.pr.n.e.)*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, vol. 6, 2/1999, str. 929-932), a Rimljani stoljećima primjenjivali u slučaju ubojstva oca ili majke (*parricidium*) kao i u slučajevima kaznenih djela koja su zbog svoje težine zahtijevala pooštreno kažnjavanje povezano s ritualnim isključenjem iz zajednice, v. ista, *Kaznenopravni*, str. 63, 97, 170, 383-4, 420, 495, 502, 537, 541. Glede *poena cullei* u postklasičnom pravu, treba naglasiti da je ta kazna, unatoč činjenici što ju je Konstantin (318.g.) ponovo propisao za *parricidium* (v. *Cod. Theod.* 9,15,1 = *Cod. Iust.* 9,17,1; *Just. Inst.* 4,18,6; usp.

na lomači. Tom su konstitucijom Konstancije II. i Konstans, polazeći od smrtne kazne kao kaznene mjere već propisane za kazneno djelo preljuba, počinitelje tog djela izjednačili s mrskim oceubojicama te jednostavnu smrtnu kaznu dekapitacije mačem (*gladio puniri*) zamijenili alternativnim propisivanjem pooštrenih načina izvršenja smrtne kazne - drevna *poena cullei* ili kazna spaljivanja - koji simboliziraju apsolutnu destrukciju kako počinitelja tako i kaznenog djela.⁶⁵ Prema dostupnim vrelima, čini se da se takva situacija nije promijenila ni u drugoj polovici 4. st.⁶⁶

Sljedeća konstitucija koja se u razdoblju do Justinijana bavila - premda na sasvim drugačiji način - represijom kaznenog djela preljuba, bila je Majorijanova Novela 9 iz 459. godine.⁶⁷ Na temelju raščlambe njezina sadržaja proizlazi da

H. F. Hitzig, s. v. *Culleus*, u: RE, bd. IV, 2, Stuttgart, 1901, str. 1747-48), od tada pa tijekom bizantskog razdoblja izgubila značenje kazne rezervirane za to teško kazneno djelo (R. Dull, *Zur Bedeutung der poena cullei im römischen Strafrecht*, u: Atti del congresso internazionale di diritto romano, t. 2, Pavia, 1935, str. 361-408).

⁶⁵ Na ovom je mjestu potrebno istaknuti da je u postklasičnom carskom zakonodavstvu nestalo terminološkog, a time i kazneno-funkcionalnog razlikovanja koje je u klasičnom pravu postojalo između smrtne kazne dekapitacije mačem (*poena capitis*) i raznovrsnih oblika smrtonosnog tjelesnog mučenja kao samostalnih kazni (*summa supplicia*): naime, u carskim konstitucijama nakon Konstantina postojeći oblici *summa supplicia* (spaljivanje, gladijatorske igre, izlaganje odnosno bacanje zvijerima, *poena cullei*) poprimaju značenje pooštrenih načina izvršenja smrtne kazne. Pritom treba upozoriti da je tijekom razdoblja od Konstantina do Justinijana uočljivo opadanje smrtnog kažnjavanja, bilo zbog ukidanja smrtne kazne bilo zbog ublaživanja okrutnog sustava povećane društvene nejednakosti kažnjavanja, usp. D. Grodzynski, *Tortures mortelles et catégories sociales. Les summa supplicia dans le droit romain aux III et IV siècles*, Du châtement dans la cité. Supplices corporels et peine de mort dans le monde antique, Paris, 1984, str. 373-97; Bonini, *Ricerche*, str. 55-9, 66-98. Glede kaznenih djela kojima su u Teodozijevu te u Justinijanovu kodeksu bile zapriječene kazna vreće (*poena cullei*) i kazna spaljivanja (*crematio* ili *vivicomburium*), v. Jaramaz-Reskušić, *Kaznenopravni*, str. 539-41.

⁶⁶ U tom smislu navodimo i konstituciju careva Teodozija I, Gracijana i Valentinijana II. iz 385.g. kojom se određuje da na uskršnji dan *nullum teneat carcer inclusum* osim okrivljenih preljubnika i otmičara (*Cod. Theod.* 9,38,8) i svjedočanstva sv. Ivana Zlatoustog (Krisostoma) iz kojih se vidi da taj carigradski patrijarh-reformator (398) i crkveni naučitelj (*doctor Ecclesiae*), upozoravajući na *leges*, na jednom mjestu žali sudbinu žene nad kojom će se, pošto ju je muž okrivio zbog preljuba, izvršiti smaknuće (*de virg.*, u: J. P. Migne, *Patrologiae cursus completus. Series graeca*, Paris, 1857-66, sv. 48, str. 575), a na drugom spominje preljubnike među osobama koje se nalaze u zatvorima čekajući izvršenje presude (*de Anna*, *Sermo* 4,3; *op. cit.*, sv. 54, str. 664); usp. Biondi, *La poena*, str. 84-5.

⁶⁷ Premda prihvaća razloge zbog kojih Justinijanov Kodeks ne sadržava Majorijanovu konstituciju - *Bilo bi doista neobično da je Justinijan, koji je iz svog zakonodavstva odstranio i*

je car u povodu konkretnog slučaja preljuba, a na zahtjev *vir consularis Rogatianus*, zamijenio zakonsku kaznu *relegatio temporaria* - dosuđenu u redovitom sudskom postupku pred nadležnom *quaestio adulterii* protiv jednog *convictum confessumque ... in nefario crimine*, koji je potom pobjegao iz mjesta izvršenja kazne - strožim oblikom kazne progonstva, tj. *deportatio in insulam*,⁶⁸ učinivši to *secundum legem divorum retro principum, qui in simili crimine talia censuerunt*. Pridodamo li tome odlomak iz *Lex Romana Burgundionum* 25, koji svjedoči da je Majorijan donio najmanje još jednu konstituciju glede *crimen adulterii*, onu kojom je prevarenog muža oslobodio kažnjivosti za ubojstvo izvršeno kako nad muškim sudionikom preljuba tako i nad ženom preljubnicom zatečenim *in flagranti*,⁶⁹ jasnim proizlazi

najmanji ostatak privatne osvete, ostavio ili pak oživio antički sustav muževe osvete. (prev. aut.), Biondi (*La poena*, str. 96) ističe njezinu važnost, posebice tijekom predjustinijanskog razdoblja carskog zakonodavstva koje obilježava izostanak bilo kakvog spomena smrtne kazne za preljub. Odričući vjerojatnost iznenadnog pojavljivanja smrtne kazne, autor upravo u toj konstituciji vidi značajnu fazu u postklasičnoj transformaciji režima augustovske *lex Iulia*: izvansudsko privatno kažnjavanje putem priznate nekažnjivosti ubojstva preljubnika *iure mariti* pretvara se, pod utjecajem kršćanstva, u sudsko javno kažnjavanje *gladio*.

⁶⁸ Na temelju analize carskog zakonodavstva postklasičnog razdoblja proizlazi da je *deportatio* bila najzastupljeniji oblik kazne progonstva (uz *exilium* i *relegatio*), koje je polje primjene znatno prošireno u odnosu prema kasnoklasičnom pravu (osim za suzbijanje razbojništva, raznovrsnih magijskih djelovanja, neortodoksnih sekta i religijskih udruga, propisana je u slučaju kršenja raznovrsnih carskih odredbi građanskog i upravnog karaktera). Što se tiče vanjskih kaznenopravnih obilježja, valja kazati da se deportacija, kao isključivo trajna kazna, nastavila izvršavati na udaljenim otocima, a da je konfiskacija cjelokupne imovine bila uobičajena pravna posljedica osude, s tendencijom carskog ustupanja dijela imovine (najčešće polovine) djeci ili srodnicima osuđenoga. Premda u cjelokupnom carskom zakonodavstvu postoji samo jedna konstitucija (Honorija i Teodozije II. iz 409.g., v. *Cod. Theod.* 9,32,1 = *Cod. Iust.* 9,38,1) koja naglašava da će deportacija značiti nemogućnost ponovnog stjecanja građanskog statusa ili časti ili imovine, smatra se da je ta kazna proizvodila *amissio civitatis*; v. F. von Holtzendorff, *Die Deportationsstrafe im römischen Altertum*, Aalen, 1975 (repr. I. izd., Leipzig, 1859), str. 140-7; P. Kleinfeller, s. v. *Deportatio in insulam*, RE, bd. V, Stuttgart, 1905, str. 232; Brasiello, *La repressione*, str. 469-71; Dupont, *Le droit, Les peines*, str. 45-9; Jaramaz-Reskušić, *Kaznenopravni*, str. 545-9. Težinu *deportatio in insulam* jasno potvrđuje i promatrana Majorijanova novela: naime, bilo koja osoba mogla je nekažnjeno usmrtniti deportiranoga koji *orbis nostrae parte fuerit*.

⁶⁹ *Lex Rom. Burg.* 25: *Maritus si adulterum cum uxore invenerit ita, ut in unum sint et ses commisceant, liberum arbitrium habeat, utrumque uno icto (sic) punire, secundum legem novellam Maiorani, quae exinde ad ius vetus cuncta revocavit.* Detaljnije *infra*.

carev povratak na augustovski sustav represije tog kaznenog djela, koji je pritom pooštren kako propisivanjem deportacije kao težeg oblika kazne progonstva tako i proširivanjem granica nekažnjivosti muževa *ius occidendi*. Premda ne spominje smrtnu kaznu, Majorijanova kaznena politika glede preljuba pokazuje se tek neznatnom (i anakronom i antikršćanskom) modifikacijom dotadašnje represije: naime, ako deportacija i jest određeno ublaživanje sudskog, kapitalnog kažnjavanja preljuba, muževu pravo na nekažnjivo ubojstvo obaju sudionika zatečenih prilikom izvršenja djela u svakom slučaju znači smrtnu, premda izvansudsku, kaznu.

Na ovom mjestu potrebno je podsjetiti da su odredbe Augustove *lex Iulia de adulteriis coercendis* koje su se odnosile na *ius occidendi*, posebice one o ograničenju nekažnjivosti muža, već tijekom klasičnog razdoblja bile znatno izmijenjene. Točnije rečeno, granice muževe nekažnjivosti progresivno su se širile sve dok muževu *ius occidendi* nije obuhvatilo, s jedne strane, ubojstvo bilo kojeg muškog sudionika u preljubu, a s druge strane i ubojstvo same supruge preljubnice. Prema Papinijanovu svjedočanstvu (D. 48,5,39/38/,8), prvi korak u tom smjeru učinio je već Antonin Pije (u razdoblju između 138. g. i 160. g.), a slijedili su ga carevi Marko Aurelije i Komod (u razdoblju između 161. g. i 180. g.).⁷⁰ Tako je Pije, jednim reskriptom upućenim Apoloniju, odgodio izvršenje smrtno kazne (*ultimum supplicium*) za muža koji je usmrtio suprugu uhvaćenu u preljubu te uveo blažu kaznu ovisno o njegovu društvenom položaju - za pripadnika skupine *humiliores* dovoljnom je predviđao kaznu doživotnog prisilnog rada (*opus perpetuum*), a za pripadnika skupine *honestiores* kaznu progonstva na otoke (*relegatio in insulam*).⁷¹ Potom su Marko Aurelije i njegov sin Komod, izričito

⁷⁰ Papinijanov fragment iz *lib. trigens. sex. quaestionum*, sadržan u D. 48,5,39/38/,8, glasi: *Imperator Marcus Antoninus et Commodus filius rescripserunt: "Si maritus uxorem in adulterio deprehensam impetu tractus doloris interfecerit, non utique legis Corneliae de sicariis poenam excipiet". Nam et diuus Pius in haec uerba rescripsit Apollonio: "Ei, qui uxorem suam in adulterio deprehensam occidisse se non negat, ultimum supplicium remitti potest, cum sit difficillimum iustum dolorem temperare et quia plus fecerit, quam quia uindicare se non debuerit, puniendus sit. Sufficiet igitur, si humilis loci sit, in opus perpetuum eum tradi, si qui honestior, in insulam relegari".*

⁷¹ Glede kažnjavanja predviđenog, vjerojatno istim, reskriptom Antonina Pija, treba spomenuti donekle različito Marcijanovo svjedočanstvo (iz *lib. quart. decim. instit.*) sadržano u D. 48,8,1,5: *Sed et in eum, qui uxorem deprehensam in adulterio occidit, diuus Pius leuiorem poenam irrogandam esse scripsit, et humiliore loco positum in exilium perpetuum dari iussit, in aliqua dignitate positum ad tempus relegari.* Unatoč primjeni atehničkog izraza *exilium*, Marcijan, za razliku od Papinijana, svjedoči o kazni relegacije na otok, razlikujući pritom

isključivši primjenu *poenae legis Corneliae de sicariis et veneficis*, potvrdili to pravilo,⁷² a jednim kasnijim reskriptom utvrdili kako muž koji bi ubio ljubavnika svoje supruge preljubnice, a da pritom nisu bili ispunjene pretpostavke predviđene Augustovom *lex Iulia* glede vremena, mjesta i društvene pripadnosti ubijenoga, treba dobiti blažu kaznu od one zakonom (kornelijanskim) propisane za kazneno djelo ubojstva.⁷³ Takvo ublaživanje kazne opravdava se uvredom odnosno nesnošljivom boli nanesenom prevarenom mužu te izričito naglašava da *njega treba kazniti zato što je učinio više* (nego što je trebao, nap. aut.), *a ne zbog*

kaznu koja je za pripadnike nižih društvenih skupina bila određena trajno od one koja je za pripadnike viših društvenih skupina bila određena privremeno (u trajanju od šest mjeseci do 10 godina, v. Jaramaz-Reskušić, *Kaznenopravni*, str. 374). Stoga bismo, imajući u vidu rezultate romanističkih istraživanja kasnoklasičnog kaznenog prava, mogli konstatirati da je socijalno diferencirani sustav dualnog kažnjavanja jače izražen u Papinijanovu svjedočanstvu: *damnatio in opus publicum* kao kazna prisilnog obavljanja javnih radova - u Kalistratovu *gradus poenarum* smještena neposredno nakon *summum supplicium* (v. D. 48,19,28,14) - popraćena okivanjem te umanjnjem osuđenikove *existimatio* (bez rizika za njegov *caput*) određuje se za *humiliores*, a relegacija kao blaži oblik kazne progonstva (ne povlači gubitak rimskog građanstva ni gubitak imovine) za *honestiores*; usp. Brasiello, *La repressione*, str. 277-81, 307, 323, 366 i 472-3 (o postklasičnom približavanju *deportatio* i *opus publicum*); Garnsey, *Social*, str. 111-7, 131-6, 160-1, 175; R. Rilinger, *Humiliores-Honestiores. Zur einer sozialen Dichotomie im Strafrecht der römischen Kaiserzeit*, München, str. 187-206; Jaramaz-Reskušić, *op cit.*, str. 298-303, 353-65, 372-9.

⁷² Glede djelomično sačuvanog teksta Sulinog zakona (*lex Cornelia de sicariis et veneficis*) iz 81.g.pr.n.e. v. Cic. *Pro A. Cluentio Habito* 54,148; *Coll.* 1,3,1 (Ulp.); glede smrtne kazne kao kaznene mjere predviđene tim zakonom v. Just. *Inst.* 4,18,5; usp. J. L. Strachan-Davidson, *Problems of the Roman Criminal Law*, vol. II, Colorado, 1991. (repr. I. izd. iz 1912), str. 23-5, 38-9, 51-74; E. Levy, *Die römische Kapitalstrafe*, Heidelberg, 1931, str. 14-42; A. H. M. Jones, *The Criminal Court of the Roman Republic and Principate*, Oxford, 1972, str. 73-4; Beaucamp, *Le statut*, str. 142-3; B. Santalucia, *Studi di diritto penale romano*, Roma, 1994, str. 238-9; Jaramaz-Reskušić, *Kaznenopravni*, str. 153-9; *contra* v. Gai. *Inst.* 1,128; D. 48,8,3,5 (Marc.); 48,10,3 (Mod.); *Coll.* 12,5,1 (Ulp.); Paul. *Sent.* 4,7,1; 5,12,1; usp. Mommsen, *Röm. Strafrecht*, str. 201, 941, 966 i dalje; E. L. Grasmück, *Exilium. Untersuchungen zur Verbannung in der Antike*, Paderborn-München-Wien-Zürich, 1978, str. 103-9; 146-8; Pugliese, *Diritto*, str. 288-9, 294-5, 299-300; Rilinger, *Humiliores*, str. 47-51, 202-6; R. A. Bauman, *Crime and Punishment in Ancient Rome*, London-New York, 1996, str. 26-9, 34.

⁷³ *Coll.* 4,3,6 (Paul. *lib. sing. de adult.*): *Sciendum est autem divum Marcum et Commodum rescripsisse eum qui adulterum inlicite interfecerit, levioere poena puniri. Sed et Magnus Antoninus pepercit, si qui(s) adulteros inconsulto calore ducti interfecerunt. Et reliqua.*

toga što se nije trebao osvetiti. Nadalje, Aleksandar Sever, konstitucijom donesenom između 213. g. i 223. g., propisuje da egzil mora biti kazna za muža koji bi noću te shrvan opravdanom boli, premda neovlašteno odnosno u nedostatku pretpostavki predviđenih Augustovim zakonom, počinio ubojstvo muškog sudionika u preljubu.⁷⁴ Konačno, Majorijan je u 5. st. - kao što smo vidjeli - mužu dopustio nekažnjivo ubojstvo obaju sudionika zatečenih prilikom izvršenja kaznenog djela preljuba.⁷⁵ U tom svjetlu krajnjeg proširenja nekažnjivosti muževa *ius occidendi* mogli bismo spomenuti i odlomak iz *Lex Romana Visigothorum* koji je preradba odlomka Paulovih *Sententiae* (2,26,7).⁷⁶ Naime, u *Lex Romana Visigothorum* više se ne tvrdi da muž - kao u Paulovim Sentencijama - smije nekažnjeno ubiti preljubnika kojega je zatekao u svojoj kući, već da smije nekažnjeno ubiti suprugu preljubnicu uhvaćenu u svojoj kući zajedno s preljubnikom, pri čemu se smatra vjerojatnim da takva verzija Paulova odlomka odražava ne toliko germansku tradiciju, koja je prevarenom mužu davala pravo na ubojstvo obaju sudionika u preljubu, koliko rimsko izmijenjeno shvaćanje (dakako, i praksu) prema kojemu je homicidna reakcija muža opravdana i kad se protegne na suprugu preljubnicu zatečenu *in flagranti*.⁷⁷

II. 2. U Justinijanovoj kodifikaciji nalazimo svojevrsan dualizam glede represije kaznenog djela preljuba. Naime, *Digesta* (48,5) sadržavaju opsežne komentare klasičnih pravnika o kaznenim odredbama Augustove *lex Iulia de adulteriis coercendis* iz kojih proizlazi, s jedne strane fiksna zakonska kazna (*poena*

⁷⁴ Cjelovit tekst Severove konstitucije, sadržane u *Cod. Iust.* 9,9,4, glasi: *Gracchus, quem Numerius in adulterio noctu deprehensum interfecit, si ejus conditionis fuit, ut per legem Juliam impune occidi potuerit: quod legitime factum est, nullam poenam meretur. Idemque filiis ejus, qui patri paruerunt, praestandum est. Sed si legis auctoritate cessante, inconsulto dolore adulterum interemit, quamvis homicidium perpetratum sit, tamen quia et nox, et dolor justu factum ejus relevant, potest in exilium dari.*

⁷⁵ V. *supra*.

⁷⁶ Odlomak *Lex Romana Visigothorum* 3,4,4 glasi: *Inventam in adulterio uxorem maritus ita demum occidere potest, si adulterum domi suae deprehendat.* Paulov odlomak sadržan u *Sententiae* 2,26,7 glasi: *Inventa in adulterio uxore maritus ita demum adulterum occidere potest, si eum domi suae deprehendat.*; usp. gotovo neizmijenjenu verziju tog odlomka sadržanu u *Coll.* 4,12,6: *Inventa in adulterio uxore maritus ita demum adulterum occidere potest, si eum domi suae deprehenderit.*

⁷⁷ V. A. D'Ors, *El Código de Eurico*, Cuaderno de Instituto Jurídico Español, 12, Roma-Madrid, 1960, str. 144-5; E. Cantarella, *Adulterio, omicidio legittimo e causa d'onore in diritto romano*, u: *Studi in onore di Gaetano Scherillo*, I, Milano, 1972, str. 259-60; Panero, *Ius occidendi*, str. 114-5.

adulterii) nekapitalnog karaktera popraćena teškim građanskopravnim posljedicama, posebice za osuđenu preljubnicu, a s druge strane pravo paterfamilijasa i muža na nekažnjivo ubojstvo preljubnice i (odnosno) sudionika zatečenih prilikom izvršenja kaznenog djela preljuba (*ius occidendi*).⁷⁸ Justinijanov Kodeks (9,9), međutim, odražava novi režim preljuba koji je carskim konstitucijama bio utemeljen na *accusatio adulterii*, ali podignut na razinu kapitalnog kaznenog djela zaprijećenog smrtnom kaznom.⁷⁹

Konačnu regulaciju represije preljuba postavio je Justinijan Novelom 134,10 iz 556. godine. Premda u prvoj rečenici tog zakona izrijekom potvrđuje kako preuzima konstantinovsku (najvjerojatnije smrtnu) kaznu u slučaju pouzdano dokazanog preljuba - *Si quando vero adulterii crimen probetur; iubemus illas poenas peccantibus inferri, quas Constantinus divae memoriae disposuit ...*, Justinijan potom precizno razlikuje kaznenopravni položaj muškog i ženskog sudionika u izvršenju djela te značajno reformira dotadašnju represiju kaznenog djela preljuba. Naime, propisujući način podjele cjelokupne imovine muškog sudionika u preljubu za slučaj njegove osude - supruzi bi pripao miraz (*dos*) i predbračni darovi (*donationes ante nuptias*), a njegova preostala imovina pripala bi precima ili potomcima do trećeg stupnja srodstva odnosno fisku ako ne bi postojali spomenuti srodnici - Justinijan nedvojbenim pretpostavlja izricanje presude na smrtnu kaznu. Propisujući potom - *Adulteram vero mulierem competentibus vulneribus subactam, in monasterium mitti ...*, Justinijan ženu preljubnicu oslobađa podložnosti smrtnoj kazni te određuje zatvaranje u samostan⁸⁰ popraćeno imovinskim sankcijama. Pritom on donosi još jednu značajnu novost:

⁷⁸ O tome detaljnije v. Jaramaz Reskušić, *Lex Iulia*, str. 694-710; glede pravnih posljedica koje prate osuđenu preljubnicu posebice v. Biondi, *La poena*, str. 66-7, 95; M. Kaser, *Infamia und ignominia in den römischen Rechtsquellen*, ZSS, 73/1956, str. 241-2, 261-2; Gorla, *Studi sul matrimonio*, str. 26 i bilj. 24, str. 146, bilj. 151; Beaucamp, *Le statut*, str. 45, 165, 205 i bilj. 27

⁷⁹ V. *supra*. U tom smislu treba spomenuti i napore sastavljača Kodeksa koji su interpolacijama - posebice vidljivim u *Cod. Iust.* 2,4,18 (v. *supra*) i 9,9,9 (konstitucija A. Severa iz 224.g. koja govori o zabrani sklapanja braka s preljubnicom *ako je na bilo koji način izbjegla kapitalnu kaznu*) - smrtnu kaznu kao sankciju novijeg datuma prilagodili nekapitalnim sankcijama predviđenim augustovskom *lex Iulia*; glede tih interpolacija v. Esmein, *Le délit*, str. 111-2; Biondi, *La poena*, str. 93-5; *contra*, Garnsey, *Social*, str. 111, bilj. 3; R. A. Bauman, *The leges iudiciorum publicorum and their Interpretation in the Republic, Principate and Later Empire*, ANRW, II 13/1980, str. 191 i bilj. 191.

⁸⁰ V. također Just. Nov. 134,12 - ... *et mulierem castigatam et detonsam monasterio immitti iubemus et ibi manere in omne tempus propriae vitae*. - koja se odnosi na slučaj preljubnice koja nije

mužu, naime, ostavlja mogućnost da osuđenicu u roku od dvije godine, bez ikakvih opasnosti, uzme natrag te s njom nastavi valjanu bračnu zajednicu.⁸¹ Ako propisani rok neuspješno protekne - muž ženi preljubnici na taj način ne oprosti ili umre prije isteka tog roka, zatočeništvo postaje doživotnim, a osuđena preljubnica biva ne samo ošišana do gola i odjevena u monaško ruho već i svedena na pravni položaj redovnice.⁸² Na kraju, Justinijan detaljno opisuje način na koji zatočena preljubnica gubi pravo upravljanja svojom dotadašnjom imovinom: naime, ta se imovina dijeli, na točno određene dijelove, između potomaka ili predaka, s jedne strane, i samostana u koji bi bila zatočena, s druge. Pritom bi potomcima, prema zakonskom redu nasljeđivanja, pripalo

osuđena, već se nalazi u braku ili konkubinatu s muškarcem koji je bio optužen kao njezin sudionik u preljubu; usp. *supra*. Osim u spomenutim slučajevima, Justinijan je zatvaranje u samostan propisao i za ženu koja bez opravdanog pravnog razloga otpusti muža (Nov. 117,13/542.g./; 127,4/545.g./; 134,11/556.g./), zatim za preventivno čuvanje žene optužene zbog teških kaznenih djela (Nov. 134,9/556.g./) kao i za svećenika koji bi se nakon izricanja kazne progonstva vratio u grad (Nov. 123,11,2/546.g./).

⁸¹ O tome detaljnije *supra*. Zakonskom mogućnošću danom mužu - vjerojatno pod utjecajem kršćanske doktrine koja ni u slučaju doživotnog zatočenja nije dopuštala raskid braka (shvaćenog i kao *remedium concupiscentiae*), a time ni spolne odnose s drugim osobama - da nakon dvije godine oživi bračnu zajednicu te spriječi eventualnu inkontinenciju, dodatno je pojačan specijalnopreventivni učinak koji je Justinijan - nadahnut kanonskim presecanima o uporabi *detrusio in monasterio* kao kazne za crkvene dostojanstvenike i klerike koji bi počinili teška kaznena djela sankcionirana svjetovnim pravom (*Concil. Epaonense / 517.g.: can. 22; Concil. Aurelianense / 538.g.: can. 10; Grat. Decr. 81, cap. 11*) - namijenio preljubničinu zatvaranju u samostan; usp. Ferrini, *Diritto*, str. 699; Corsanego, *La repressione*, str. 38-40.

⁸² Ta specifična odredba - za osuđenu preljubnicu značila je obvezu postati redovnicom, prihvatiti zavjet vječne čistoće i pokoru - diktirana je potrebom zakonodavca da onemogući napuštanje samostana (pa čak i radi prelaska u neki drugi) te eventualno preživljavanje obavljanjem moralno osuđujućih zanimanja (npr. prostitucija). Stoga je svaki spolni odnos osuđene preljubnice (počinjen u braku ili u konkubinatu), koja bi uspjela izbjeći klauzuru, bio podložan kako svjetovnim tako i crkvenim kaznama - prijetilo joj se trenutačnim zatvaranjem, *manu militari*, u samostan sa strožom disciplinom, a njezin brak proglašavao se ništavnim; usp. Kaser, *Das römische*, II, str. 122, bilj. 29; E. Volterra, *Istituzioni di diritto romano*, Roma, 1961, str. 658; F. Goria, *La Nov. 134,10; 12 di Giustiniano e l'assunzione coattiva del abito monastico*, u: Studi in onore di Giuseppe Grosso, t. 6, Torino, 1974, str. 57-73; isti, *Studi sul matrimonio*, str. 38-47; *contra*, Bonfante, *Corso*, I, str. 357; V. Bandini, *Appunti in tema di reato di adulterio*, u: Studi Ratti, Milano, 1934, str. 505; za ostale v. Goria, *La Nov. 134,10*, str. 58 i bilj. 4.

dvije trećine njezine imovine, a ostatak samostanu; ako nema potomaka, precima bi pripale četiri dvanaestine imovine, a ostatak samostanu. Tek ako ne postoje ni potomci ni preci, cjelokupna bi imovina osuđene preljubnice - nakon namirenja muževih tražbina iz dotalnih pakata - pripala samostanu u kojemu bi bila doživotno zatočena.⁸³ Na temelju izloženog jasno je da se u šestom stoljeću smrtna kazna primjenjivala još samo na muškarca kojemu je pouzdano dokazano sudioništvo prilikom izvršenja kaznenog djela preljuba. Ženi preljubnici izricala se blaža kaznena mjera - zatvaranje u samostan, a pritom je zakonska mogućnost prema kojoj muž supruzi može oprostiti preljub tu sasvim novu i specifičnu kaznenu mjeru, nedvojbeno povezanu sa zakonodavčevom politikom zaštite brakova nadahnutom kršćanskim svjetonazorom, svodila na jednostavno dvogodišnje (ekspijatorno) udaljivanje (iz svijeta i aktivnog života) uz zabranu udaje za nekog drugog muškarca, gotovo poput augustovske *relegatio in insulam* popraćene brojnim građanskopravnim nesposobnostima.

Položaj muškog sudionika u preljubu posebice je otežan zbog činjenice što je Justinijan povrijeđenom mužu (ne i ocu) ipak dopustio, premda u iznimnim okolnostima, pravo na nekažnjivo ubojstvo (*ius occidendi*).⁸⁴ Naime, car je, 542.

⁸³ O imovinskopravnim posljedicama osude za preljub *ex suspicione* v. Nov. 117,8,2; usp. *supra*.

⁸⁴ U zakonima cara Justinijana ne postoji nijedan podatak o očevu *ius occidendi* kćeri preljubnice. Premda M. A. De Dominicis (*Punti di vista vecchi e nuovi in tema di fonti postclassiche /Occidente ed Oriente/*, u: Studi in onore di Biondo Biondi, t. 2, Milano, 1965, str. 640 i bilj. 39), pozivajući se na Nov. 99, tvrdi da je Justinijan negirao to očevo pravo, neriješenim ostaju kontradikcije koje unutar ostalog dijela kodifikacije postoje između paterova *ius vitae et necis* nad djecom i njegova *ius occidendi* nad kćeri preljubnicom. Budući da nedvojbenim nije moguće definirati *potestas vitae et necis* kao apsolutnu vlast koja obuhvaća i očevo pravo da nekažnjeno ubije kćer preljubnicu i njezina ljubavnika, činjenica da se u Konstantinovoj konstituciji iz 323.g. (v. *Cod. Iust.* 8,47,10; usp. *Cod. Theod.* 4,8,6pr.) govori o očevima *kojima je nekada pripadala vlast nad životom i smrću njihove djece*, pa čak ni činjenica da su carevi Valentinijan I. i Valens 365.g. ukinuli to pravo te kažnjavanje djece u slučaju *teških pogrešaka* prepustili redovitim sudovima (v. *Cod. Iust.* 9,15,1), ne pružaju dokaze o ukidanju očeva *ius occidendi* u slučaju kćerina preljuba (kako misli Biondi, *La poena*, str. 69-70), već omogućuju pretpostavku kako je paralelno sa slabljenjem te konačnim ukidanjem *ius vitae et necis* postupno odumiralo i očevo pravo nekažnjivog ubojstva kćeri preljubnice (i njezina ljubavnika); usp. M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, 1, München, 1971, str. 342; P. Voci, *Storia della patria potestas da Augusto a Diocleziano*, IURA, 31/1980, str. 37-100, posebice str. 72-4; isti, *La patria potestas da Costantino a Giustiniano*, u:

godine, Novelom 117,15pr. priznao pravo da muž, koji pošalje osobi koju *sumnjiči da želi upropastiti čistoću njegove supruge* tri pismena upozorenja (*παράγγελία/contestationes* ili *denuntiationes*)⁸⁵ popraćena vjerodostojnim svjedočanstvima triju uglednih muškaraca, vlastoručno i bez opasnosti od kaznenog gonjenja usmrti takvu osobu ako je zatekne sa svojom suprugom, i to u svojoj kući ili u kući supruge ili preljubnika ili u krčmi ili na bilo kojem mjestu u predgrađu. Iako tekst zakona ne precizira da je preljubnike nužno zateći u samom činu preljuba (*in flagranti*) - dovoljno je da ih se nakon triju pismenih upozorenja zatekne zajedno, činjenica da su se uzimala u obzir samo spomenuta mjesta na kojima je kazneno djela preljuba vjerojatno bilo najlakše počinuti, pokazuje da je Justinijan regulirajući *ius occidendi* polazio od pretpostavke da je djelo počinjeno odnosno da sve upućuje na to da će biti počinjeno. Sukladno tome, i uvjet prethodno poslanih triju upozorenja postavljen je s ciljem odvrćanja od eventualnog izvršenja kaznenog djela: pretpostavljenom ljubavniku daje se, naime, do znanja da muž sumnja u njega te da se mora udaljiti od njegove supruge pod prijetnjom da će ga prilikom četvrtog susreta s njom automatski smatrati preljubnikom kojeg može nekažnjeno usmrtiti.⁸⁶ Na kraju valja kazati da, premda zakonski propisi o kaznenom djelu otmice (posebice udane žene) dokazuju da je za samog Justinijana privatna osveta

Studi di diritto romano, t. 2, Padova, 1985, str. 465-543; Y. Thomas, *Vitae necisque potestas. Le père, la cité, la mort*, u: *Du châtement dans la cité. Supplices corporels et peine du mort dans le monde antique*, Paris, 1984, str. 499-502, 521, 532-40.

⁸⁵ Glede smisla *παράγγελία* koji se najbolje može usporediti s *denuntiationes*, usp. Teofilovu parafrazu Justinijanovih *Institutiones* (3,12,1) u kojoj se taj termin rabi za oznaku priopćenja koje gospodar treba poslati ženi koja živi u zajednici s njegovim robom; v. M. Kaser, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1966, str. 374; Beaucamp, *Le statut*, 144 i bilj. 34, str. 187 i bilj. 20. Glede sadržaja triju *παράγγελία*, treba kazati da je on preciziran tek u kasnijim sažecima Justinijanove Nov. 117,15: prema Atanasijevu komentaru, riječ je o upozorenjima koja se odnose na činjenicu *da ju je on sreo* (v. *Athan. Comm.*, str. 130), a prema *Epitome Iuliani* (*cap.* 108), riječ je o upozorenjima *da se ne smije susretati s njegovom suprugom*.

⁸⁶ Za razliku od autora (Biondi, *La poena*, str. 74; Cantarella, *Adulterio*, str. 262-3) koji drže da je za ostvarenje muževa *ius occidendi* bilo potrebno da preljubnici budu uhvaćeni prilikom izvršenja preljuba, mislimo da čak i nastavak Nov. 117,15 - regulira pravila sudskog gonjenja u slučaju kad muž zatekne osumnjičenog u razgovoru s njegovom suprugom na nekom drugom mjestu ili u crkvi (v. *supra*) - potvrđuje da flagrantnost kaznenog djela nije bila nužna pretpostavka za ostvarenje tog prava; usp. Esmein, *Le délit*, str. 167-8; G. F. Falchi, *Diritto penale romano*, vol. II, Padova, 1932, str. 108 bilj. 1; Beaucamp, *Le statut*, str. 144-5.

dopuštena, pa čak i poželjna, metoda učinkovitog i brzog kažnjavanja,⁸⁷ Nov. 117,15pr. predstavlja sasvim novu, ograničavajuću regulativu privatne osвете u slučaju kaznenog djela preljuba, regulativu koja nije ukinula, već oslabila praktičnu primjenu odredbi o *ius occidendi* koje su glede flagrantnog preljuba bile sadržane u ostalim dijelovima kodifikacije.⁸⁸

Na temelju iznesenog možemo zaključiti da je represija kaznenog djela preljuba sankcionirana u Justinijanovim Novelama, za razliku od one koja je od Konstantina pa sve do justinijanske kompilacije lavirala između zakonodavčeve težnje za strogim kažnjavanjem tog morskog čina i težnje za očuvanjem brakova, krenula sasvim novim i jasno određenim putem: maksimalna učinkovitost zaštite integriteta i stabilnosti brakova osigurava se, s jedne strane, ublaživanjem i inoviranjem kažnjavanja žene preljubnice, a s druge strane modifi-

⁸⁷ V. *Cod. Iust.* 9,13,1 (528.g.); usp. *Just. Inst.* 4,18,8; *Cod. Iust.* 1,3,54 (533.g.); *Just. Nov.* 143pr. (563.g.). Ukinući relevantne odredbe Augustove *lex Iulia de adulteriis coercendis* te kasnijih carskih konstitucija, Justinijan je prilikom precizne regulacije kaznenog djela otmice (*rapina*) djevojaka, udovica i posvećenica bogu konstitucijom iz 528.g. uspostavio mješoviti sustav - javnog i privatnog odnosno sudskog i izvansudskog - kažnjavanja. Najprije je propisao smrtnu kaznu uz konfiskaciju cjelokupne imovine (bilo u korist otete odnosno njezine obitelji bilo u korist samostana kojemu bi oteta pripadala), kako za glavnog počinitelja tako i za bilo kojeg sudionika u izvršenju tog djela (bez obzira na oblik i intenzitet sudioništva, društvenu pripadnost i spol). Osim tako propisanih javnih kazni koje su trebale biti dosuđene u redovitom sudskom postupku, Justinijan je u pogledu otmičara (slobodnorodenih djevojaka ili udovica ili žena bilo kojeg staleža, a posebice zaručnica) i njihovih pomagača zatečenih na djelu dopustio - radi ostvarenja izričito proklamiranog zahtjeva za generalnom prevencijom - mogućnost njihova nekažnjenog ubojstva počinjenog od roditelja ili srodnika ili tutora ili kuratora ili patrona otete. Na temelju činjenice da je u slučaju otmice slobodnih žena naglasio kako se radilo o dvostrukom zlodjelu (*tam adulterii quam rapinae*) te da preljub treba strože (*acerbius*) kazniti, Bonini (*Ricerche*, str. 173 bilj. 13) zaključuje - smatramo pomalo ishitreno - da se u to doba *ius occidendi* nije primjenjivao na kazneno djelo preljuba; *contra* Beaucamp, *Le statut*, str. 115-8, 121, 143-4 i bilj. 33.

⁸⁸ Što se tiče očeva *ius occidendi*, v. *supra*, bilj. 84. Što se tiče muževa *ius occidendi*, znakovitim smatramo Teodorove komentare uz *Cod. Iust.* 9,9,4 - u jednom kaže da ubojstvo preljubnika zatečenog noću mogu počinuti i djeca (sholija br. 2 uz *Bas.* 28,7,7), a u drugom pojašnjava da ono što je rečeno u toj Aleksandrovoj konstituciji treba shvatiti u značenju da je preljubnik zatečen, nakon što je primio tri pismena upozorenja, na jednom od mjesta predviđenih Nov. 117 (sholija br. 1 uz *Bas.* 60,37,47) - iz kojih se vidi njegovo mišljenje da pravo uvedeno Novelom 117,15pr. ne ukida (ali supsumira) postojeće pravo nekažnjivog ubojstva u slučaju flagrantnog preljuba.

ciranjem augustovskog mješovitog sustava - javnog, sudskog i privatnog, izvan-sudskog - kažnjavanja muškog sudionika preljuba. Dok ženi prijete kaznena mjera doživotnog zatočenja u samostanu (uz mogućnost muževa oprosta), muškarcu prijete ne samo zakonom propisana smrtna kazna već i zakonom priznato pravo povrijeđenog muža da preljubnika nekažnjeno usmrti.

ZAKLJUČAK

Analiza relevantnih carskih konstitucija pokazuje da su promjene provedene, u razdoblju od Konstantina do Justinijana, kako glede prava na optužbu za preljub tako i glede sankcije propisane za njegove počinitelje, dovele do ukidanja Augustova odnosno klasičnog kaznenopravnog režima preljuba te iznjedrile jedan sasvim nov, pomalo ambivalentan režim - obilježava ga, s jedne strane, naglašena akuzatorna aktivnost povrijeđenog muža, a s druge strane kazna smrti na specifičan način ublažena u korist žene - u krajnjoj liniji usmjeren zaštiti integriteta i stabilnosti braka.

Polazeći od augustovskog odnosno klasičnog određenja pravne prirode i sadržaja preljuba kao javnog kaznenog djela koje obuhvaća svaki izvanbračni spolni odnos udane žene, Konstantin uvodi znatne inovacije. Motiviran težnjom prema očuvanju integriteta i stabilnosti valjanih rimskih brakova (*matrimonia iusta*), car je konstitucijom iz 326.g. muža proglasio *glavnim osvetnikom bračne postelje*. Sukladno tome, car je u slučaju flagrantnog preljuba povrijeđenom mužu (ne više i ocu preljubnice) dodijelio pravo na glavnu optužbu za preljub (*accusatio adulterii iure mariti*), ograničavajući pritom pravo podizanja supsidijarne optužbe (*accusatio adulterii*) na uski krug najbližih srodnika preljubnice (*proximis necessariisquae personis*), kojima je nekažnjiv odustanak od gonjenja uvjetovao nužnošću ishoda formalne *abolitio*. Konstantin je, međutim, otišao i korak dalje te je prvi put u rimsko kazneno pravo uveo optužbu *ex suspicione*, dodjeljujući mužu privilegirano pravo da, u slučaju sumnje u izvršenje kaznenog djela preljuba, optuži suprugu oslobođen ne samo obveze podnošenja pismene i argumentirane optužbe (*vinculum inscriptionis*) te odgovornosti za klevetu (*calumnia*) u slučaju procesnog neuspjeha već i postojeće zakonske obveze na prethodni razvod braka (*divortium*). Pet godina poslije, Konstantin je regulacijom opravdanih brakorazvodnih razloga nastojao dodatno motivirati akuzatornu aktivnost povrijeđenog muža, kao pretpostavljeno najzainteresiranijeg gonitelja ženina preljuba. Uvjetujući muževo pravo na jednostrani raskid braka (*repudium*

ex iusta causa) sudskim proglašenjem žene krivnje za preljub, car je povrijeđenom mužu dodijelio pravo da, u slučaju procesnog uspjeha glede optužbe za preljub, zadrži cjelokupni ženin miraz (*dos*) te da izbjegne opasnost od imovinskih sankcija propisanih za slučaj sklapanja novog braka.

Tim kapitalnim promjenama augustovskog režima *accusatio adulterii* Konstantin je - najvjerojatnije prije 313.g. - dodao još jednu: nametnuo je, naime, smrtnu kaznu dekapitacije mačem (*gladio puniri*) počiniteljima pouzdano dokazanog kaznenog djela preljuba, ukinuvši tako zakonsku kaznu - djelomična konfiskacija imovine (*publicatio bonorum*) popraćena progonstvom na različite otoke (*relegatio in insulam*) - propisanu s *lex Iulia de adulteriis coercendis* (18/17.g.pr.n.e.) te primijenjivanu tijekom klasičnog razdoblja. Krajnjim pooštrenjem zakonskog kažnjavanja preljuba, kao odrazom potrebe za retributivnom pravdom apsorbiranom u funkciji preventivnog zastrašivanja, Konstantin je nastojao osigurati maksimalnu učinkovitost ne samo muževoj akuzatornoj aktivnosti već i represiji djela koje je bilo najveći izazov bračnoj (pa i društvenoj) stabilnosti.

Reforme klasičnopravnog režima preljuba koje je započeo prvi kršćanski car, a kasniji carevi neznatno upotpunili zastrašivačko-disvazivnim povećanjem okrutnosti te egzemplarnošću javnog izvršenja represivnih mjera, Justinijan je konačno oblikovao, modificirajući pritom metode ostvarenja njihova cilja. Na procesnom planu, Justinijan je Novelom 117 (542.g.) definitivno utvrdio načelo neraskidivosti bračne veze tijekom vođenja sudskog postupka za kazneno djelo preljuba, ali je podizanje *accusatio adulterii* protiv žene preljubnice - sada opterećeno ne samo obvezom poduzimanja svih formalnopravnih radnji glede *inscriptio* već i opasnošću od kazne za klevetu kao i od imovinskih gubitaka u slučaju njezine neutemeljenosti - prepustio muževu slobodnom odabiru, jednako kao i naknadno (Nov. 134. iz 556.g.) mu dodijeljeno pravo da joj - bez opasnosti od optužbe za svodništvo (*lenocinium*) - nakon dvije godine od osude za preljub oprosti te s njom nastavi valjanu bračnu zajednicu. Sukladno svojoj namjeri da brakove učini što je moguće stabilnijima, Justinijan je i muževo privilegirano pravo na *accusatio adulterii ex suspicione* ograničio nužnošću triju pismenih (i trima svjedočanstvima potvrđenih) upozorenja prethodno odaslanih pretpostavljenom sudioniku ženina preljuba, propisujući, pak, da će činjenica zajedničkog života preljubnika kojih krivnja ne bi bila utvrđena, u novom (ekspeditivnom) postupku biti dovoljnim dokazom za osudu ustrajnog preljubničkog ponašanja.

Na planu kažnjavanja preljuba, Justinijan je spomenutom Nov. 134 postavio novu, spolno distingviranu i kazneno individualiziranu, regulaciju: precizno razlikujući kaznenopravni položaj muškog i ženskog sudionika preljuba, car je

potvrdio konstantinovsku smrtnu kaznu mačem za muškarca, a uveo zatvaranje u samostan (popraćeno gubitkom cjelokupne imovine) kao sasvim nov oblik kažnjavanja ekspijatorno-emendacijskog karaktera za ženu preljubnicu. Propisivanjem vremenski ograničene mogućnosti muževa oprosta kao dodatnog elementa ublaživanja kazne u korist osuđene preljubnice, s jedne strane, a oživljavanjem muževa prava na nekažnjivo (vlastoručno) ubojstvo sudionika zatečenog na mjestima najprikladnijim za izvršenje preljuba kao izvansudskog elementa pooštrenja njegova kažnjavanja, s druge, Justinijan je pokazao da istančanom kaznenom politikom glede preljuba - utemeljenom na generalnoj prevenciji koja, uz retributivno-osvetničke tragove, supsumira funkciju odvracanja i popravljivanja počinitelja - nastoji postići maksimalnu zaštitu bračnih odnosa i javnog morala.

Summary

Ivana Jaramaz Reskušić*

CRIMEN ADULTERII - POSTCLASSICAL INNOVATIONS

On the basis of the analysis of the relevant emperors' constitutions, the author presents and explains the content and objective of changes which occurred during the period from Constantine until Justinian in relation to the Augustinian, i.e. classical legal regulation of crimen adulterii.

The first part of the paper deals with the changes of the right to take action against the criminal offence of adultery (accusatio adulterii). Starting from Constantine's constitution announced on 25 April 326 as a basic legal source, it is established that the Emperor proclaimed the injured husband as a main protector of marriage (genialis tori vindex), and granted him the right to primary accusation for adultery in the case of his wife's flagrant adultery (accusatio adulterii iure mariti), at the same time restricting the right of making subsidiary accusation (accusatio adulterii) to the narrow circle of the adulteress's close relatives (proximis necessariisquae personis). Constantine even went a step further in his innovativeness and introduced into Roman criminal law for the first time the accusation ex suspicione by granting the husband the privileged right to, in the

* Ivana Jaramaz Reskušić, Ph. D., Assistant Professor, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb

case of the suspicion of committing the criminal offence of adultery, accuse his wife, free from not only the procedural obligation of submitting a written and grounded accusation (*inscriptio*) and responsibility for defamation (*calumnia*) in the case of acquittal, but also the existing legal (Augustinian) obligation to previous divorce (*divortium*). Such penal policy was also confirmed by Constantine five years later, when he, by the constitution announced on an undetermined day in 331, regulated justified reasons for one-sided dissolution of marriage (*repudium ex iusta causa*). Conditioning the husband's right to one-sided dissolution of marriage by his wife's conviction for adultery, the Emperor additionally motivated the accusatory activity of the deceived husband by granting him the right to, in the case of the procedural success of the accusation of adultery, retain the entire wife's dowry and avoid the danger of property sanctions in the case of re-marrying. Furthermore, in this part of the paper some new changes are presented by which Justinian finally completed the initiated reforms and abolished the Augustinian regime *accusatio adulterii*. Thus by Amendment 117 (of 542) he definitely established the rule according to which the accusation of adultery did not dissolve marriage, but the right to take *accusatio adulteri* against the wife-adulteress was left to the husband's free will, the same as the right - granted to him by Amendment 134 (of 556) - to forgive her two years after the conviction for adultery and continue their marital union with her. Emphasizing the need to make marriages as stable as possible, by Amendment 134 Justinian on the one hand conditioned the husband's privileged right to *accusatio ex suspicione* by having to deliver three written (certified by evidence) warnings to the alleged partner in adultery, and on the other hand prescribed that the fact of not convicted adulterers living together would be enough evidence for convicting their continuous adulterous behaviour in new (*expedient*) proceedings.

In the second part, changes in the sphere of repression of the criminal offence of adultery are presented. It is established that Constantine, most probably before the year of 313, introduced the death penalty by decapitation with a sword (*gladio puniri*) for the perpetrators of the definitely proved criminal offence of adultery. Later emperors - prescribing the ancient *poena cullei* or burning at the stake - completed such penal policy by the deterrent-dissuasive increase of cruelty and exemplariness of public execution of the penalty. Taking into account Maiorian's Amendment 9 (of 459), it is established that the extreme severity of legal punishment for adultery was accompanied by the extension of limits of the husband's right to non-punishable murder (*ius occidendi*) of both partners in adultery. The final but completely new - distinguished by sex and individualized by penalty - regulation of punishment was established by Justinian's Amendment 134. By distinguishing the criminal law status of the male and female partners in adultery, the Emperor confirmed the Constantinian death penalty by decapitation with a sword for

the man-adulterer and introduced captivity in a convent (accompanied by the loss of the entire property) for the woman-adulteress as a completely new form of punishment of the expiatory-emendatory character. By prescribing time limits to the possibility of the husband's forgiveness as an additional element of alleviating punishment in favour of the convicted adulteress, on the one hand, and revivification of the husband's right to non-punishable (committed by his own hand) murder of the partner found in the places most appropriate for committing adultery as an extra-judicial element of aggravating his or her punishment, on the other hand, Justinian showed that by the refined penal policy against adultery - based on general prevention which, besides retributive-vindictive traces, subsumed the function of deterring and reforming the perpetrator - endeavoured to achieve maximum protection of marital relations and public morality.

Key words: crimen adulterii, accusatio adulterii, accusatio ex suspicione, ius occidendi, postclassical Roman criminal law, repudium, Constantine, Justinian

Zusammenfassung

Ivana Jaramaz Reskušić**

CRIMEN ADULTERII - POSTKLASSISCHE NEUERUNGEN

Anhand der Analyse relevanter kaiserlicher Konstitutionen werden in dieser Arbeit Inhalt und Ziel der im Zeitraum zwischen Konstantin und Justinian im Vergleich zur augusteischen bzw. klassisch-rechtlichen Regelung des crimen adulterii eingetretenen Änderungen dargestellt und erklärt.

Im ersten Teil der Arbeit werden die Veränderungen beim Recht auf Erhebung der Anklage für die Straftat des Ehebruchs (accusatio adulterii) dargestellt. Ausgehend von der am 25. April 326 verkündeten konstantinischen Konstitution als Hauptrechtsquelle, wird festgestellt, dass der Kaiser den geschädigten Ehemann zum Hauptbeschützer der Ehe (genialis tori vindex) erklärte und ihn im Fall eines flagranten Ehebruchs der Frau mit dem Recht der Hauptanklage für den Ehebruch (accusatio adulterii iure mariti) ausstattete, wobei das Recht der Erhebung einer subsidiären Anklage (accusatio adulterii) auf einen engen Kreis der nächsten Verwandten der Ehebrecherin (proximis necessariisquae

** Dr. Ivana Jaramaz Reskušić, Dozentin an der Juristischen Fakultät in Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb

personis) beschränkt wurde. Konstantin ging in seinen Neuerungen noch einen Schritt weiter und führte erstmals die Anklage *ex suspicione* ins römische Strafrecht ein, indem er dem Ehemann das privilegierte Recht gewährte, bei Verdacht auf den Tatbestand eines Ehebruchs seine Frau zu beschuldigen, ohne zugleich der verfahrensrechtlichen Auflage der Unterbreitung einer schriftlichen und argumentierten Anklage (*inscriptio*), bei Freispruch der Haftbarkeit für Verleumdung (*calumnia*) und der gültigen gesetzlichen (augusteischen) Verpflichtung der vorherigen Ehescheidung (*divortium*) zu unterliegen. Diese strafrechtliche Politik setzte Konstantin auch fünf Jahre später fort, als er mit unbekanntem Datum im Jahr 331 die Rechtfertigungsgründe für eine einseitige Eheauflösung (*repudium ex iusta causa*) festlegte. Dadurch dass das Recht des Ehemannes auf einseitige Ehescheidung von der Verurteilung der Ehefrau wegen Ehebruchs abhing, schuf der Kaiser eine zusätzliche Motivation für die Anklagefreudigkeit des betrogenen Ehemannes, der das Recht hatte, bei erfolgreichem Ausgang der Anklage wegen Ehebruchs ohne Furcht vor vermögensrechtlichen Sanktionen bei einer neuen Eheschließung die gesamte Mitgift der Ehefrau zu behalten. In diesem Teil werden weiterhin die Änderungen dargestellt, durch die Justinian die begonnenen Reformen fortführte und die augusteische Handhabung der *accusatio adulterii* endgültig aufhob. Seine Novelle 117 aus dem Jahr 542 schreibt so abschließend die Regel fest, dass die Anklage wegen Ehebruchs die Ehe nicht auflöst, doch das Recht, die *accusatio adulterii* gegen die ehebrechende Frau zu erheben, der freien Entscheidung des Mannes überlassen bleibt, ebenso wie das Recht, das ihm in der Novelle 134 aus dem Jahre 556 zuteil wurde, nämlich der Ehefrau zwei Jahre nach ihrer Verurteilung als Ehebrecherin zu vergeben und die eheliche Gemeinschaft mit ihr fortzuführen. In seinem Bestreben, der Ehe möglichst viel Stabilität zu verleihen, machte Justinian in seiner Novelle 134 das privilegierte Recht des Ehemannes auf die *accusatio ex suspicione* einerseits davon abhängig, dass dieser dem vermutlichen Ehebruchsbeteiligten zuvor drei schriftliche (und mit Zeugnissen belegte) Warnungen hat zukommen lassen, und schrieb andererseits vor, dass im neuen (*expeditiven*) Verfahren die Tatsache des Zusammenlebens der nicht verurteilten Ehebrecher als ausreichender Beweis für die Verurteilung ihres dauerhaften ehebrecherischen Verhaltens gilt.

Im zweiten Teil der Arbeit werden die Änderungen im Bereich der Repression der Straftat des Ehebruchs dargelegt. Es wird festgestellt, dass Konstantin wahrscheinlich vor 313 die Todesstrafe durch Enthauptung mit dem Schwert (*gladio puniri*) für eindeutig nachgewiesene Täter eines Ehebruchs einführte. Eine solche strafrechtliche Politik vervollständigten die späteren Kaiser durch Erlass der althergebrachten *poena cullei* oder der Verbrennung auf dem Scheiterhaufen mit einer abschreckend-disvasiven Erhöhung der Grausamkeit sowie durch die Beispielhaftigkeit der öffentlich vollzogenen Bestrafung. Bezug nehmend auf die majorianische Novelle 9 aus dem Jahre 459 wird festgestellt,

dass die äußerste verschärfte gesetzliche Ahndung des Ehebruchs einherging mit der Ausdehnung des Rechts des Ehemannes auf straffreie Tötung (ius occidendi) beider Ehebruchsbeteiligter. Die endgültige, aber gänzlich neue -geschlechtsbezogen distinguierte und strafrechtlich individualisierte - Regelung der Bestrafung führte Justinian mit seiner Novelle 134 ein. Der Kaiser differenzierte die strafrechtliche Behandlung des männlichen und des weiblichen Ehebruchsbeteiligten und bestätigte die auf Konstantin zurückgehende Todesstrafe durch das Schwert für den Mann, führte aber für die Frau als völlig neue Form der Bestrafung mit expiatorisch-emendatorischem Charakter die vom Verlust sämtlichen Vermögens begleitete Klosterhaft ein. Durch die Vorschreibung der zeitlich begrenzten Möglichkeit der Vergebung seitens des Ehemannes als zusätzliches Element der Strafmilderung für die verurteilte Ehebrecherin einerseits und durch die Erneuerung des Rechts des Ehemannes auf die ungestrafte (eigenhändige) Tötung der an den für den Vollzug des Ehebruchs geeignetsten Orten angetroffenen Beteiligten als außergerichtliches Element der verschärften Ahndung andererseits zeigte Justinian, dass er durch eine raffinierte Strafpolitik in Bezug auf den Ehebruch, basierend auf einer generellen Prävention, die neben Spuren von Retribution und Rache die Funktion der Abschreckung und der Besserung der Täter subsumiert, den größtmöglichen Schutz für die ehelichen Beziehungen und die öffentliche Moral anstrebte.

Schlüsselwörter: crimen adulterii, accusatio adulterii, accusatio ex suspicione, ius occidendi, postklassisches römisches Strafrecht, repudium, Konstantin, Justinian