

НАМЕРНИ ПОБАЧАЈ И ЧЕДОМОРСТВО У ВИЗАНТИЈСКОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ*

У византијском праву, уништење фетуса и усмрћење одојчета представљају теме које додирују разнолике садржаје.¹ Прва од њих односи се на питање права жене на намерни побачај - гранични случај једног личног права,² као и питање утицаја намерног прекида трудноће на стварање и опстанак брачне заједнице.³ Свест о зачетку као нерођеном

*Чланак садржи део резултата насталих на пројекту бр. 177032 – „Традиција, иновација и идентитет у византијском свету“, који подржава Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

¹ О најопштијим проблемима ове теме, као увод у питања планирања породице и потомства у Византији, полазне информације се могу наћи код М. Н. Congourdeau, “Les variations du désin d’enfant“, *Becoming Byzantine: Children and Childhood in Byzantium* (eds. A. Papaconstantinou, A. M. Talbot), Harvard 2009, 50-56, од 56. стране са акцентом на законодавство о том питању.

² Релативно нова и актуелна тема, везана је за посебан угао посматрања права и друштва, у погледу постојања смисла за одређена људска права у Византији. У том питању истиче се Ј. McGuckin, “The issue of human rights in Byzantium and the Orthodox Christian tradition“, *Christianity and Human Rights: An Introduction* (eds. J. Witte Jr, F. Alexander), Cambridge 2010, 173-190.

³ Византијско брачно право је прошло дугу еволуцију, у којој се однос законодавца према питањима намерног побачаја и чедоморства мењао у складу са променом улива канонског права. Питања која подлежу истраживању те теме, у овој грани права, везана су за групу основа за развод брака и за групу брачних препрека. Установа развода брака у византијском брачном праву подразумевала је постојање законом предвиђених основа за развод. Јустинијан у Новели XXII установљава три до тада непредвиђена основа за развод брака, међу којима се јавља и намерни прекид трудноће супруге. При томе, развод брака настаје као начин заштите интереса супруга, којег је радња супруге ”учинила несрећним и ставила у неизвесан положај у погледу потомства”. Идентичан *ratio legis* виђен је и раније, у римском праву, из којег је очигледно преузета идеја о заштити интереса оца детета, када му се давала коначна одлука о вези са прекидом или наставком женине трудноће. Идеја о заштити очевих интереса, преко санкционисања намерног прекида трудноће у брачном праву, након дисконтинуитета у VIII веку, нашла је упориште у законодавној активности првих Македонаца. Ипак, Јустинијанова Новела XXII изостављена је из Василике. Из тог разлога крајем IX века, Лав Мудри у Новели XXXI озакоњује намерни прекид трудноће као основ за развод брака, под оправдањем заштите интереса оца детета. Ова одредба имаће далекосежни

детету такође није безначајан ни посве теоријски проблем, већ има уплива на одређена правна питања.⁴ Ипак, жариште те тематике је постојање посебног кривичног дела са радњом извршења која обухвата намерни прекид трудноће односно чедоморство.⁵

утицај, па се и у XIV веку налази на њу, цитирану од стране К. Арменопулоса, у Хексабиблосу. Убиство је, такође, у више наврата прописивано као основ за развод брака, али законодавац никада не прецизира елементе кривичног дела убиства у нормама које се баве разводом брака. Што се тиче брачних препрека, византијски законодавац следио је одредбе Константина Великог у начину санкционисања супруга који је скривио развод брака, тако што му је онемогућио легализовања нове животне заједнице. О дOMETИМА и природи намерног прекида трудноће у браку, додатно се сазнаје истраживањем ове појаве. У том смислу, налазимо на особену тенденцију, по којој ни у једном изричитом озакоњеном случају прекида трудноће као основа за развод брака, није последично предвиђена забрана поновног удавања за жену. Посебан третман намерног прекида трудноће, у том питању, сведочи о особеној свести која може бити резултат фреквентности ове радње, али и постојања уског али укорењеног домена личних права у брачним односима у Византији. Вид. изворе: *Codex Theodosianus* (ed. P. Meyer), Hildesheim 2000, 3. 16.1; *Novelae* (eds. R. Schoell, G. Kroll), Berlin 1928, CVII,13; XXII (даље: Јуст. Нов.); *Ecloga - das Gesetzbuch Leons III und Konstantinos' V* (ed. L. Burgmann), Frankfurt am Main 1983, 2.13 (даље: Екл.); *Basilicorum libri 60* (eds. H. J. Scheltema, D. Holwerda, N. van der Wal), Groningen 1953-1988, 28.7 (даље: Вас.); *Les nouvelles de Léon VI le Sage* (eds. P. Noailles, A. Dain), Paris 1944, XXXI (даље: Лав. Нов.); К. Арменоролу, *Procheiron nomos ē Hexabiblos* (ed. K. Pitsakēs), Athēna 1971, 271. (Хексабиблос IV,6); О брачном праву у Византији, веома детаљну литературу представља Ј. Zhishman, *Das Eherecht der orientalischen Kirche*, Wien 1864. У овој студији, Цишман прати међусобан однос канонског и "световног" права, посебно кроз брачне препреке и основе за развод брака. У домаћој литератури скреће се пажња на Н. Милаш, *Православно црквено право: по опћим црквено-правним изворима и посебним законским наредбама које важе у појединим самоуправним црквама*, Бор 1998, у коме аутор до детаља испитује сваку брачну препреку и сваки основ за развод брака. Корисна литература о овом питању је и S. Šarkić, "The concept of marriage in Roman, Byzantine and Serbian Medieval Law", *ZRVI* 41 (2004), 99-103. Аутор рада је посветио брачним препрекама и основама за развод брака поглавље у мастер раду. В. Т. Матовић, *Брак у Византији: личноправни односи*, Београд 2012. (мастер рад), 15-35; 40-46.

⁴ Једно од елементарних питања ове проблематике везано је за додирну тачку наследног права и намерног прекида трудноће, а односи се на заштиту интереса нерођеног детета, фикцијом преко које се оно сматра рођеним, због заштите његових наследноправних интереса. Римско право, у разгранатом систему установе старатељства, познавало је посебног старатеља зачетка у мајчиној утроби (*curator ventris*). Постоји наговештај да се заштита наследноправних интереса нерођеног детета могла остваривати и путем кривичноправне заштите. О томе сведочи одредба по којој је абортус који би жена извршила због остварења различитих наследноправних интереса, сматран кривичним делом, за које је жени претила смртна казна. Ова одредба је кодификована у Дигеста. *Digesta* (ed. T. Mommsen), Berlin 1899, 48.19.39. (даље: D.); Вас. 60.51.35; Prohiron auctum 39.186. - *Ius Graecoromanum VII* (eds. P. et J. Zepos), Aalen 1962. - reprint (даље: Proh. auct.); Упор. *Cicero, Pro Cluentio* (ed. G. G. Ramsey), Memphis – Tennessee 2009. Ову тематику је обрадила је Е. Koch, "Der Nasciturus als Rechtsgut – Historische Lehren und Begründungen", *Cupido Legum* (eds. L. Burgmann, M. T. Fügen, A. Schmink), Frankfurt am Main 1985, 87-98.

⁵ Упутићемо на радове који се уз историјску или кривичноправну анализу баве овом темом. Тако, М. Н. Congourdeau, "Un procès d'avortement à Constantinople au 14e siècle", *REB* 40/1982, 103-115 анализира како световне изворе, тако и црквене, из којих

Кривично дело убиства одојчета, са прецизирањем карактеристика објекта радње и субјекта извршења, доводи до издвајања тог облика кривичног дела убиства од његових других облика. Издвајање имплицира свест друштва о особености тог понашања и условљава другачију реакцију, у смислу адекватне казне. У овој материји блиско се сусрећу грађанско и кривично право, што питања намерног прекида трудноће и чедоморства чини ванредно плодним за правноисторијско истраживање. Из заједничких проблема који се тичу те две појаве видљива је њихова блиска веза. Повезаност која је инспирисала и њихово уподобљавање у овом раду, доказива је и кроз истраживање различитих решења како ”световног” тако и црквеног права, у разним епохама византијског права.

*

Истраживање института кривичног права подразумева испитивање предвиђености једног кривичног дела у закону. Даљу дискусију, релевантну за ту тему, уоквирује питање идентитета учиниоца кривичног дела (субјекат кривичног дела), као и питање жртве тог дела (објекат радње кривичног дела). Осврт на питање кривице учиниоца, које је у средњовековном праву - далеко споредније него данас, може да покаже додатни законски услов за настанак кривичног дела, који уз адекватно тумачење расветљава слику тог елемента византијског кривичног права. Запрећена казна указује на друштвену опасност једног дела, и коначно, на место тог кривичног дела у кривичном систему. У овом раду неће се вршити осврт на проблеме противправности и основа који искључују противправност. У центру пажње, као полазна тачка истраживања, налази се предвиђеност кривичног дела у закону, која по правилу обухвата противправност као елемент кривичног дела.

Предвиђеност у закону. Релевантно је питање за кривичноправно, али и шире истраживање, зашто је одређено понашање предвиђено у закону као кривично дело, односно, које његово својство је оно због којег заслужује да буде инкриминисано.⁶ Одговор показује свест друштва о одређеном угроженом добру, које је законодавац инкриминисањем покушао да заштити. Стога, у раду ћемо потражити одговор на питање шта је био објекат радње код кривичноправних норми које се баве намерним прекидом трудноће и чедоморством, али и шта је био *заштитни објекат* као добро, интерес, вредност или друштвени однос против којег је одређено кривично дело усмерено.

Полазну тачку истраживања намерног прекида трудноће као кривичног дела представљају Дигеста, одакле су елементи тог кривичног дела

закључује уподобљавање абортуса и убиства у византијском праву. О црквеном праву говори S. Troianos, “Нѐ амблосѐ сто Byzantino Dikaio”, *Byzantiaka* 4/1984, 169-189 као и С. Суране, Е. Кислингер, “Bermerkungen zur Abtreibung in Byzanz”, *JÖB* 35/1985, 21-51; Правну анализу донекле даје и Е. Нарди, *Procurato aborto nel mondo greco romano*, Milan 1971, уз обраду свих осталих поља релевантних за питање намерног прекида трудноће, као и питање чедоморства. Мултидисциплинарни присуп проналази се код Е. Давиес, “Byzantine attitudes towards foetuses, newborn babies and infants: a multidisciplinary approach”, *Rosetta* 8/2010, 1-41.

⁶ З. Стојановић, *Кривично право – општи део*, Београд 2009, 120.

углавном преузимају у познијим византијским законима. Намерни побачај предвиђен је као кривично дело.⁷ Оправдање те инкриминације представља, по речима законодавца, повређени интерес супруга, у смислу родитељства.⁸ Поставља се питање да ли је инкриминација тог дела везана искључиво за брачну заједницу. Иако законодавац не говори о томе у одредби која се тиче побачаја (*“que data operat”*, без изричитог исказивања субјекта),⁹ у наставку одредбе саопштава се да је разлог за њено прописивање лишавање потомства супруга - које настаје као последица те радње. То решење је комплементарно одредбама које уређују развод брака.¹⁰

Да ли то значи да ће се кажњавати жена која изврши намерни прекид трудноће искључиво уз испуњење услова да је у брачној заједници? У том смислу је изузетно инкриминисање намерног побачаја које се налази у Исавријском закону.¹¹ ”Ако је жена učinila preljub i ostala u drugom stanju i posegne na svoju utrobu da pobaci, nakon što se batina neka se zatoči”.¹² Иако законодавац није изричио инкриминисао прељубу супруге или ванбрачне сексуалне активности неудате жене као засебно кривично дело,¹³ у преводу Л. Маргетића у овој одредби се инсистира на термину *прељуб*, који може да подразумева брачност жене. Међутим, узевши у обзир грчки текст те одредбе, постаје јасно да је Маргетић под *прељубом* (на грчком језику исказано личним глаголским обликом *porneusei*) подразумевао блуд у ширем смислу¹⁴ – како удате, тако и неудате жене. То решење нисмо пронашли поновљено у потоњем законодавству.

Питање чедоморства као кривичног дела изискује засебну анализу.¹⁵ Узевши у обзир оно што је озакоњено у Дигестима, а односи се на нека-

⁷ D. 47.11.4; Vac. 60.22.4; Proh. auct. 39.185.

⁸ *“Indignum enim videri potest impune eam maritum liberis fraudasse”*, D. 47.11.4; D. 25.4.1.1. Упор. често цитиран Улпијанов коментар у Дигеста, који по многим ауторима пресудно илуструје став римског друштва према овом питању и поткрепљује правна решења у односу на зачетак. Слично саопштава и Папинијан. Упор. D. 35.2.9.1.

⁹ D. 47.11.4; Vac. 60.22.4; Proh. auct. 39.185.

¹⁰ Вид. фн 3.

¹¹ Екл. 17.28. О овом и сродним питањима вид. В. Sinogowitz, ”Studien zum Strafrecht der Ekloge”, *Pragmateia de l’Académie d’Athènes*, Athena 1956; А. Laiou, ”Sex, Consent and Coercion in Byzantium”, *Consent and Coercion to Sex and Marriage in Ancient and Medieval Societies* (ed. А. Laiou), Washington DC 1998, 109-182 и S. Troianos, ”Die Strafen im Byzantinischen Recht”, *Recueils de la société Jean Bodin pour la histoire comparative des institutions*, 57/1989, 185-202. О пореклу и природи кривичног права у Еклоги, кратак преглед даје и С. Шаркић, *Основи правне историје*, Београд 2011, 115.

¹² L. Margetić, ”Ekloga iz 726. godine i njezina važnost za našu pravnu povijest”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Rijeci I/1980*, 76. (даље: L. Margetić, *Ekloga...*)

¹³ За разлику од истоврсног понашања супруга, одн. неожењеног мушкарца, упор. Екл. 17.19-24.

¹⁴ Прељуба: прекршај брачне верности; прѣљуб: блудни гријех. *Речник српскохрватског књижевног језика* (ур. М. Стевановић *et alia*), Нови Сад 1971, 947.

¹⁵ Искрпну литературу о убиству у римском класичном и делом подкласичном праву представља публикација J. Gaughan, *Murder Was Not a Crime: Homicide and Power in the Roman Republic*, Austin 2010, у којој је посебна пажња посвећена основама искључења противправности у римском праву, у погледу кривичног дела убиства. С

дашње ”право живота и смрти” оца у првобитном римском праву (*ius vitae ac necis*),¹⁶ отац који убије сина одговара за кривично дело убиства.¹⁷ Погледаћемо, такође, одредбе тзв. Помпејевог закона о лицима која чине парцидијум, које су кодификоване у Дигестима.¹⁸ Саопштава се ширење појма парцидијум (*parricidium*),¹⁹ који се сада односи на разне случајеве убиства у (широј и ужој) породици. Један од алтернативно постављених случајева односи се на убиство детета од стране мајке, без прецизирања узраста детета. Још једна одредба Дигеста говори о убиству детета, али очигледно одраслог узраста. Наиме, у случају у којем је отац у лову (дакле, без прецизирања облика кривице, али са наговештајем из смисла одредбе) усмртио сина из конкретног повода – неприличног односа оствареног између сина и очеве жене, отац ће се казнити, те се неће сматрати да је вршио очеву власт.²⁰ Чедоморство фигурира у познијим византијским законима утолико што се кажњава строже, као квалификовани облик убиства, али без навођења извршиоца кривичног дела. Кажњавање детеубиства, може се, такође, реконструисати тумачењем других кривичних одредаба, попут оне из Еклоге, која предвиђа казну мачем за свако умишљајно лишење живота.²¹

Субјекат кривичног дела. Субјекат кривичног дела намерног прекида трудноће је жена која је абортирала. Као што и Дигеста саопштавају,²² и у члану 36. главе XVII Еклоге законодавац за радњу намерног прекида трудноће предвиђа кажњавање жене, а оправдана дискусија може се односити на њен брачни статус. Две групе одредаба које се о том питању проналазе у византијском законодавству већ су анализирани. У првој групи се наглашава постојање брачне заједнице, док у другом случају (виђеном у Еклоги) тог услова нема.

За разлику од решења позитивног права у којима постоји одговорност (искључиво) трећег лица – извршиоца дела (у одређеним противзаконитим ситуацијама), византијски закони углавном не говоре о кажњавању лица која помажу процес побачаја уз употребу механичких или оралних абортива на трудној жени у оној одредби у којој је установљено кривично дело намерног прекида трудноће.²³ Међутим, у оквиру глава које се баве кривичним делом убиства, наилази се на групе одредаба у којима је предвиђено кажњавање лица која се бави справљањем, држањем и продајом напитака (алтернатив-

обзиром на континуитет неких решења у византијском праву, ово истраживање може бити корисно.

¹⁶ *Lex duodecim tabularum* (ed. E. H. Warmington), London 1967, IV, 2a.

¹⁷ D. 48.8.2.

¹⁸ D. 48.9.1.

¹⁹ Термин који је првобитно означавао оцеубиство. Вид. B. Santalucia, *Studio di dirritto penale romano*, Roma 1994, 107.

²⁰ D. 48.9.5.

²¹ Екл. 17.17.

²² D. 47.11.4; D. 48.8.8.

²³ Детаљније о врстама абортива и начину употребе у Византији, вид. E. Poulakou-Rebelakou, J. Lascaratos, S. G. Marketos, "Abortions in Byzantine times (325 -1453 AD)", *Vesalius* II/1996, 19-25; О том питању може се наћи и код G. Ferngren, *Medicine and Health Care in Early Christianity*, Baltimore 2009.

но), са убилачком намером или без ње.²⁴ Међутим, често се у оквиру тих одредаба налазе и одредбе о лицима која справљају, држе и продају оралне абортиве. Тако се као засебно кривично дела, у вези са намерним прекидом трудноће, јавља радња трећег лица које помаже радњу прекида трудниће. У том смислу, нарочито је специфична одредба сачувана у *Epitome Legum*-у, која веома широко говори о онима који се баве вршењем абортуса, који чине абортусе (*ho poiōn amblōna gynaika*).²⁵

У световном законодавству се не уређује одговорност оца детета. Ипак, о домету канонског права у том питању, сведочи сачувани извор из 1370. год. У том случају пред црквеним судом, утврђена је одговорност трећег лице (Сиропулос,²⁶ који је сакупио отровно биље које је монахиња користила као орални абортив), али и отац нерођеног детета, монах (Јозаф)²⁷ којег ”световно право” – као мушкарца, није теретило по истом основу по коме је теретило мајку нерођеног детета. Отац детета није био одговоран ни по основу по којем одговара творац абортива. Ипак, византијски закони су познавали и одговорност лица која чувају (и продају) абортиве, у чију категорију би монах, који је посредовао између Сиропулоса и монахиње, могао да се сврста.²⁸

У одредбама које се баве кривичним делом чедоморства углавном се наглашава сужавање некадашње неограничене очеве власти. Међутим, како је већ речено, чак и у одредбама у којима је жена наведена као убица свог детета, чини се да *ratio legis* није идентичан одредбама о кривичном делу убиства детета при порођају у модерном упоредном кривичном праву.²⁹ Најчешће су одредбе у којима је прописан објекат радње (*infans, to nēpion*) без навођења извршиоца радње.³⁰ Будући да такве инкриминације уподобљавају убиство свог и туђег детета одређеног узраста, закључак о изузетној, квалификованој природи убиства било чијег детета био би, по нашем мишљењу, оправдан.³¹

²⁴ Упор. D. 48.8.8; D. 48.8.3; Екл. 17.42.

²⁵ *Epitome Legum* 45.7 - *Ius Graecoromanum IV* (eds. P. et J. Zepos), Aalen 1962. – reprint (даље Ep. Leg.)

²⁶ *Acta Patriarchatus Constantinopolitani* (eds. F. Miklosich, I. Müller), Scientia Verlag, Vindobonae 1860, 549. (даље: MM I)

²⁷ MM I, 548.

²⁸ B. D. 48.8.3.

²⁹ Потребе разумевања посебности кривичног дела чедоморства, упућују на кратак дискурс о природи тог кривичног дела у модерном праву. Према члану 116. Кривичног законика Републике Србије, инкриминисано је кривично дело ”Убиство детета при порођају”, као привилеговани облик кривичног дела убиства. Тај облик, наиме, одликује низ привилегованих околности које су ушле у биће кривичног дела, а које се односе на учиниоца дела (мајка детета), специфичне околности убиства (поремећај који је настао код мајке најкасније непосредно након порођаја, а изазван је порођајем) и објекат радње дела (новорођенче). Кривични закон – КЗ, *Службени гласник Републике Србије*, 121/2012. О месту овог кривичног дела у компаративном праву вид. Д. Коларић, *Кривично дело убиства*, Београд 2008, 62, 93, 109, 118; 281-302.

³⁰ CJ. 9.16.8; Proh. Nom. 39.12.

³¹ Уп. Prohiron Nomos - *Ius Graecoromanum II* (eds. P. et J. Zepos), Aalen 1962. – reprint, 39.12. (даље: Proh. Nom.)

Објекат радње кривичног дела. Објекат радње намерног прекида трудноће може бити теоријски споран. Језичким тумачењем одредаба уочава се избегавање помена фетуса као објекта радње кривичног дела. У Дигеста, то се односи на диспозицију ”*si mulierem visceribus suis vim intulisse...*”.³² У тексту Еклоге изричито је наведено место на које жена делује – *hē gastēr*,³³ што потврђује претходну тенденцију. У складу са начином инкриминисања објекта радње тог кривичног дела, текст закона не прецизира старост плода, иако су се у канонском праву и теорији развила бројна гледишта о природи плода у одређеним периодима гестационе старости.³⁴

Предвиђање посебног кривичног дела - чедоморства може се видети по објекту радње наведеном у Прохирону.³⁵ Термин *to nēpion* указује да се ради о убиству одојчета, али без навођења извршиоца радње. Другачији случај, у којем се врши прецизирање субјекта извршења тог кривичног дела, прописивањем родитеља детета као извршилаца, није еквивалент претходном решењу. *Ratio legis* те две одредбе је другачији. То су заправо, две велике скупине одредаба које се у византијском праву понављају – прва, у којој се жели истаћи сужавање родитељског права; друга, у којој се квалификује убиство детета као посебног заштитног објекта, другачијег од оног које постоји код ”обичног” убиства.³⁶

Кривица. С обзиром на то да је већ римско право познавало разлику између нехатног лишења живота и убиства, питање кривице је потенцијално веома важно у правноисторијској анализи било којег кривичног дела.³⁷ Међутим, узевши у обзир да све специфичности кривичног дела намерног прекида трудноће (које се виде и у српском термину који смо изабрали за радњу побачаја као кривичног дела у византијском праву, у овом раду), евидентна је потреба да кажњиви побачај буде резултат умишљајног деловања. Такође, чедоморство би изгубило специфичност која га опредељује за анализу у овом раду, уколико би истраживали нехат у бићу кривичног дела са његовом радњом. Коначно, најизазовније питање ове поддискусије, питање је облика кривице лица која се баве стварањем оралних абортива.

³² D. 48.8.8.

³³ Материца. Вид. Е. А. Sophocles, *Greek lexicon of the Roman and Byzantine periods I*, New York 1900, 325.

³⁴ Ипак, Congourdeau детаљном анализом приказује да старост плода никако није утицала на схватање да је намерни прекид трудноће једнак убиству, односно да је уништење фетуса било које старости једнако убиству. Вид. Congourdeau, 114. Ауторка цитира патријархову одлуку у поменутом случају, са акцентом на уподобљавање фетуса и новорођенчета (детета). Вид. *Les Regestes des Actes du patriarcat de Constantinople V* (eds. J. Darrouzès, V. Grumel), Paris 1977, n. 1762. Вид. и S. Troianos, “Byzantine Canon Law to 1100”, *The History of Byzantine and Eastern Canon Law to 1500* (eds. W. Hartmann, K. Pennington), Washington DC 2012, 115-170.

³⁵ Proh. Nom. 39.12. Уп. CJ. 9.16.8.

³⁶ Погледати казну која је прописана за кривично дело убиства одојчета у Прохирону, а која сведочи о диференцијацији тог дела од ”обичног” убиства. Proh. Nom. 39.12.

³⁷ О кривици у римском праву, вид. М. Horvat, *Rimsko pravo*, Zagreb 1980, 298. О питању кривице код усмрћивања обраћа пажњу и R. Macrides, “Killing, Asylum, and the Law in Byzantium”, *JOB* 63/3 /1988, 509-539.

Није потребна већа дискусија око облика кривице у случају прекида трудноће од стране жене. У Дигестима и Василикама то је саопштено следећом фразом: "...*quae data opera abegit*".³⁸ Л. Маргетић, такође, у том питању користи адекватан глагол у домаћем преводу Еклоге (*посегнути*).³⁹

У погледу лица која се баве прављењем оралних абортива особена је одредба Дигеста. Она се бави управо категоријом лица која без убилачке намере праве, продају или чувају напитке намењене побачају (мисли се на намеру усмерену на жену која ће применити абортив, а не на фетус).⁴⁰ Казна за таквог учиниоца је принудни одлазак у рудник, односно, за припаднике више класе, депортација уз одузимање дела имовине. Законодавац предвиђа и квалификовани облик тог кривичног дела, одликован тежом последицом. Уколико жена или мушкарац (*нејасно зашто*) изгуби живот као последицу тог кривичног дела, учинилац - творац напитка, казниће се најстрожом казном.⁴¹ За разлику од тог решења, у Еклоги се регулише питање тровања, кажњавањем лица које је **дало** напитак који је проузроковао болест, погоршање здравствене ситуације или смрт, али искључиво уколико је субјекат кривичног дела супруг (супрузи као објекту радње), супруга (супругу као објекту радње) или роб (господару као објекту радње).⁴² Из духа одредбе закључује се да се не ради искључиво о деловању са умишљајем већ "*bilo kojim povodom*".⁴³

У питању кривице пажњу треба посветити још једном блиском проблему. Познати су вишебројни основи искључења кривице, који се, у поменутом случају, могу свести на један релевантан, који је у модерном праву од крунског значаја за кривично дело "*убиство детета при порођају*".⁴⁴ Став византијског права према махнитости као основу искључења кривице веома је особен, а у својој основној идеји, преузет је из римског права. Ко

³⁸ D. 47.11.4; Vas. 60.22.4; Proh. auct. 39.185.

³⁹ L. Margetić, *Ekloga...*, 17.36.

⁴⁰ D. 48.19.38.5; Proh. auct. 39.183; 39.188; Vas. 60.51.34.5; Ep. Leg. 45.20.

⁴¹ "*Qui abortionis aut amatorium poculum dant, etsi dolo non faciant, tamen quia mali exempli res est, humiliores in metallum, honestiores in insulam amissa parte bonorum relegantur. Quod si eo mulier aut homo perierit, summo supplicio adficiuntur*", D. 48.19.38.5; Често се прављење напитака намењених сличним последицама поистовећује са врчарењем. О овој паралели говори и Congourdeau, 106.

⁴² Екл. 17.42. (Proh. Nom.39.77.)

⁴³ Превод Лује Маргетића. Margetić, *Ekloga...*, 17. 42; Екл. 17.42.

⁴⁴ Неурачунљивост се у римском и византијском праву, у овим темама, односи на основ искључења кривице. У модерном праву тај основ доводи до непостојања кривичног дела. Међутим, значајна специфичност, која повезује неурачунљивост са кривичним делом "*убиство детета при рођењу*", представља третман послепорођајног синдрома, као облика смањене урачунљивости у модерном кривичном праву. Овај синдром, дакле, не искључује постојање кривичног дела, али улази у његово биће, и као такав, оправдава блаже кажњавање овог облика убиства, а тиме представља оправдање његове привилегованости. Зато кажемо да је у модерном праву убиство детета при рођењу (односно, чедоморство) привилеговани облик кривичног дела убиства. Вид. о махнитости и неурачунљивости, Т. Матовић, "*Μαρία* као основ за развод брака у Новели СХI и СХII Лава VI Мудрог", *ЗРВИ* 50/2013, у штампи.

усмрти у стању неурачунљивости за то понашање неће одговарати.⁴⁵ Ипак, византијско друштво ни у једној фази развоја није признавало својеврсну поремећеност која настаје као последица порођаја, за облик неурачунљивости или смањене урачунљивости, која би, као таква, утицала на привилеговани третман убиства одојчета. Штавише, ни друга средњовековна права не познају ту специфичност.⁴⁶ То може бити разлог што се код убиства код кога се прецизира да је објекат радње одојче, у византијском кривичном праву, ни једном не наводи искључиви субјекат тог кривичног дела.

Казна. Казна је репресивна мера која задире у права и добра учиниоца кривичног дела. Неизоставно је поменути поделу казни коју је познавало римско право, пре него што се сасвим изгубила подела недозвољених радњи на *crimina* и *delicta privata*.⁴⁷ Убиство као водеће кривично дело по тежини, међу првима се издвојило у групу *crimina*.⁴⁸ У византијском праву следи се казнена политика римског права, са поновљеним или аутентичним санкцијама. Спецификација тог дела, усмерена на сужавање објекта радње на одојче, има посебни статус и у казненом смислу, који показује квалификовани положај тог кривичног дела у византијском праву. Положај и доживљај абортуса у кривичном праву, такође, илуструје његова казнена политика.

За жену која намерно побаци плод, једна од предвиђених казни је привремени прогон, која, узимајући у обзир предвиђене казне за убиство или разбојништво, није у групи најстрожих.⁴⁹ Очигледно је Јустинијан желео да утиче на то решење, кодификујући у Зборнику⁵⁰ мишљење по којем казна за ту радњу треба да буде еквивалентна казни за убиство.⁵¹

За треће лице које се бави овом радњом постоје две запрећене казне. Састављач и продавац абортива, као и лице које у свом поседу држи наведене материје - уколико је вишег ранга, биће подвргнути казни прогона, уз имовинску казну одузимање дела имовине. За припадника ниже класе

⁴⁵ Као илустративан пример, одредба D. 48.9.2. о особи која убије своје родитеље у стању неурачунљивости. Он се не кажњава, што не значи да се према њему неће применити санкције, како се и саопштава у одредби, *таква особа ће бити чувана од стране лица или установе задужене за то, или ће бити стављена у окове*.

⁴⁶ О томе, без залажења у појединачне изворе, на овом месту, Müller W., *A Criminalisation of Abortion: its origins in medieval law*, Cornell University Press, New York 2012.

⁴⁷ Вид. О. Станојевић, *Римско право*, Досије, Београд 2007, 286.

⁴⁸ Више о овој теми, вид. Т. Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Duncker & Humblot, Leipzig 1899, 537.

⁴⁹ Заправо, *казна депортације* је заменила забрану употребе воде и ватре из најстаријих римских времена, која је била најстрожа казна. Међутим, ако се обрати пажња на привременост депортације, која је прописана у овој одредби, може се закључити о правој природи казне у нашем спорном случају. Упор. D. 49.19. казна за убиство и разбојништво.

⁵⁰ Друго издање Кодекса, чији чланови су нам доступни за тумачење, донето је 534. год.

⁵¹ *Codex Iustinianus* (ed. P. Krueger), Berolini 1895, 9.16-18.

предвиђена казна је слање у рудник,⁵² једна од типичних казна у кривичном праву позноримског периода.⁵³ У случају наступања квалификоване последице - смрти жене којој је абортив дат, трећем лицу је забрањена смртна казна.⁵⁴

Промене које су настале у структури и етничком саставу византијског друштва током VII и VIII века, изродиле су аутентичне санкције за кривично дело намерног прекида трудноће, као и за кривично дело справљања, држања и продаје напитка који угрожава здравље на било који начин. Тако се као казна јавља кажњавање ”мачем”, односно, смртна казна. Жена која намерно побаци плод, у неким решењима, биће подвргнута багинању, а затим и заточењу.⁵⁵ Такве одредбе се понављају више пута у законодавству средњег периода.

Кривично дело убиства је једно од најтежих кривичних дела, без обзира на конкретну историјску епоху у Византији. Као такво, готово увек има предвиђену најстрожу казну коју кривични систем познаје. Уз то, средњовековна права, међу којима је и византијско, ретко када познају привилегујуће околности у бићу тог кривичног дела. Систем казни који је увео тзв. Корнелијев закон о убицама,⁵⁶ замењен је адекватнијим времену, али сразмерним по степену стогости у поређењу са казнама предвиђеним за друга кривична дела. У Еклоги то је казна ”мачем”, а у случају покушаја, телесна казна.⁵⁷ Специфичност која се налази зборницима средњег периода, потврђује претходну тенденцију византијског права. Убица дeтeта се кажњава смртном казном, прописаном казном за свако убиство.⁵⁸

*

Кривичноправна анализа намерног прекида трудноће и усмрћивања одојчета у византијском праву може да укаже на правце византијске кривичноправне политике. Она се углавном састојала од наслеђивања решења римског права, кадкада само кроз терминолошку раван - без адекватног појмовног апарата или идентичног заштитног објекта. Раскораци који су том праксом настали, регулисани су кроз интервенције новелираног законодавства, које је, затим, постајало посебан узор за праћење. Правне

⁵² Обратити пажњу на D. 48.19.8.6. Постоји разлика између казне слања у рудник и казне рада у руднику. Како саопштава Улпијан, слање за боравак у руднику представља тежу казну, јер обухвата ограничење слободе кретања оковљаванем осуђеног.

⁵³ Казна боравка у руднику и казна рада у руднику су представљале нарочито тешке кривичне казне, одмах из смртне казне. Вид. D. 48.19.28.

⁵⁴ D. 48.19.38.5.

⁵⁵ Proh. Nom. 39.71 ; Epanagoge 40.65 - *Ius Graecoromanum II* (eds. P. et J. Zepos), Aalen 1962. – reprint.

⁵⁶ У Закону XII таблица казна за убиство је смртна. *Lex Pompeia de parricidiis* (кодификован у Дигеста, D.48.9.) уређује кривично дело убиства у оквиру породице. Античка казна обухватала је затварање петла, пса, вепра и мајмуна у врећу заједно са осуђеним, после чега се врећа баца у море. У недостатку могућности за извршење прве казне, осуђени се баца дивљим зверима.

⁵⁷ Екл. 17.46. ”neka mu se odsiječe ruka zato što se uopće usudio udarati mačem“.

⁵⁸ Proh. Nom. 39.12.

празнине које су у компликованим животним ситуацијама настајале (попут кажњавања оца нерођеног детета), попуњавало је разгранато канонско право, захваљујући свом значају у правном систему.

Намерни прекид трудноће може да се посматра из разних углова. Истраживање спроведено у овом раду односи се на кривичноправну анализу проблема, који је кроз све векове постојања Византије био предвиђен као кривично дело. Световно законодавство, адекватније је за класичну правну анализу од црквеног, па се оно и налази у средишту нашег интересовања. Далекосежно обележе тог кривичног дела је кажњавање жене која је абортирала. Одредбе које уређују та питања, поред осталог, саопштавају смену у заштитном објекту.

Чедоморство је подложно вишеструком историјскоправном тумачењу. У одредбама у којима је уређено ово питање, наглашена је промена родитељевог права, односно, промена комплексне природе очеве власти. Упорно инкриминисање детеубиства од стране оца - као субјекта кривичног дела и у познијем - византијском праву, указује на некадашњу снажну укореењеност "очевог права". Нисмо испитивали узроке те укореењености, иако је контрола броја чланова породице - као примитивнији, први разлог оправдавања тог понашања, и очигледна дегенерисаност новорођенчета као други разлог оправдавања тог понашања, свакако могао да буде распрострањен и у Византији. Прописивање мајке за субјекат кривичног дела чедоморства, нема значај који има у модерном праву. Управо римско-византијско непризнавање релације између мајчиног постпорођајног стања и смањене урачуљивости, доприноси чињеници изостанка законодавних решења са аутентичним *ratio legis*-ом, као и изостанка утврђивања узраста убијеног детета.

Важан аспект рада представља анализа положаја трећих лица у радњи намерног прекида трудноће. Премда је та тема, по нашем мишљењу, дозрела и за самосталу анализу - пре свега због аналогије која се може направити са модерним законодавним решењима у том питању, проблем који се односи на помагање процеса прекида трудноће или бављења вршењем побачаја обрађен је у оквиру шире тематске целине. Одредбе које говоре о одговорности оца у случају прекида трудноће нису укореењене у законодавству, али случај који нам је доступан доказује да је црквени суд, као надлежан у овим питањима у познијим вековима Византијског царства, кажњавао (и) оца као помагача тог поступка.

Питања која имају уплив на поље грађанског права су карактеристике субјекта и објекта кривичног дела намерног прекида трудноће и чедоморства. Брачност жене која намерно прекине трудноћу не представља *condicio sine non qua* за њену одговорност кроз целу византијску правну историју, али говори о заштитном објекту тог кривичног дела у византијском праву, који, по свој прилици, није плод. Тај закључак снажно подржавају решења брачног права. Терминолошким прецизирањем одредаба Дигеста и Прохирона, сужава се објекат кривичног дела детеубиства на одојче. Ипак, без прецизирања мајке као субјекта тог кривичног дела, убиство одојчета нема засебну правну тежину. То се на својеврсан начин осликава

у прописаним основима за развод брака. Грађанскоправне последице ових кривичних дела додатно их приближавају и оправдавају њихову паралелну анализу.

Tamara Matović

L'AVORTEMENT ET L'INFANTICIDE DANS LE DROIT CRIMINEL BYZANTIN

L'avortement et l'infanticide sont deux actes criminels très similaires à l'assassinat. En Byzance, il y avait beaucoup d'évidence juridique et spirituel pour égalisation de ces deux comportements. C'est pourquoi nous allons faire une comparaison spécifique entre eux dans notre travail.

La question la plus importante est de découvrir ratio legis de specific regulation. C'est une chose le législateur a voulu protéger dans la législation. Pendant XI siècles de la histoire du droit byzantine, il y avait quelques facteurs qui ont influé en le droit criminel. Le premier était le droit romain, avec sa séparation de crimina de la delicta privata. L'assassin, comme une action très dangereux, a représenté une act criminelle avec la peine la plus lourde. Ce pourquoi l'examen de droit penal, peut montrer opinion du législateur et de la société sur un problème criminel.

L'avortement gestatif est l'act criminel qui pouvait être commis par la femme. La question importante que nous allons aborder était l'état matrimonial de la femme. Également, il y avait quelques solutions légales parmi lesquelles le législateur pouvait prédire un autre act criminel lié à l'avortement commis par la femme. C'est la participation des tiers en processus de l'avortement. Le droit byzantin connaît une infraction pénale dans laquelle la victime est la femme, et le sujet de l'infraction est la personne qui s'engage dans la production des abortifs.

Concernant la question de l'infanticide, le droit byzantin n'a pas établi une différence entre l'assassinat de l'enfant commis par les parents et l'assassinat de l'enfant commis par quelqu'un d'autre. Un aspect de cette solution est l'ignorance du fait sur un état spécifique dans qu'elle est la femme après la livraison.

Interprétation de la législation criminelle et sa connexion avec la législation civile, peuvent montrer un véritable objet que le législateur voudrait protéger. Dans notre cas, à travers la recherche de la législation et aussi de la conservé pratique juridique, on s'aperçoit qu'est ce que c'était le législateur a réussi protéger.