

II. PRACE DROBNE I MATERIAŁY

FRANCISZEK LONGCHAMPS DE BÉRIER (Warszawa)

Niektóre przykłady nadużycia prawa w rzymskim prawie prywatnym: władza ojcowska

Nadużycie prawa musi budzić sprzeciw. Samo sformułowanie negatywnie ocenia korzystanie z uprawnień nie korespondujące z funkcjami lub celami, dla jakich je przyznano. Natomiast problemem prawnym wciąż pozostaje określenie, kiedy doszło do nadużycia prawa oraz ustalenie dróg reakcji na nie. Borykają się z nim bowiem nieustannie zarówno porządki prawne krajów, w których ustawodawca, wydawać by się mogło, ostatecznie zawarował właściwe normy, jak i te, które próbują radzić sobie we wskazanej kwestii dopiero na etapie stosowania prawa. Najwyraźniej nie sposób wypracować uniwersalne rozwiązanie. Nie ma też jakiegos historycznie określonego punktu dojścia, w którym rozwój mechanizmów prawnych przeciwdziałających nadużyciu prawa osiąga swój ostateczny, to znaczy pożądany i zadowalający kształt. Tak tedy stale aktualne i w pełni wskazane wydaje się sięgnięcie do rzymskiego prawa prywatnego, aby zbadać nie tylko metody radzenia sobie z konkretnymi przypadkami nadużyć, ale i podjąć próbę uchwycenia całego zjawiska.

Dla dotarcia do tego, jak Kwiry ci postrzegali nadużycie w wykonywaniu uprawnień, trzeba przedrzeć się przez rozumienie dzieła prawa rzymskiego w tej mierze przez romanistykę ostatnich dwóch stuleci. W pandektystyce, przy okazji dyskusowania fragmentu D.48.9.5, zaczerpniętego z czternastej księgi Instytucji Marciana, wyrażono przekonanie, że cesarz Hadrian nie karał tam za nic innego, jak tylko za nadużycie prawa¹. W XX wieku pogląd ten wielokrotnie podważano, kwestionując trafność sugestii, jakoby rzymskie prawo klasyczne w ogóle znało teorię nadużycia prawa². Jej wysuwanie wy-

¹ Glück, *Commentario alle Pandette*, (tł. C. Ferrini), Milano 1888, s. 591 (cytowane za A.M. Rabello, *Effetti personali della „patria potestas”*, T. I. *Dalle origini al periodo degli Antonini*, Milano 1979, s. 240). Por. M. Roberti, „*Patria potestas*” e „*paterna pietas*”. *Contributo allo studio dell'influenza del Cristianesimo sul diritto romano*, Studi Albertoni, T. I, Padova 1935, s. 261.

² F. De Martino, *Individualismo e diritto romano privato*, *Annuario di diritto comparato* 16, s. 31 (cytowane za S. Solazzi, *L'abuso del diritto in Gai 1*, 53, SDHI 20/1954, s. 309).

nika zdaniem współczesnych autorów z dogmatycznego podejścia do starożytnych źródeł, upowszechnionego w doktrynie studiów prywatnoprawnych XX stulecia. Podobnemu zaś ujęciu sprzeciwiano się w przekonaniu, że rzymscy prawnicy nie stawiali ograniczeń wykonywaniu własnego prawa. Stąd i teoria nadużycia go musiała być sprzeczna z ich koncepcją uprawnień i w zasadzie nie znana starożytności³. Nadto nie znajduje ona ani własnego terminu, ani nawet przedstawienia czy przejawów w dziele rzymskiej juryspruden-cji⁴. Niektórzy dopuszczają co najwyżej dyskusję nad możliwością jej powolnego rysowania się w dobie prawa klasycznego⁵. Warto jednak przyjrzeć się uważniej wspomnianemu tekstowi. D 48.9.5. Marcianus *libro quarto decimo institutionum. Divus Hadrianus fertur, cum in venatione filium suum quidam necaverat, qui novercam adulterabat, in insulam eum deportasse, quod latronis magis quam patris iure eum interfecit: nam patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere*. Ojciec dowiedział się o cudzołóstwie, którego dopuścił się jego syn z macochą. Nie zareagował jednak wobec dziecka od razu. Skorzystał natomiast ze zbrojnego zamieszania – sposobności, jaką przyniosło polowanie. Dopiero wówczas zamordował syna. Z fragmentu Instytucji Marcjana wynika, że Hadrian bardzo zdecydowanie zareagował na takie postępowanie. Świadczy o tym uzasadnienie nakazu deportacji mordercy na wyspę: *latronis magis quam patris iure*. Chociaż bowiem ojciec wymierzył stosowną karę, uczynił to w sposób zbójceki. Cesarz nie kwestionował słuszności zabicia cudzołożnika. Wzdrażał się natomiast na myśl o wyjątkowo perfidnej metodzie i okolicznościach ukarania. Zresztą wykonanie kary na polowaniu sugeruje raczej próbę ukrycia całego zdarzenia. Odbierałoby to pozbawieniu życia pozory legalności i wskazywałoby raczej na zabójstwo z niskich pobudek.

Trzeba wszelako pamiętać, że w czasach Hadriana, jurysdykcja karna względem własnych dzieci kształtowała się odmiennie niż w prawie archaicznym czy nawet przedklasycznym. Już reformy rozpoczęte za Sulli ustaliły nowe kierunki prawa karnego. Domowy wymiar sprawiedliwości nie zawsze przystawał do nich, zwłaszcza gdy wziąć pod uwagę jego ekstremalne przejawy. Stworzenie stosunkowo dobrze zorganizowanej, publicznej represji karnej z zasady nie powinno dopuszczać dzielenia się tą prerogatywą. Skoro więc państwo zaczynało unikać kary śmierci, musiano postrzegać jako paradoksalną sytuację, w której kara wymierzana w domu była surowsza od publicznej. A i obyczaje przodków nie dawały już skutecznej ochrony przed niepohamo-

³ G.I. Luzzatto, *Procedura civile romana*, T. I. *Esercizio dei diritti e difesa privata*, Bologna 1946, s. 1 i nn (cytowane za A.M. Rabello, *Effetti personali...*, s. 241); por. M. d'Amelio, *Abuso del diritto*, Novissimo Digesto Italiano, T. I, Torino 1964, s. 95-96; S. Riccobono, *Emulazione. Diritto romano*, Novissimo Digesto Italiano, T. VI, Torino 1964, s. 519-521.

⁴ G. Grosso, *Abuso del diritto. Diritto romano*, Enciclopedia del Diritto, T. I, Varese 1958, s. 161.

⁵ A.M. Rabello, *Effetti personali...*, s. 241.

wanym ojcowskim gniewem. Musiało więc wydawać się nieludzkim, że ojciec pozostawał bezlitosnym sędzią, upoważnionym do zadania śmierci osobom podległym *patria potestas*⁶.

Widać wszelako, że w całym tym procesie chodziło nie tyle o przejęcie uprawnień ojca, co o zmuszenie go do ich wykonywania zgodnie z nowym rozumieniem treści władzy ojcowskiej. Z D.48.9.5 wynika tedy sprzeciw nie wobec ukarania syna śmiercią za cudzołóstwo, lecz wobec nadużycia tego uprawnienia w sensie formalnym, a więc wobec procedury wdrożonej dla wymierzenia kary. Wzmocnienia dodaje oczywiście oburzenie wyrachowaniem i przemyślnością ojca oraz premedytacją, z jaką dopuścił się czynu.

Ostatnie zdanie przedstawionego tekstu: *nam patria potestas in pietate debet, non in atrocitate consistere*, budziło wiele podejrzeń. Opowiadano się za interpolacją wyjątku z czternastej księgi Instytucji Marcjana ze względu na ogólność sformułowania, umieszczenie go na końcu fragmentu oraz treść - niedopuszczalną, zdaniem niektórych, bo sugerującą połączenie *ius vitae necisque* z *pietas paterna*⁷. Nie koniecznie trzeba przyznać rację temu pogładowi⁸. Co ważniejsze jednak, nie zmienia on zasadniczo rozumienia treści przekazu o interwencji cesarza Hadriana. Ostatnie zdanie łączy się harmonijnie z resztą tekstu. Natomiast podaje ono szersze uzasadnienie powodów, którymi princeps mógł się kierować, i wskazuje na rozwój rozumienia *patria potestas* nie tylko jako praw ojca, lecz również jako ciężących nań obowiązków, których dopełnienia prawo może się niejednokrotnie domagać.

Poglądu pandektystów doszukujących się w D.48.9.5 dowodu na istnienie rzymskiej teorii nadużycia prawa, rzeczywiście nie sposób uznać w pełni za trafny. Wszelako nie ze względu na zastrzeżenia co do jego dogmatyczności w imię niedogmatycznego rozumienia wykonywania uprawnień, o których nadużyciu Rzymianie rzekomo nie rozprawiali. Niezależnie bowiem od sporu wokół istnienia w prawie klasycznym teorii nadużycia prawa, wolno poddawać w wątpliwość trafność dziewiętnastowiecznego komentarza, gdyż we wskazywanym tekście D.48.9.5 po prostu nie ma mowy o nadużyciu prawa. Przykład zaczerpnięty z 14 księgi Instytucji Marcjana dotyczyłby go, gdyby przysługujące sobie prawo ojciec wykonywał w sposób z jakichś względów kwestionowany merytorycznie. Tu jednak utratę uprawnienia powoduje przyjęcie przez *pater familias* niewłaściwego sposobu postępowania. Cesarz ukarał go przecież nie tyle za to, że zabił, lecz za to jak tego dokonał. Postępo-

⁶ P. Voci, *Storia della patria potestas da Augusto a Diocleziano*, IURA 31/1980, s. 61.

⁷ *Index interpolationum*, T. III, Wiemar 1935, szp. 536 adhl; C. Ferrini, *Manuale di pandette*⁴, Milano 1953, § 701, s. 673-674 przyp. 4; M. Roberti, „*Patria potestas*”..., s. 261; M. Kaser, *Der Inhalt der patria potestas*, ZSS 58/1938, s. 69 przyp. 2; B. Albanese, *Note sull'evoluzione storica del ius vitae ac necis*, Scritti Ferrini, T. III, Milano 1948, s. 362-363 przyp. 2; B. Biondi, *Il diritto romano cristiano*, T. III, Milano 1954, s. 4.

⁸ Szczegółowo rozprawia się z nim A.M. Rabello, *Effetti personali...*, s. 237-240; por. P. Voci, *Storia...*, s. 68-69.

wanie *pater familias* nie miało przecież w tym przypadku znamion wykonywania sprawiedliwości w majestacie władzy ojcowskiej. Mordował jak zbójca, nie inny niż każdy zwyczajny *latro*. Jeśli więc w ogóle wyrok wydany przez Hadriana wnosił coś nowego do rozumienia władzy ojcowskiej, dokonywał jedynie korekty granic uprawnień ojca. Nie niósł zaś w sobie oceny sposobu korzystania z nich. Subtelnie zarysowuje się tutaj rozróżnienie: czym innym jest wskazanie czy uprawnienie istnieje w danym zakresie, czym innym zaś ograniczenie w wykonywaniu go. Tylko ten drugi przypadek warto nazwać nadużyciem prawa, jeśli chce się zachować jakąkolwiek użyteczność tego określenia. Za nadużycie może być postrzegane kapryśne i bezzasadnie srogie postępowanie z dziećmi. Nie ma zaś prawa do podstępnego zamordowania syna, nawet jeśli zasłużył na wykonanie wyroku śmierci.

Przedstawione uwagi odnoszące się do interpretacji fragmentu D.48.9.5 nie zwalniają jednak z rozważenia kwestii, czy rzeczywiście dziewiętnastowieczna teoria nadużycia prawa była całkowicie chybiona. Trudno znaleźć argumenty, które pozwoliłyby obalić przekonanie współczesnych autorów, że Rzymianie nie wypracowali teorii nadużycia prawa. Nie wiadomo jednak, dlaczego miałoby się jej po nich oczekiwać. Rozważania teoretyczne prowadzili przecież tylko wtedy, gdy było to całkowicie konieczne ze względów konstrukcyjnych, z racji społecznych lub z uwagi na użyteczność rozwiązania prawnego. Tak na przykład dla celów czysto praktycznych traktowano spadek jako jedną rzecz, określaną jako niematerialna czy wypracowano pojęcie sukcesji uniwersalnej. Jednak poszukiwanie teorii nadużycia prawa w twórczości starożytnych jurystów niekoniecznie wydaje się uzasadnione. Teoria bowiem musiałaby stale znajdować zastosowanie, a ze względu na swą ogólność i dogmatyczny charakter powinna dotyczyć wielu instytucji prawnych. Stałej i szerokiej w swym zasięgu kontroli wykonywania uprawnień niestety nie sposób dowieść. Należy więc przyznać rację tym, którzy uważają, że klasyczne prawo rzymskie nie znało teorii nadużycia prawa.

Nie brakuje natomiast przykładów wskazujących na sprzeciw wobec konkretnych nadużyć w wykonywaniu uprawnień – względem władzy ojcowskiej nawet od najdawniejszych czasów. Już ustawa XII tablic – Tab. IV.2b, wprowadza ograniczenie *patria potestas*, postanawiając, że trzecia sprzedaż syna powoduje wręcz jej utratę nad nim⁹.

U zarania Rzymu, przy tworzeniu zrębów społecznej organizacji miasta, zrezygnowano z ujmowania relacji między członkami tej samej rodziny w kategorii prawne. Wykrzyknik Gaiusa z G.1.55: *fere enim nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus*, podkreśla trwałość ustrojowego urzędzenia, w którym ojciec rodziny uzyskiwał wobec jej członków szerokie uprawnienia, określane jako *ius vitae necisque* i *ius*

⁹ M. i J. Zabłoccy, *Ustawa XII tablic. Tekst – tłumaczenie – objaśnienia*, Warszawa 2000, s. 28-29.

*vendendi*¹⁰. Pozostaje tedy pytanie, dlaczego zdecydowano, aby przy trzeciej sprzedaży syna *pater familias* tracił nad nim swą władzę ojcowską. Powszechnie przyjmowana interpretacja postrzegała przepis Tab. IV.2b nie tyle jako świadectwo ograniczenia *ius vendendi*, co sposób ukarania ojca za nadużycie prawa¹¹. Generalnie nikt nie poddawał w wątpliwość, że *pater familias* mógł sprzedawać syna. Niekiedy było to w pełni uzasadnione czy wręcz konieczne ze względów ekonomicznych. Jednak gdy ojciec pozwalał sobie na to zbyt często, musiało powstawać wrażenie, że nadużywa swego uprawnienia. Zdecydowano się wówczas nakreślić granice temu prawu, przyjmując najprostszą chyba metodę – ograniczenie liczbowe. Powstała norma, zgodnie z którą zwierzchnik agnacyjny tracił *patria potestas* przy trzeciej sprzedaży syna.

Najwyraźniej skandalicznie duża okazywała się częstotliwość, z jaką ojcowie rodzin w V w. przed Chrystusem sprzedawali swoich synów, gdy bynajmniej nie było po temu konieczności: powracających pod *patria potestas* ponownie – dla siebie tylko znanych powodów – oddawali *in mancipio*¹². Proceder ten musiał bulwersować rzymskie społeczeństwo, skoro zdecydowano się na drastyczne rozwiązanie, jakim było ustawowe i dokonujące się *ipso iure* pozbawienie ojca władzy nad synem w momencie dojścia do skutku trzeciej sprzedaży. To ograniczenie *ius vendendi* miało jednak zupełnie inny charakter niż znane w prawie archaicznym zakazy sprzedawania własnej żony¹³ lub żonatego syna¹⁴, a w zakresie *ius vitae necisque* obowiązek wychowywania wszystkich synów oraz pierworodnej córki, czy też zakazy zabijania dzieci do trzeciego roku życia w ogóle¹⁵, starszych zaś *sine iusta causa*¹⁶. Wskazane normy faktycznie kształtowały zakres *patria potestas*, wyznaczając granice uprawnieniom z niej wypływającym. Natomiast możliwość utraty *patria potestas* na skutek nieodpowiedzialnego korzystania z *ius vendendi*, stanowiła ostrzeżenie przed nadużyciem własnego prawa. Powracając te-

¹⁰ Tab.IV.2.a-b. Por. FIRA I, s. 35 przyp. *adhl.* Natomiast Dion.2.26,27 wskazuje na Romulusa, jako na tego, który przyznał *patres familias* zarówno *ius vitae necisque*, jak i *ius vendendi*. Świadczy to przynajmniej o przekonaniu co do starożytności tych uprawnień ojców rodzin.

¹¹ Por. np. P. Bonfante, *Corso di diritto romano*, T. I. *Diritto di famiglia*, Milano 1963 [ristampa coretta della prima edizione Roma 1925], s. 80, 102; R. Monier, *Manuel elementaire de droit romain*⁶, T. I, Paris 1947, s. 273; H. Kaufmann, *Die altrömische Miete*, Köln-Graz 1964, s. 44-50, 243-244; R. Yaron, *Si pater filium ter venum duit*, TR 36/1968, s. 57-72; A.M. Rabello, *Effetti personali...*, s. 98-99. Przeciwnie H. Lévy Bruhl, «*Si pater filium ter venum duit filius a patre liber esto*», w: *Nouvelles Etudes sur le Très Ancien Droit Romain*, Paris 1947, s. 80-94; idem, *La vente de la fille de famille à Rome*, w: *Festschrift H. Lewald*, Basel 1953, s. 93-100; M. Kaser, *Zur altrömischen Hausgewalt*, ZSS 67/1950, s. 474-483.

¹² A. Guarino, *Diritto privato romano*⁹, Napoli 1992, s. 548. Por. W. Wołodkiewicz-M. Zabłocka, *Prawo rzymskie. Instytucje*, Warszawa 1996, s. 120.

¹³ Norma przypisywana Romulusowi, Plutarch, Rom.22 za FIRA I, s. 8.

¹⁴ Norma przypisywana Numie Pompiliuszowi, Dion.2.27, za FIRA I, s. 10. 15 Dion.2.15; Tab. IV.1, por. FIRA I, s. 35 przyp. *adhl.*

¹⁵ Dion.2.15; Tab. IV.1, por. FIRA I, s. 35 przyp. *adhl.*

¹⁶ G.Aug.4.86.

dy do rozróżnienia: czym innym jest wskazanie czy uprawnienie istnieje w danym zakresie, czym innym zaś wystąpienie przeciw nadużyciu prawa, to znaczy ograniczenie w wykonywaniu uprawnienia. Nadużyciem bowiem wydaje się beznamienne oddawanie syna *in mancipio*, gdy tylko powróci od osoby, której poprzednio go sprzedano. Nie stanowi go natomiast brak *ius vendendi* w stosunku do żony czy żonatego syna.

Przepis Tab. IV.2b nie służył osiągnięciu pożądanego kształtu władzy ojcowskiej, lecz korygowaniu jej sprawowania – nie tyle określeniu uprawnień, co kontrolowaniu przebiegu korzystania z nich. Jego rola bliższa była funkcji dyscyplinarnej, jaką spełniało zwoływane czasami *consilium domesticum*, które stanowiło jakby pozostałość antycznych form wspólnotowych społecznej kontroli¹⁷. Podobnie pojedyncze interwencje cenzorów, podejmowane na podstawie ich *iudicium arbitriumque de moribus*, skupiały się na sposobie, w jaki *pater familias* wykonywał swoją władzę – zwłaszcza jak wychowywał swych synów¹⁸. Jednak w kwestii trzykrotnej sprzedaży syna nie indywidualizowano przypadków i nie rozważano każdego nadużycia z osobna. Nie przewidywano też żadnych wyjątków, a przyjęty tryb utraty władzy ojcowskiej nad synem wskazuje, iż wielokrotną sprzedaż uznawano nie tylko za wyjątkowo naganną moralnie, ale i społecznie niepożądaną.

Pozostając przy władzy ojcowskiej warto przytoczyć inny przykład. Powszechnie wiadomo, że dla zawarcia małżeństwa przez osoby, z których przynajmniej jedna pozostawała pod władzą *pater familias*, oprócz spełnienia wszystkich przesłanek i wymogów, konieczna była zgoda zwierzchnika agnacyjnego. Gdy zanikła *conventio in manum*, córka pozostawała pod władzą ojca także po wyjściu za mąż. Ojciec mógł ją zawsze wezwać do siebie, co w konsekwencji prowadziło do zerwania małżeństwa¹⁹. Także w tej mierze uprawnień zwierzchników agnacyjnych nikt nie kwestionował. Nie podlegały one żadnym ograniczeniom, ponieważ nie tylko szanowano prawo ojca, ale przede wszystkim rozumiano, że będzie on najlepiej wiedział, jak układać stosunki rodzinne. Działo się tak do czasu, gdy ze społecznych racji pewne zjawiska wydały się trudne do tolerowania. Świadcstwo cesarskiej interwencji w tej materii zawierają *Pauli Sententiae*: PS. 5.6.15. *Bene concordans matrimonium separari a patre divus Pius prohibuit, itemque a patrono libertum, a parentibus filium filiamque: nisi forte quaeratur, ubi utilius morari debeat.*

Antoninowi Piusowi przypisano wprowadzenie zakazu rozrywania małżeństw harmonijnych. Cesarz nie odebrał ojcom prawa do przywołania dziec-

¹⁷ A. Ruggiero, *Nuove riflessioni in tema di tribunale domestico*, w: Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino, T. IV, Napoli 1984, s. 1593-1600, który podaje dotychczasową literaturę przedmiotu s. 1593 przyp. 1; R.A. Bauman, *Family Law and Roman Politics*, Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino, T. III, Napoli 1984 s. 1287-1289.

¹⁸ F. Cancelli, *Studi sui censori e sull'arbitratus della lex contractus*, Milano 1957, s. 89-97; A.M. Rabello, *Effetti personali...*, s. 115-116.

¹⁹ P. Voci, *Storia...*, s. 41.

ka do siebie, a w ten sposób do przerywania małżeństw. Sprzeciwił się tyłko korzystaniu z tego w konkretnych sytuacjach, gdy beznamienne wykonanie uprawnienia powodowało ludzkie dramaty. Nawet w postronnych obserwatorach działania *pater familias* musiały budzić niepokój, gdy z danego związku przyszły już na świat dzieci. Cesarz uznając za nieuzasadnione rozrywanie małżeństw zgodnych spowodował, że ograniczeniu uległa całkowita swoboda ojca w decydowaniu o dalszym trwaniu małżeństwa dziecka *in potestate*. Stwarzając tę normę faktycznie poddano po raz kolejny wykonywanie *patria potestas* badaniu pod względem merytorycznym. Normatywny sposób prowadzenia go przy zastosowaniu kategorii ocennej: „*bene concordans*”, jest oczywiście nowocześniejszy, niż mechaniczne karanie za nadużycie *ius vendendi* w prawie archaicznym. Norma ustanowiona przez Antonina Piusa doskonale ugruntowała się w prawie. Musiała więc zostać bardzo dobrze przyjęta. Potwierdzają to konstytucje jego następców: Marka Aureliusza²⁰, a później Sewera i Karakalii²¹. Ulpian w księdze 71 komentarza do edyktu D.43.30.1.5 wspominał też: *certo iure utimur ne bene concordantia matrimonia iure patriae potestatis turbentur*²².

Wyrażenie *bene concordans matrimonium* wskazuje na społeczne uwarunkowania podejmowanych interwencji, a dokładnie na sprzeciw wobec naruszania pokoju społecznego drastycznymi skutkami, jakie może wywołać zupełnie niekontrolowane wykonywanie uprawnień wynikających z *patria potestas*. Wyrażenie jest wszelako wyjątkowo nieostre i nie wiadomo, co miałyby znaczyć w sensie prawnym. Pewną wskazówkę stanowi tu wyjątek z *Fragmenta Vaticana*, powołujący zdanie Paulusa wyrażone w księdze ósmej jego *responsa*²³.

Vat. 116. *Pater invita filia repudium genero misit; quaero an profectam ex suis bonis dotem petere possit. Paulus respondit matrimonium quidem re ipsa iure solutum videri, sed patri filiam invitam a marito abducere non licere nec eum dotem repetere posse nisi filia consentiente.*

Rozważania toczone wokół kwestii zwrotu posagu, dotyczą w istocie problemu rozwiązania małżeństwa. Powstała bowiem wątpliwość, czy ojcu wolno domagać się *dos profecticia*, którą sam ustanowił, jeśli dokonał *repudium* wbrew woli córki. Paulus uznał rozwiązanie tej kwestii za oczywiste i wynikające z samego prawa, gdyż *pater familias* nie może doprowadzić do rozvodu bez zgody córki. Problem ten w kontekście zwrotu posagu szczególnie rozważał sam Antoninus Pius. W rekrypcie cesarz wymagał właśnie zgo-

²⁰ C.5.17.5 pr. Diocletianus et Maximianus (294 r.); C.5.17.12. Iustinianus (534 r.); Nov.22.19.

²¹ D.24.1.32.19. Ulpianus *libro trigesimo tertio ad Sabinum*. Por. P. Voci, *Storia...*, s. 41
²² Por. A.M. Rabello, *Effetti personali...*, s. 279-282.

²³ Powołanie miejsca, z którego pochodzi tekst w Vat.114. u O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, T. I, Lipsiae 1889, s.v. *Paulus nr 1522*, szp. 1236.

dy córki na zakończenie małżeństwa²⁴. Również źródła wskazujące, że ojcu wolno wedle uznania rozerwać małżeństwo córki, która jest *furiosa* (nie ma tu bowiem sensu mówić o wyrażaniu przez nią sprzeciwu)²⁵, potwierdzają uzależnienie w normalnych przypadkach ustania związku od woli córki, która nie doznaje ograniczeń w zakresie zdolności do czynności prawnych ze względu na swój stan umysłowy. Chociaż jej zgoda pozostawiała ojcu całą dotychczasową władzę, starożytna instytucja doznawała w ten sposób przeobrażenia w swej treści: można już mówić o rozwodzie chcianym przez córkę, a tylko dokonywanym przez ojca²⁶.

Przedstawiony przykład pokazuje przemiany, jakim podlegało rozumienie *patria potestas* w ciągu drugiego stulecia pryncypatu. Zakaz rozrywania harmonijnych małżeństw miał stosunkowo wąskie zastosowanie, jeśli wziąć pod uwagę całość uprawnień *pater familias*. Trudno tedy ze względu na dość okrojony kształt uznać go za próbę zasadniczej reformy władzy ojcowskiej. Stanowi raczej zdecydowaną reakcję na nieakceptowane zachowania. Mimo to nie sposób przecenić doniosłości regulacji wdrożonej przez Antonina Piusa. Stanowi ona niewątpliwe ograniczenie uprawnień ojca wobec zamężnej córki, którą prawo uniezależnia w jakiejś mierze od kaprysów *pater familias*. Ujawnia się tu w pierwszym rzędzie nowe pojmowanie treści *patria potestas*. Po drugie zaś interwencja cesarza dowodzi woli ingerowania w wykonywanie władzy przez zwierzchnika agnacyjnego.

Okazuje się, że wkroczenie przez Antonina Piusa w sferę praw ojca do decydowania o małżeństwie dzieci *in potestate* nie było całkowicie bezprecedensowe. D.23.2.19. Marcianus *libro sexto decimo institutionum. Capite trigesimo legis Iuliae qui liberos quos habent in potestate iniuria prohibuerint ducere uxores vel nubere, vel qui dotem dare non volunt ex constitutione divorum Severi et Antonini, per proconsules presidesque provinciarum coguntur in matrimonium collocare et dotare. Prohibere autem videtur et qui condicionem non quaerit.*

Wydana w 18 r. przed Chr. *lex Iulia de maritandis ordinibus*²⁷ w trzydziestym piątym rozdziale przewidywała możliwość zmuszenia ojca do wyrażenia zgody, koniecznej dla zawarcia małżeństwa przez kobietę znajdującą się pod jego *patria potestas*. W razie nieuzasadnionej odmowy prokonsul lub namiestnik prowincji przełamywał opór *pater familias*, zmuszając do wydania dziecka za mąż. Jedynym problemem pozostaje sprecyzowanie przesłan-

²⁴ D.24.3.2.2. Ulpianus *libro trigesimo quinto ad Sabinum*.

²⁵ D.24.2.4. Ulpianus *libro vicesimo sexto ad Sabinum*, który cytuje Juliana *libro octavo decimo digestorum* (por. O. L e n e l, *Palingenesia...* I, s.v. *Iulianus nr 295*, szp. 368); D.24.3.22.9. Ulpianus *libro trigesimo tertio ad edictum*.

²⁶ Por. P. V o c i, *Storia...*, s. 41.

²⁷ Na temat datowania, treści ustawy oraz celów, jakie przy jej pomocy próbowano osiągać por. M. Z a b ł o c k a, *Przemiany prawa osobowego i rodzinnego w ustawodawstwie dynastii julijsko-klaudyjskiej*, Warszawa 1987, s. 34-93.

ki, po której wystąpieniu urzędnik podejmował działanie. W tekście mowa jest o *iniuria*. Nie było wcześniejszych regulacji, które określałyby warunki uzyskania zgody ojca na małżeństwo dziecka *in potestate*. Trzeba przeto rozumieć *iniuria* jako brak słusznego motywu, całkowicie nie umotywowana odmowa, pozbawiona jakichkolwiek racji: moralnych, politycznych, społecznych, rodzinnych lub choćby towarzyskich. Jednym słowem – nadużycie. Ustawodawca przejęty był troską o zwiększenie przyrostu naturalnego i odnowienie społeczeństwa rzymskiego. Starał się nie tylko usunąć przeszkody stojące na drodze do zawierania związków małżeńskich, ale wręcz zobowiązywał do trwania w nich. Trudno więc również w D.23.2.19 nie doszukiwać się z jego strony sprzeciwu wobec nieobliczalnych kaprysów zwierzchnika agnacyjnego lub podejmowania decyzji służących egzekwowaniu uprawnień dla samego zaznaczenia dysponowania nimi. Siłą rzeczy dochodzi do ograniczenia uprawnień ojca, gdy zdaniem ustawodawcy korzysta z nich w sposób społecznie szkodliwy.

Dziewiętnastowieczni zwolennicy teorii nadużycia prawa nie sformułowali jej tedy zupełnie bezpodstawnie. Pozostaje faktem, że od najdawniejszych czasów w konkretnych przypadkach ujawniało się wśród Rzymian przekonanie, iż niektóre sposoby korzystania z uprawnienia stanowią jego nadużycie, wobec czego – ich zdaniem – należy podjąć szereg środków zaradczych, w tym o charakterze prawnym. Tak działo się w prawie archaicznym wobec szczególnie niebezpiecznych społecznie przypadków marnotrawstwa czy wobec niepohamowanego sprzedawania dzieci. Później prawo reagowało na przejawy nieuzasadnionego okrucieństwa wobec niewolników oraz na wykonywanie władzy ojcowskiej sprzeczne z *pietas* lub *ratio legis*. Wszystko to potwierdzałoby przekonanie o ujawnianiu się w pewnych okolicznościach tendencji do ograniczania swobody w korzystaniu z własnego prawa. Tendencja ta zdaje się dotyczyć wewnętrznego poczucia sprawiedliwości. Musi być ona czymś bardziej pierwotnym od prawa, a nawet od społecznego przekonania o zakazie nadużywania uprawnień. Nie należy tedy poszukiwać dowodów jej nieprzerwanego istnienia – ze względu na samą jej naturę nie sposób go wykazać. Wystarczą przykłady pokazujące, że tendencja zawsze może się ujawnić.

