

MAREK KURYŁOWICZ (LUBLIN)

Arrogacja własnych dzieci pozamałżeńskich w rzymskim prawie klasycznym

I

Dzieci pozamałżeńskie nie były spokrewnione ze swoim ojcem naturalnym ani agnатыcznie, ani w zasadzie kognатыcznie¹ i pozostawały z punktu widzenia prawa całkowicie poza jego rodziną. Czy jednak ten brak prawnego powiązania dziecka pozamałżeńskiego z jego ojcem mógł być naprawiony, a w szczególności — czy mogła służyć temu arrogacja, to pytania, na które w artykule tym zostanie podjęta próba odpowiedzi. Ponieważ źródła² jako jedną z istotnych cech sytuacji prawnej dziecka pozamałżeńskiego wskazują niepodleganie takiego dziecka władzy ojcowskiej, należy zatem podkreślić, że chodzi tu o kwestię, czy w prawie klasycznym ojciec dziecka pozamałżeńskiego mógł poddać je swej władzy ojcowskiej za pomocą *arrogacji*, tak by dziecko to nabyło w ten sposób sytuację prawną dziecka prawego (*filius iustus*)³.

Zastosowanie właśnie arrogacji jako sposobu przysposobienia uzasadnione jest tym, że dzieci pozamałżeńskie są od urodzenia osobami *sui iuris*⁴.

¹ Stąd też określane są w źródłach m. in. jako *quasi sine patre filii*. Por. G. 1, 64; Ulp. Reg. 4, 2. Por. także D. 1, 5, 23; 38, 8, 4; 38, 10, 1 - 4; C. 5, 18, 3; J. 3, 5, 4/3. Insadowski, *Rzymskie prawo małżeńskie a chrześcijaństwo*, Lublin 1935, s. 255; Kaser, *Das römische Privatrecht*, München 1955 (dalej cyt. RPR), I, s. 298 uw. 8 oraz s. 270 i 584; Lacrivain, *Spurii*, Darenberg-Saglio, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, 1875 - 1912 (dalej cyt. DS), IV, 2, s. 1445; Schulz, *Classical Roman Law*, Oxford 1953, s. 160. Co do wyjątków dotyczących braku pokrewieństwa kognatycznego por. Baudry, *Cognatio*, DS I, 2, s. 1283.

² G. 1, 64; 87; 88. Ulp. Reg. 5, 7. Por. także G. 1, 55; D. 1, 5, 23; 38, 8, 4.

³ Poza rozważaniami pozostają natomiast inne, bardziej szczególne przypadki zmiany sytuacji dziecka pozamałżeńskiego na sytuację dziecka prawego. Przegląd takich przypadków daje Volterra, *Intorno a D. 23, 2, 57a*, Mélanges Meylan, Lausanne 1963, I, s. 367 - 377. Por. także Kaser, RPR, I, s. 242.

⁴ G. 1, 64; 87. Ulp. Reg. 5, 7. D. 1, 5, 23; 38, 8, 4. Jolowicz, *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, Cambridge 1952, s. 119 uw. 1; Lacrivain DS, IV, 2 s. 1445; Schulz, o.c., s. 147. Kaser, *Zur altrömischen Hausgewalt*, ZSS 67,

Wskazane zagadnienie dopuszczalności arrogowania własnego dziecka pozamałżeńskiego nie zostało w literaturze naukowej wystarczająco opracowane i traktowane było jedynie marginesowo. Nadto, istniejące wypowiedzi — obok niezgodności wyrażonych w nich poglądów — nie są również precyzyjne w określeniu okresu historycznego, do którego się odnoszą.

Co do prawa klasycznego, za możliwością arrogowania własnych dzieci pozamałżeńskich opowiadają się wyraźnie: Bellelli⁵, Burdese⁶, Insadowski⁷, Janeau⁸, Kuttner⁹, Lacrivain¹⁰, Orestano¹¹, oraz, zdaje się, Schulz¹². Mniej dokładne w określeniu czasu są wypowiedzi innych autorów¹³, wspominających najczęściej o arrogacji dzieci pozamałżeńskich przy omawianiu legitymacji w prawie justyniańskim. Zdecydowanie przeciwne stanowisko zajmuje Osuchowski¹⁴, który jednak nie wyjaśnia, czy ten istniejący — jego zdaniem — zakaz arrogacji własnego dziecka pozamałżeńskiego obowiązywał w prawie klasycznym czy poklasycznym. Na niedopuszczalność takiej arrogacji, zwłaszcza w odniesieniu do dzieci

s. 489 przypuszcza, że w najdawniejszych czasach pozamałżeńskie dziecko pozostawało w rodzinie matki w sytuacji dziecka *in mancipio*; zaznacza jednak, że źródła nie dają w tej kwestii żadnych wyjaśnień.

⁵ Bellelli, *L'arrogazione dei libertini*, Archivio Giuridico „Filippo Serafini”, Nr 32 (116), Modena 1936, s. 76 uw. 6.

⁶ Burdese, *Manuale di diritto privato romano*, Torino 1964, s. 301.

⁷ Insadowski, o.c., s. 257, 259.

⁸ Janeau, *De l'adrogation des liberi naturales à la Légitimation par rescrit du Prince*, Paris 1947 (dalej cyt. *L'adrogation*), s. 25 oraz: *Constantin et la prohibition d'adrogation des naturales*, Conférences faites à l'Institut de Droit Romain en 1947, Paris 1950, s. 135. Por. także recenzję F. La Rosa z pierwszej cyt. wyż. pracy, IURA 1/1950, s. 500.

⁹ Kuttner, *Die Adoption des unehelichen Kindes durch den eigenen Vater und durch die eigene Mutter*, Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. 47, Jena 1904, s. 74.

¹⁰ DS IV, 2, s. 1446.

¹¹ Orestano, *La struttura giuridica del matrimonio romano*, Milano 1951, s. 123 uw. 345.

¹² Schulz, o.c., s. 147. Możliwość arrogowania własnych dzieci pozamałżeńskich zdaje się wynikać u autora ze zdania: „Women could not be adrogated...; this rule was observed throughout the whole classical period. The important consequence was that a person could not adopt his illegitimate daughter”. Por. nadto Carcopino, *Życie codzienne w Rzymie w okresie rozkwitu cesarstwa*, Warszawa 1960, s. 124.

¹³ Np. Bauchet, *Patria Potestas*, DS IV, 1, s. 344; Biondi, *Il diritto romano cristiano*, Milano 1954, III, s. 67; Bonfante, *Corso di diritto romano*, I, Roma 1925, s. 277; Gide, *De la condition de l'enfante naturel et la concubine dans la législation romaine*, Nouvelle Revue Historique de Droit Français et Etranger, 4/1880, s. 411; Perozzi, *Istituzioni di diritto romano*, Roma 1928, I, s. 453; Stojčević, *Rimsko pravo*, Beograd 1966, s. 117.

¹⁴ Osuchowski, *Zarys rzymskiego prawa prywatnego*, Warszawa 1966, s. 297.

pochodzących z konkubinatu, wskazują również niektórzy pandektyści¹⁵, powołując się jednak w tym względzie na źródła prawa poklasycznego i justyniańskiego. Dokładniejsze omówienie wypowiedzi poszczególnych autorów jest utrudnione wskutek braku uzasadnień głoszonych przez nich poglądów.

Poza tym inni romaniści pomijają, o ile mogłem stwierdzić, kwestię arrogacji dzieci pozamałżeńskich milczeniem. Przyczyną takiego stanu jest najprawdopodobniej brak źródeł, mogących dać szerszą podstawę do badań w tym zakresie. Sytuacja bowiem przedstawia się tak, że nie ma właściwie źródeł stwierdzających wyraźnie i jednoznacznie dopuszczalność takiej arrogacji, ani też źródeł wskazujących na jej zakaz. Istotny zwłaszcza dla dalszych rozważań jest fakt, że ani formuła arrogacji¹⁶ ani inne teksty źródłowe dotyczące arrogacji nie zawierają postanowień wskazujących na niedopuszczalność stosowania tej formy przysposobienia wobec dzieci pozamałżeńskich. Jest nadto rzeczą charakterystyczną, że wśród licznych sytuacji szczególnych, w których dopuszczalność arrogacji ulega pewnym ograniczeniom ze względu na sytuację prawną, rodzinną lub majątkową arrogującego czy arrogowanego¹⁷, nie wymienia się w źródłach arrogacji dziecka pozamałżeńskiego, ani też nie spotyka się żadnych stwierdzeń wskazujących, że pozamałżeńskie pochodzenie dziecka miało ujemny wpływ na możliwość arrogowania go przez ojca.

Brak wystarczających źródeł, dotyczących bezpośrednio arrogacji dzieci pozamałżeńskich, nakazuje szukać pośrednich dróg dojścia do odpowiedzi na postawione pytania. Taką drogę pośrednią stanowić może, moim zdaniem, badanie dopuszczalności arrogacji osób będących w takiej sytuacji prawnej, w jakiej mogły się znajdować także dzieci pozamałżeńskie. Jeżeli więc znajdą się źródła stwierdzające dopuszczalność arrogacji takich osób, to pozwolą one na wniosek, że mogła mieć miejsce także arrogacja dzieci pozamałżeńskich, o ile znalazły się one w takiej samej sytuacji prawnej. Wskazówki do takich porównań dają niektóre niżej omówione źródła, których treść — uzupełniona odpowiednio innymi tekstami — może być podstawą do uprawdopodobnionych w ten sposób wniosków końcowych.

¹⁵ Por. np. Arndts, *Lehrbuch der Pandekten*, Stuttgart 1872, s. 710; Baron, *Pandekten*, Leipzig 1893, s. 628, uw. 7; Bender, *Geschichte des römischen Privatrechts*, *Pandekten*, Leipzig 1900, s. 232; Windscheid-Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt a.M. 1906, III, s. 96 uw. 11.

¹⁶ Gell. Noct. Att. 5, 19, 9; — *Velitis, iubeatis, uti L. Valerius L. Titio tam iure legeque filius siet, quam si ex eo patre matreque familias eius natus esset, utique ei vitae necisque in eum potestas siet, uti patri endo filio est. Haec ita uti dixi, ita vos, Quirites, rogo.*

¹⁷ Np. arrogacja wyzwoleńca, niedojrzałego, zamożnego przez ubogiego itp. Por. D. 1, 7, 15; 1, 7, 17; Gell. Nect. Att. 5, 19.

II

Tekstem mogącym posłużyć za podstawę dla badań nad możliwością arrogacji dzieci pozamażeńskich jest D. 1, 6, 11 (Mod. 1. 1 Pand.): *Inviti filii naturales vel emancipati non rediguntur in patriam potestatem*.

Użycie przez Modestyna w cyt. fragmencie ogólnego wyrażenia *rediguntur in patriam potestatem* może nasuwać wątpliwości, czy chodzi tu rzeczywiście o arrogację. Istnieją jednak źródła posługujące się tym zwrotem na oznaczenie arrogacji — np. D. 1, 7, 17, 2; D. 1, 7, 33, w innych zaś źródłach użyty jest on w sensie ogólnym dostawania się pod czyjąś władzę¹⁸. Wynika z tego, że *redigere in potestatem* jest szerokim pojęciem oznaczającym samą czynność dostawania się pod czyjąś władzę, bez wyróżniania sposobu (środka), za pomocą którego ta *redactio* następuje; może więc być nim i arrogacja. Ponieważ cytowany wyżej tekst D. 1, 6, 11 dotyczy także dzieci emancypowanych, których przysposobienie mogło nastąpić jedynie w drodze arrogacji¹⁹, należy stąd wnioskować, że odnosi się on do tego właśnie sposobu nabywania władzy ojcowskiej.

Użycie spójnika *vel* (coniunctio disiunctiva)²⁰ wskazuje na wyróżnienie w tekście dwóch odrębnych kategorii dzieci: *filii naturales* i *[filii] emancipati*²¹. Pozwala to na wniosek, że możliwość arrogacji dopuszczona jest także wobec wskazanych w tekście *filii naturales*. Zasadniczym jednak problemem, jaki w związku z tym powstaje, jest ustalenie, w jakim znaczeniu występuje tutaj ten termin.

W literaturze romanistycznej panuje na ogół zgodność poglądów²², że termin *filius naturalis* występuje w źródłach prawa rzymskiego na oznaczenie: 1) dzieci spłodzonych przez rodziców w iustum matrimonium i pozostających wskutek tego pod władzą ojca — w przeciwieństwie do

¹⁸ Por. VIR, t. 5, coll. 47 (*redigere*); Heumann-Seckel, *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*, Graz 1958, s. 497 (*redigere*).

¹⁹ Por. D. 1, 7, 12. O arrogacji emancypowanych mówi wiele innych tekstów, np: D. 1, 7, 15, 1; 1, 7, 41; 28, 2, 23, pr; 37, 4, 3, 6; 37, 4, 8, 7; 37, 4, 14, 1; 38, 6, 4. Bergmann, *Beiträge zum römischen Adoptionsrecht*, Leipzig 1919, s. 8; Longo, *Diritto romano, Diritto di famiglia*, Roma 1953, s. 178.

²⁰ Adiectivum a participio, VIR, t. 5, coll. 1227; Levis-Short, *A Latin Dictionary*, Oxford 1955, coll. 1963 (s. v. *vel*).

²¹ Kübler, VIR, t. 5, coll. 1227 zaznacza przypuszczenie, że *vel* jest interpolowane, nie podając żadnego uzasadnienia. Trudno chyba byłoby zresztą je znaleźć, skoro prawo justyniańskie zabrania arrogowania liberi naturales, unormowanie zaś legitymacji nastąpiło głównie dopiero w Nowelach, w każdym zaś razie nie w Digestach. Także domniemanie autentyczności tekstu każe uznać go za nie zmieniony, zwłaszcza że możliwa jest jego interpretacja zgodnie z prawem klasycznym.

²² Por. np. Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Filadelfia 1953, s. 473 (s.v. *filius naturalis*); Bonfante, o. c., s. 270; Gide, o. c., s. 415; Heumann-Seckel, o. c., s. 361 (s.v. *naturalis*); Janeau, *L'adrogation*, s. 15-21; Kuttner, o. c., s. 75 uw. 3; Steinwenter, RE XVI, 2 coll. 1810; Wolff, *The Background of the Postclassical Legislation on Illegitimacy*, Seminar 3/1945, s. 20.

dzieci adoptowanych: 2) dzieci pochodzących z *contubernium*; 3) dzieci pochodzących z konkubinatu (tylko w prawie poklasycznym i justyniańskim — od Konstantyna).

Rozbieżności powstają natomiast przy ocenie, czy terminu tego używało rzymskie prawo klasyczne na oznaczenie wszelkich dzieci pozamałżeńskich (w przeciwieństwie do dzieci pochodzących z prawego małżeństwa)²³.

W omawianym fragmencie D. 1, 6, 11 brak wyraźnych wskazówek, pozwalających na ścisłe ustalenie znaczenia *fili naturales*, jest jednak moim zdaniem w każdym razie oczywiste, że termin ten nie występuje tu jako przeciwstawienie do *fili adoptivi*. Już samo wyrażenie *inviti filii* wskazuje, że chodzi tu o dzieci, które nie będąc pod władzą ojcowską mogą same wyrazić sprzeciw wobec ich arrogowania. Nadto, przy przeciwstawianiu *fili naturales fillis adoptivis* podkreśla się w źródłach²⁴, że obie kategorie dzieci podlegają władzy ojcowskiej, ale pierwsze (*naturales*) weszły pod nią przez urodzenie w prawym małżeństwie, drugie zaś (*adoptivi*) — przez akt prawny (adopcję). W D. 1, 6, 11 natomiast ze zwrotu *naturales vel emancipati* wynika, że chodzi tu o dwie kategorie osób nie podlegających władzy ojcowskiej bądź to z natury (nie zrodzone w prawym małżeństwie, *naturales*), bądź to wskutek aktu prawnego (*emancypowane*)²⁵.

Ustalenie, że określenie *fili naturales* nie jest użyte w D. 1, 6, 11 jako przeciwstawienie *fili adoptivi* ma istotne znaczenie, nie zachodzi bowiem wobec tego konieczność dalszego rozważania, jakie kategorie dzieci są tym określeniem oznaczone w tekście (czy tylko dzieci z *contubernium*²⁶, czy też wszelkie dzieci pozamałżeńskie)²⁷. W obu przypadkach bowiem będą to i tak dzieci pozamałżeńskie.

²³ Tak twierdzą: Steinwenter, loc. cit. i Perozzi, *Istituzioni*, I, s. 377, na ogół panuje jednak przekonanie przeciwne. Por. literaturę z przypisu 22 (wyżej), a nadto Kaser, RPR, I, s. 298 uw. 7; Gide, o.c., i Wolff, o.c., s. 24 zwracają uwagę, że tak szerokie znaczenie *f. naturalis* spotyka się w inskrypcjach. Brak jednak, także m. zd. podstaw do całkowitego przyjęcia, że prawo klasyczne używało tego terminu dla określenia w ogólności pozamałżeńskiego pochodzenia dziecka. Mała precyzja i niejednorodność terminologii w tym zakresie nie pozwalają na stanowcze i jednoznaczne rozstrzygnięcie tej kwestii. Por. Kuttner, o.c., s. 75 uw. 3.

²⁴ Np. G. 1, 97; Ulp. Reg. 8, 1; D. 1, 7, 31; 38, 17, 7; Suet. Tib. 52, 1. Por. Heumann-Seckel, o. c., s. 361 (s.v. *naturalis*).

²⁵ Prawdopodobnie też dlatego tekst ten, jako dotyczący status *familiae* został umieszczony w tytule D. 1, 6: *De his, qui sui vel alieni iuris sunt*, zaczerpnięty zaś został (wg Lenela, *Palingenesia iuris civilis*, I, coll. 721) z księgi pierwszej Pandektów Modestyna o tytule *De statu hominum*.

²⁶ Tak Janeau, który jednak cytując D. 1, 6, 11 opuszcza wyrazy — *vel emancipati* — co moim zdaniem nie pozwala na prawidłową wykładnię tekstu (*L'adrogation*, s. 85).

²⁷ Takie przypuszczenie wysuwa Wolff, o. c., s. 29, który mimo bronionego

Powyższe stwierdzenie prowadzi do wniosku, że termin *fili naturalis* oznacza w D. 1, 6, 11 w każdym razie dzieci pozamałżeńskie, całość zaś tekstu wyraża dopuszczalność arrogacji tych dzieci, choć nie da się dokładnie ustalić, w jakim zakresie. Tekst ten nie określa także osoby arrogującego, przez co niewyjaśniona pozostaje nadal sama kwestia arrogacji dzieci pozamałżeńskich przez ojca.

III

Z całego tytułu VII *De adoptionibus* księgi I Digestów za odnoszące się do omawianego zagadnienia można uznać jedynie fragmenty Ulpiana: D. 1, 7, 46 i D. 1, 7, 17, 1.

D. 1, 7, 46 (1.4 ad leg. Iul. et Pap.): *in servitute mea quaesitus mihi filius in potestatem meam redigi beneficio principis potest: libertinum tamen eum manere non dubitatur*. Podnoszone były w literaturze wątpliwości²⁸, czy fragment ten, wobec podobieństwa do G. 1, 93²⁹, odnosi się rzeczywiście do arrogacji, czy też może określa postępowanie tego samego rodzaju, co we wskazanym fragmencie Gaiusa.

Na przyjęcie tej hipotezy brak jednak dowodów, samo zaś podobieństwo treści i formy postępowania w G. 1, 93 i D. 1, 46 nie stanowi dostatecznie przekonującego argumentu. Podobieństwo treści nie jest zresztą zbyt duże, wyrażnie bowiem odmienna jest sytuacja przedstawiona w obu tekstach. U Gaiusa występuje *redactio in potestatem* dzieci peregrynów, nabywających obywatelstwo rzymskie, w tekście Ulpiana zaś przedstawiona jest kwestia nabycia władzy ojcowskiej nad wyzwolonym z niewoli dzieckiem. Ta ostatnia kwestia (arrogacja wyzwolenca) nie występuje zresztą w ogóle w rozważaniach Gaiusa o różnych przypadkach nabywania władzy ojcowskiej nad dziećmi *qui statim ut nati sunt parentum in potestate non fiant, postea tamen redigantur in potestatem* (G. 1,

przez siebie twierdzenia, że *f. naturalis* nie było nigdy używane przez prawo klasyczne na oznaczenie dziecka pozamałżeńskie w ogólności, dopuszcza w tym przypadku możliwość takiego indywidualnego odchylenia od zasady. Lenel, o. c., col. 721, uw. 4 łączy D. 1, 6, 11 z G. 1, 93, odnosząc go przez to do *redactio in potestatem* dzieci osób nabywających obywatelstwo rzymskie. Przeciwno temu przemawia jednak fakt, że Gaius nie używa nigdzie wobec takich dzieci określenia *naturales*, a nadto, poza Gaiusem nie spotyka się nigdzie (zwłaszcza w Digestach) rozważań na temat takiej *redactio in potestatem*. Trudno więc przyjąć, że o takich dzieciach pisał Modestinus.

²⁸ Por. Lavaggi, *L'arrogazione dei libertini*, SDHI 12/1946, s. 117, uw. 9, a także Dell'Oro, *Confirmatio adoptionis non iure factae*, Labeo 5/1959, s. 13 uw. 4, w której autor przytacza opinię Castellego, że G. 1, 93 i D. 1, 7, 46 dotyczą tego samego rodzaju postępowania. Sama praca Castellego, *Intorno all'origine dell'arrogazione della donna* (Scritti, Milano 1923) nie była mi dostępna.

²⁹ G. 1, 93: *Si peregrinus sibi liberisque suis civitatem Romanam petierit, non aliter filii in potestate eius fiunt, quam si imperator eos in potestatem redegerit.*

65). Natomiast w obu tekstach znajduje się ten sam zwrot: *redigere in potestatem*, co może nasuwać wątpliwości, czy wyrażenie to oznacza w D. 1, 7, 46 arrogację. Jak już jednak wskazano wyżej (s. 3) *redigere in potestatem* może oznaczać wejście pod władzę ojcowską również za pomocą tej formy przysposobienia. Za arrogacją w D. 1, 7, 46 przemawia zaś przede wszystkim wykładnia systematyczna (D. 1, 7, *De adoptionibus*), należy więc przyjąć, że omawiany fragment Ulpiana odnosi się do nabywania władzy ojcowskiej w ten właśnie sposób³⁰. Wynika wówczas z tego, że słowa *beneficio principis* są interpolowane zamiast klasycznego określenia formy arrogacji: *populi auctoritate*³¹.

Stan faktyczny, przedstawiony w D. 1, 7, 46 jest następujący: ojciec naturalny nabywa za pomocą arrogacji władzę ojcowską nad spółdzonym przez siebie w niewoli dzieckiem, już wyzwolonym. Tekst ten dotyczy więc dziecka pozamałżeńskiego³², będącego zarazem wyzwoleniem, co wynika z treści fragmentu i jego ostatniego zdania (*libertinum tamen eum manere non dubitatur*)³³. Fragment ten pochodzi zresztą z komentarza Ulpiana *ad legem Iuliam et Papiam*, traktującej w znacznej mierze o sytuacji prawnej wyzwolenców³⁴.

Zawarte w tekście stwierdzenie *in servitute mea quaesitus mihi filius* wskazuje, że dziecko zostało spółdzone w czasie, gdy jego ojciec był jeszcze niewolnikiem³⁵. Niejasny jednak jest dalszy bieg wypad-

³⁰ Tak też: Baudry, o.c., DS I, 1, s. 78; Bellelli, o.c., s. 76, Gide, o.c., s. 411 uw.; Janeau, *L'adrogation*, s. 85; Kuttner, o.c., s. 78; Lavaggi, o.c., s. 117 uw. 9. Por. także B. 28, 5, 19, sch. 1.

³¹ Tak też Bellelli, o. c., s. 76; Kuttner, o. c., s. 78 uw. 4; Lavaggi, o. c., s. 117 uw. 9. Interpolacje takie są regułą w odnośnych tekstach: por. np. D. 1, 7, 2, pr; J. 1, 11, 1 z G. 1, 98, 99. Index Interpolationum, I; Supplementum I; VIR, t.1, coll. 239, 241, 516. Forma reskryptu cesarskiego została wprowadzona dla arrogacji dopiero przez Dioklecjana i to początkowo tylko dla prowincji. Kasser, RPR, I, s. 293 uw. 24; RPR II, s. 147; Dell'Oro, o.c., s. 14; Longo, o.c., s. 168. Nie jest wykluczone, że w poszczególnych przypadkach reskrypt cesarski mógł również wcześniej rozstrzygać konkretne wątpliwości co do możliwości arrogacji (por. G. 1, 102; D. 1, 7, 32, 1; Castello, *Il problema evolutivo della adrogatio*, SDHI 33/1987, s. 158), jednakże źródła dotyczące arrogacji wyzwolenca (np. Gell. Noct. Att. 5, 19, 11; D. 1, 5, 27; 1, 7, 15, 3; 23, 2, 32) nie wskazują, aby miało to miejsce również w przypadku takiej arrogacji.

³² Por. Bellelli, o. c., s. 76 uw. 5, który przypuszcza nawet, że tekst ten pierwotnie dotyczył właśnie arrogacji dzieci pozamałżeńskich, Justynian zaś zakazując takiej arrogacji zmienił stan faktyczny i dostosował tekst do arrogacji wyzwolenca. Por. także Kuttner, o. c., s. 178 (uw. 5: *in servitute quaesitus = spurius*) oraz B. 28, 5, 19, sch. 1.

³³ Bellelli, o. c., s. 76 uważa to zdanie za interpolowane, czemu słusznie przeciwstawia się Lavaggi, o.c., s. 132 uw. 54.

³⁴ Duff, *Freedmen in the Early Roman Empire*, Cambridge 1958, s. 43, 46, 191-193; Rotondi, *Leges publicae populi Romani*, Hildesheim 1962, s. 457.

³⁵ Bellelli, o. c., s. 76. Podobny stan faktyczny zachodzi w D. 40, 12, 3, pr; C. 5, 6, 4.

ków, możliwa bowiem jest dwojaka interpretacja: albo ojciec i syn zostali następnie wyzwoleni razem przez swojego pana, albo też wyzwolony wcześniej ojciec np. wykupił syna z niewoli, aby go wyzwolić. Obie sytuacje są możliwe, tekst zaś nie daje bezpośrednio podstaw do uznania którejś z nich za jedynie możliwą.

W każdym jednak razie D. 1, 7, 46 zawiera stwierdzenie możliwości arrogowania swojego dziecka pozamałżeńskiego, będącego zarazem wyzwoleniem, a nadto daje przez to wskazówkę do dalszych badań nad dopuszczalnością takiej arrogacji. Jeżeli bowiem znajdują się źródła stwierdzające ogólnie dopuszczalność arrogacji wyzwolenia w prawie klasycznym, to będą one stwierdzały zarazem możliwość arrogacji niektórych dzieci pozamałżeńskich, tych mianowicie, które były wyzwoleniami.

IV

Już z omówionego D. 1, 7, 46 wynika, że arrogacja wyzwolenia była w prawie klasycznym możliwa. Potwierdzają to także inne źródła³⁶, m. in. nie budzący wątpliwości co do swej autentyczności fragment 5, 19, 11 Noct. Att. Gelliusa: *Libertinos vero ab ingenuis adoptari quidem iure posse, Masurius Sabinus scripsit*.

Arrogacji wyzwolenia dotyczy także poklasyczna konstytucja Dioklecjana i Maksymiana z 286 r. — C. 8, 47/48/, 3. Niezbyt oddalona czasowo od prawa klasycznego oraz zgodna z nim merytorycznie może być, moim zdaniem, przy uwzględnieniu nadto tendencji Dioklecjana do kontynuowania tradycji prawa klasycznego³⁷, zaliczona do dowodów świadczących o istniejącej także i w końcu okresu klasycznego możliwości arrogowania wyzwolenców.

³⁶ Np. D. 1, 5, 27; 23, 2, 32; 28, 8, 11. Dopuszczalność arrogacji wyzwolenia nie jest także w zasadzie kwestionowana w literaturze, chociaż w szczegółach opinie nie zawsze są zgodne. Por. Bellelli, o. c., s. 66; Bergmann, o. c., s. 120; Bonfante, o. c., s. 18, 22; Kaser, RPR, I, s. 292; Kübler, *Ingenius*, RE IX, 2. coll. 1547; Lavaggi, o. c., s. 115; Peruzzi, *Problemi di origini*, Scritti III, Milano 1948, s. 520; Weiss, *Institutionen des römischen Privatrechts*, Basel 1949, s. 84. Por. także Cosentini, *Per la storia dell'adrogatio libertorum*, Napoli 1948, s. 5. Wg Biondiego, o. c., III, s. 65 niemożność nabycia przez arrogowanego wyzwolenia stanowiska wolnourodzonego wykluczała praktycznie samą arrogację. Kübler, o. c. zwraca za Mommsenem uwagę, że mimo prawnej możliwości istniały prawdopodobnie przeszkody praktyczne, głównie ze strony pontyfików, w dokonywaniu takiej arrogacji. Por. także Lavaggi, o. c., s. 116. Volterra w oparciu o niektóre tylko źródła mówi o ogólnym zakazie arrogacji wyzwolenców (*La nozione dell'adoptio e dell'adrogatio secondo i giuristi romani del II e del III secolo d. C.*, BIDR 69/1966, s. 119), podczas gdy we wcześniejszej wypowiedzi w NDI 1, 1, s. 304 zajmował odmienne stanowisko.

³⁷ Schulz, *History of Roman Legal Science*, Oxford 1953, s. 100, 278. Taubenschlag, *Das römische Privatrecht zur Zeit Diokletians*, Opera Minora, Warszawa 1959, I, s. 4 oraz lit. z uw. 4.

Ogólne stwierdzenie dopuszczalności arrogacji wyzwolenców nie wyjaśnia jednak całkowicie tej kwestii, źródła bowiem rozróżniają dwie sytuacje: 1) gdy arrogującym jest patron (a więc arrogacja własnego wyzwolenca), 2) gdy arrogującym jest inna niż patron osoba (arrogacja cudzego wyzwolenca). Rozróżnieniu temu będzie więc podlegała także arrogacja dziecka pozamałżeńskiego, będącego wyzwolencem (własnym — lub cudzym).

Nie ulega moim zdaniem wątpliwości, że dopuszczalna była w prawie klasycznym w każdym razie arrogacja własnego wyzwolenca. Najwyraźniej stwierdza to Ulpian, D. 1, 5, 27 (1.5 Opinionum): *Eum, qui se libertinum fatetur, nec adoptando patronus ingenuum facere potuit*³⁸.

Podobnie możność takiej arrogacji stwierdza C. 8, 47(48), 3.

Odmienne natomiast stanowisko zajmują źródła wobec arrogacji cudzego wyzwolenca: a) D. 1, 7, 15, 3 (Ulp. 1.26 ad Sab.): *Item non debet quis plures adrogare nisi ex iusta causa, sed nec libertum alienum, nec maiorem minor*. b) D. 37, 12, 1, 2 (Ulp. 1.45 ad ed.): *Nepos ab avo manumissus dedit se adrogandum patri suo: sive manens in potestate patris decesserit sive manumissus diem suum obeat, solus admittetur avus ad eius successionem ex interpretatione edicti, quia perinde defert praetor bonorum possessionem atque si ex servitute manumissus esset: porro si hoc esset, aut non esset adrogatus, quia adrogatio liberti admittenda non est, aut si obrepserit, patroni tamen nihilo minus ius integrum maneret*.

Podnoszone były w literaturze wątpliwości, czy wyrażony w tych tekstach zakaz arrogacji cudzego wyzwolenca rzeczywiście pochodzi od Ulpiana i wyraża stanowisko prawa klasycznego, czy też jest pochodzenia poklasycznego, a teksty odpowiednio interpolowane.

Wspólnym zarzutem głównych krytyków wyżej cytowanych tekstów, Bellellego³⁹ i Lavaggiiego⁴⁰ jest sprzeczność tych fragmentów (zwłaszcza D. 37, 12, 1, 2) z innymi źródłami, dopuszczającymi arrogację wyzwolenca (Gell. Noct. Att. 5, 19; Marcel. D. 23, 2, 32; C. 8, 47/48/, 3). Dla uzgodnienia ich treści uciekają się autorzy do twierdzeń o interpolacjach cytowanych tekstów w częściach dotyczących arrogacji wyzwolenca (D. 1, 7, 15, 3: *sed nec libertum alienum*, D. 37, 12, 1, 2: *porro-maneret*).

Nie sądzę jednak, aby twierdzenia te były słuszne. Obaj autorzy wydadają się nie dostrzegać tego, że nie można prawidłowo rozważać kwestii arrogacji wyzwolenca według prawa klasycznego, bez uprzedniego roz-

³⁸ Bellelli, o. c., s. 75 wątpi w autentyczność tego tekstu głównie ze względu na sprzeczność z przyjętą przez siebie tezą o nabywaniu przez arrogowanego wyzwolenca praw ingenui. Słusznie krytykuje ten pogląd Lavaggi, o. c., s. 132 uw. 54. Por. niż. uw. 42 oraz Consentini, o. c., s. 18.

³⁹ Bellelli, s. 68 - 69.

⁴⁰ Lavaggi, s. 128 - 131. Por. także Consentini, o. c., s. 6 - 12, który krytycznie omawia dotychczasowe poglądy na ten temat.

różnienia, czy chodzi o arrogację własnego czy cudzego wyzwolenca⁴¹ (por. D. 1, 5, 27; 1, 7, 15, 3; C. 8, 47/48/, 3).

Zarówno zaś sformułowanie D. 1, 7, 15, 3 (*sed nec libertum alienum*), jak i treść D. 37, 12, 1, 2 (dziadek wyzwala wnuka, arrogowanego następnie przez ojca) wskazują, że obydwa te teksty dotyczą arrogacji cudzego wyzwolenca. Zgadza się więc między sobą oraz nie są sprzeczne z C. 8, 47/48/, 3, który traktuje o arrogacji własnego wyzwolenca (*Cum eum, quem adrogare vis, libertum tuum esse profitearis*).

Nie zachodzi także sprzeczność cytowanych źródeł z tekstami Gelliusa i Marcellusa, które stwierdzają jedynie możliwość arrogowania wyzwolenców przez osoby wolno urodzone (Gell: *Libertinos vero ab ingenuis* — — Marcel: *libertinum, qui se ingenuo dedit adrogandum* — —), podkreślając nadto niemożność uzyskania przez arrogowanego wyzwolenca praw ingenui⁴². Nie wynika z nich natomiast, jakich wyzwolenców (wszystkich, własnych czy cudzych) można arrogować. Kwestia ta leży poza rozważaniami autorów tekstów Noct. Att. 5, 19 i D. 23, 2, 32, które nie mogą być przez to uznane za sprzeczne ze źródłami zakazującymi arrogacji cudzego tylko wyzwolenca.

Wysuwane są nadto inne jeszcze zastrzeżenia co do autentyczności wyżej cytowanych tekstów.

a) Odnośnie do D. 1, 7, 15, 3 Lavaggi uważa, że nie mógł Ulpian w dwóch słowach rozstrzygnąć jednocześnie kwestii arrogacji wyzwolenca i osoby starszej przez młodszą. Przypuszcza autor, że tekst ten był pierwotnie dłuższy i dopuszczał także arrogację wyzwolenca *ex iusta causa*.

Bellelli, oprócz omówionej sprzeczności D. 1, 7, 15, 3 z innymi źródłami, wysuwa nadto za Longo⁴³ zarzuty natury formalnej, uważając za nie logiczne użycie spójnika *sed* oraz widząc w wyrażeniu *nec maiorem minor* naruszenie zasad poprawnej łaciny.

O ile jednak można mieć uzasadnione wątpliwości co do zakończenia tekstu (— — *nec maiorem minor*)⁴⁴ oraz należy przyznać rację Lavaggiemu, dopatrującemu się skrótów w tekście, o tyle nie powinna, moim zdaniem budzić wątpliwości autentyczność zwrotu *sed nec libertum alienum*. Kwestionowany przez Bellellego spójnik *sed* występuje wielokrotnie (naj-

⁴¹ Lavaggi, o. c., s. 132 dochodzi do tego rozróżnienia dopiero przy analizie D. 1, 7, 15, 3, przy czym przypisuje je Justynianowi uważając, że prawo klasyczne dopuszczało arrogację wszystkich wyzwolenców.

⁴² Odmienne Bellelli, o. c., s. 72, który opiera się na D. 23, 2, 32 nie zwracając uwagi na ograniczenie — *in eius familia*. Por. Lavaggi, o. c., s. 116 uw. 8.

⁴³ Longo, o. c., s. 173; Bellelli, o. c., s. 68.

⁴⁴ Por. nadto Bonfante, o. c., s. 29 uw. 1; Lavaggi, o. c., s. 131.

częściej spośród wszystkich prawników klasycznych) w tekstach Ulpiana⁴⁵, także w połączeniu — *sed nec*. Przebadane fragmenty⁴⁶ pism Ulpiana, zawierające ten ostatni zwrot (*sed nec*) wykazują, że w znacznej większości występuje on (po przeczeniu) nie w znaczeniu wyłączającym lub ograniczającym poprzednie pojęcie, lecz w znaczeniu dołączającym, uzupełniającym pierwsze zdanie o nową sytuację, objętą tym samym orzeczeniem. Można go tłumaczyć wówczas jako: lecz także, a także⁴⁷, a cały tekst należałoby odczytać następująco: Podobnie nikt nie powinien arrogować kilku osób, chyba że ze słusznej przyczyny, lecz także cudzego wyzwolenca (nie powinien arrogować), ani młodszy starszego. Nie wynika więc z tego, aby użycie *sed* było tu nielogiczne, a przez to i dalsza część tekstu interpolowana.

Przy takim rozumieniu fragmentu wydaje się również bardzo prawdopodobne, że zastrzeżenie *ex iusta causa* odnosiło się także do arrogacji cudzego wyzwolenca⁴⁸. Pewność co do tego dałaby być może dalsza część tekstu, niewątpliwie jednak skróconego dla potrzeb kodyfikacji.

b) Co do D. 37, 12, 1, 2 Bellelli uważa⁴⁹, że niedopuszczalne jest zamieszczenie w tekście traktującym o pretorskiej sukcesji emancypowanego⁵⁰ rozważań na temat arrogacji wyzwolenca. Nadto wysuwa zarzuty co do poprawności stylu w tym fragmencie.

Lavaggi⁵¹ słusznie przeciwstawia się wyżej podanemu twierdzeniu Bellellego, uważając, że Ulpian dla wyjaśnienia omawianego przypadku głównego (dot. emancypowanego) posłużył się dodatkowo arrogacją wyzwolenca. Sam jednak jest zdania, że sens zakończenia fragmentu D. 37, 12, 1, 2 był inny, gdyż nie można porównywać dopuszczalnej arrogacji emancypowanego z zakazaną arrogacją wyzwolenca. Nadto, powtarza zarzuty co do stylu.

Nie wydaje się jednak, aby słuszny był zarzut braku związku między

⁴⁵ Por. VIR, t. 5, coll. 303 - 330 (s. v. *sed*).

⁴⁶ Np. D. 2, 4, 2; 2, 4, 10, 8; 2, 12, 5; 8, 4, 6, 1; 13, 7, 11, 6; 22, 5, 19; 29, 5, 1, 9 - 10; 32, 70, 5 - 6; 34, 2, 19, 8; 26, 8, 5, 1; 34, 5, 10 (11), 1; 48, 18, 1, 8 - 9; Por. VIR, loc. cit.

⁴⁷ Por. Kühner-Slegmann, *Ausführliche Grammatik der lateinischen Sprache*, München 1962, II, s. 49, 76; Levis-Short, o. c., s. 1657 (s. v. *sed*).

⁴⁸ Tak też Lavaggi, o. c., s. 131 oraz Biondi, o. c. III, s. 65, który odnosząc *ex iusta causa* także do *libertum alienum* widzi z kolei interpolację tego pierwszego wyrażenia. Opierając się jednak w tym twierdzeniu na C. 8, 47 (48), 3 wydaje się nie zauważać, że tekst ten dotyczy arrogacji własnego wyzwolenca, nigdy (wg źródeł) nie zakazanej, oraz że zawarte w nim zastrzeżenie co do *iusta causa* dotyczy nieposiadania własnych dzieci, zgadzając się w tym z D. 1, 7, 17, 3.

⁴⁹ Bellelli, o. c., s. 69.

⁵⁰ Emancypowanego, bo wnuk jest wyzwolany przez dziadka po sprzedaży mancypanyjnej i remancytacji.

⁵¹ Lavaggi, o. c., s. 128 - 130 oraz uw. 4 na s. 129, por. tenże: *Una riforma ignorata di Giustiniano*, SDHI 12/1946, s. 57.

początkową a końcową częścią tekstu. Do dziedziczenia pretorskiego po wnuku emancypowanym przez dziadka dochodzi właśnie dziadek, mimo arrogowania wnuka przez ojca. Analogicznie, do dziedziczenia po wyzwoleniu dochodzi jego patron, choćby wyzwoleniec został arrogowany przez kogoś innego. Tekst jest w tym zakresie logiczny i trudno uzasadnić merytoryczne zastrzeżenia wobec niego⁵². Być może zasadne są zarzuty formalne co do stylu, jednakże nie mają one wpływu na treść fragmentu.

Z omawianego tekstu D. 37, 12, 1, 2 wynika nadto, że arrogacja cudzego wyzwolenia jest mimo prawnego jej zakazu możliwa faktycznie, jeżeli wyzwoleniec zataił swój stan prawny (*si obrepserit*) i dokonana pozostaje ważna. W tym właśnie sensie poprawia ten tekst Beseler⁵³. Dodatkowe potwierdzenie tego zawiera D. 38, 2, 49 (Paul. 1.3 Sent.)⁵⁴, według którego patron arrogowanego *per obreptionem* wyzwolenia nie traci swych praw⁵⁵, sama zaś arrogacja należy wnioskować, pozostawała ważna.

Dotychczasowe rozważania prowadzą do wniosku, że w prawie klasycznym arrogacja cudzego wyzwolenia była w zasadzie niedopuszczalna. Obok jednak faktycznej możliwości dokonania takiej arrogacji (*per obreptionem*) była ona wyjątkowo dozwolona prawdopodobnie i wówczas, gdy istniała słuszna przyczyna (*iusta causa*) arrogowania. Wydaje się, że taką przyczyną mogło być m. in. ojcostwo naturalne. Wskazuje na to moim zdaniem fragment D. 1, 7, 46. Tekst ten, stwierdzając możliwość arrogacji wyzwolenia, nie zawiera wyjaśnienia, czym wyzwoleniec jest arrogowany filius, podkreśla natomiast, że jest on synem naturalnym arrogującego. Być może ta właśnie okoliczność sprawiła, że kwestia czy był on cudzym czy własnym wyzwoleniec nie miała w tym przypadku znaczenia dla samej możliwości arrogowania.

⁵² Nie widzą też interpolacji Biondi, o. c. III, s. 65 i Volterra, o. c. BIDR 69/1966, s. 119. Cosentini, o.c., s. 11-12.

⁵³ *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, IV, Tübingen 1920, s. 205: *quamvis enim libertinorum hominum adrogatio non permittatur, tamen, si facta esset, valet*. Por. także Perozzi, o.c., Scritti III, s. 520.

⁵⁴ Por. także D. 2, 4, 10, 2. Bellelli, o. c., s. 79 i Lavaggi, o. c., s. 130 konsekwentnie do przyjętych interpolacji D. 37, 12, 1, 2 i D. 2, 4, 10, 2 stwierdzają również interpolację w D. 38, 2, 49, całkowitą (Bellelli) lub częściową (Lavaggi). Oba uważają, że arrogacja *per obreptionem* nie wywołała żadnych skutków, wskazane jednak źródła, moim zdaniem, autentyczne, stwierdzają, że arrogacja taka była bezskuteczna tylko wobec patrona.

⁵⁵ Być może ten podkreślany przez źródła wzgląd na ochronę praw patrona był m. in. przyczyną zakazu arrogacji cudzego wyzwolenia. Volterra, o. c., BIDR 69/1966, s. 119. Względ na prawa osób trzecich, których dotyczy w jakiś sposób arrogacja występuje także w innych przypadkach szczególnych arrogacji, np. pupila, niedojrzałego, zamożnego przez ubogiego itd. Por. D. 1, 7, 17; 48, 20, 7, 2; G. 1, 102; Gell. Noct. Att. 5, 19; Cic. de domo 13, 34; 14, 36. Nie naruszała natomiast praw patrona dopuszczalna arrogacja swojego własnego wyzwolenia.

Źródła ⁵⁶ pozwalają na stwierdzenie, że naturalny związek, istniejący między ojcem naturalnym a jego dzieckiem pozamałżeńskim, chociaż nie wystarczający do prawnego uznania go za ojcostwo i wywołania wszystkich skutków pokrewieństwa, miał jednak w niektórych sytuacjach znaczenie prawne bądź w kierunku zakazania czegoś (np. małżeństwa — D. 23, 2, 14, 2) ⁵⁷, bądź odstąpienia od pewnych ograniczeń (np. przy wyzwoleniu — G. 1, 19, czy nawet dziedziczeniu) ⁵⁸. Podobnie D. 1, 7, 15, 2 wskazuje *coniunctio* jako słuszną przyczynę arrogowania: *aut alia iusta causa adrogandi, veluti si coniunctam sibi personam velit adoptare*, nie precyzując bliżej tego bardzo szerokiego pojęcia. Ta wieloznaczność określenia *coniuncta persona (coniunctio)* ⁵⁹ pozwala na przypuszczenie, że pojęciem tym mogła być w konkretnym przypadku objęta także naturalna więź ojca z pozamałżeńskim dzieckiem, stanowiąca wówczas słuszną przyczynę arrogowania. Na tej podstawie mógłby więc naturalny ojciec arrogować swoje pozamałżeńskie dziecko, będące cudzym wyzwoleniem (D. 1, 7, 15, 3).

Nie przedstawiała natomiast takich trudności arrogacja własnego wyzwolenca. Prawdopodobnie też dochodziła ona częściej do skutku, zwłaszcza gdy arrogowany wyzwoleniec był dzieckiem naturalnym arrogującego patrona. Przypuszczalnie wiele dzieci pozamałżeńskich pochodziło ze związków wolnych z niewolnicami, o czym świadczą liczne przepisy dotyczące tej kwestii ⁶⁰. Dzieci takie, będące niewolnikami, mogły być wyzwolone przez swoich ojców naturalnych, a fakt istnienia tej naturalnej więzi stanowił nawet *iusta causa manumissionis* w rozumieniu *lex Aelia Sentia* (G. 1, 19) ⁶¹. Najczęściej będą to sytuacje, gdy wolny mężczyzna (pan) będzie chciał wyzwolić swoje dziecko spłodzone z własną niewolnicą. Ani jednak wyzwolenie, ani nawet ewentualne małżeństwo z matką dziecka nie powoduje nabycia nad nim władzy ojcowskiej. Do tego potrzebny był odrębny akt przysposobienia (arrogacji), w tym wypadku możliwej i dopuszczalnej według prawa klasycznego.

⁵⁶ Np. D. 28, 8, 11; 31, 88, 12; 36, 1, 18 (17), 4; 40, 1, 19; 40, 2, 11; 40, 12, 3, pr; 49, 15, 21, pr.

⁵⁷ Charakterystyczne jest tu podkreślenie: *serviles quoque cognationes in hoc iure observandae sunt*. (Por. D. 38, 8, 1, 2; *nec enim facile ulla servilis videtur esse cognatio*).

⁵⁸ *Epistula Hadriani de bonorum possessione liberis militum danda*, FIRA I, Nr 78.

⁵⁹ VIR, t. 1, coll. 918; Levis - Short, o. c., s. 423.

⁶⁰ Np. G. 1, 19; D. 17, 1, 54; 19, 5, pr; 40, 2, 11. Castello, *La condizione del concepito da libero e schiava e da libera e schiavo nel diritto romano*, Studi Solazzi, Napoli 1948, s. 233 - 250; Gide, o. c., s. 410; Kuleczka, *Problem dzieci pozamałżeńskich w państwie i prawie rzymskim okresu pryncypatu*, Czasop. Prawno-Hist., t. XVIII, z. 1, 1966, s. 31 - 44.

⁶¹ *Iusta causa manumissionis est veluti si quis filium filiamve aut fratrem sororemve naturalem [...] aut ancillam matrimonii causa apud consilium manumittat*.

V

Dzieci pozamałżeńskie jako osoby *sui iuris* podlegały w okresie swej niedojrzałości opiece. Ponieważ możliwa była w stosunku do nich tylko tzw. tutela dativa⁶², nie jest wykluczone, że opiekunem takiego dziecka mógł być ustanowiony także jego ojciec naturalny. Stąd też innym jeszcze tekstem, który wydaje się mieć związek z arrogacją dzieci pozamałżeńskich jest D. 1, 7, 17, 1 (Ulp. 1, 26 ad Sab.): *Eorum dumtaxat pupillorum adrogatio permittenda est his, qui vel naturali cognatione vel sanctissima affectione ducti adoptarent, ceterorum prohibenda, ne esset in potestate tutorum et finire tutelam et substitutionem a parente factam extinquere*.

Tekst ten wskazuje na możliwość wyjątkowych odstępstw od istniejącego w prawie klasycznym zakazu⁶³ arrogowania osób pozostających pod opieką przez ich opiekunów. Odstępstwa te były dopuszczalne w wypadku, gdy między arrogującym opiekunem a arrogowanym pupilem istniała *naturalis cognatio vel sanctissima affectio*.

Cały jednak ten fragment, a w nim także i wyrażenie *naturali cognatione* budzi zastrzeżenia co do swej autentyczności i jest przedmiotem licznych tez interpolacyjnych⁶⁴. Liczba i różnorodność tych słusznych w zasadzie przypuszczeń wskazuje na praktyczną niemożliwość ustalenia klasycznego brzmienia tekstu. Niewątpliwie wydaje mi się jednak, że tekst, choć poddany znacznym przeróbkom, omawiał w każdym razie wyjątki od zakazu arrogacji pupila przez opiekuna. Wskazuje na to nie budzące według mnie większych zastrzeżeń pierwsze zdanie D. 1, 7, 17, 1 (*Eorum dumtaxat pupillorum adrogatio permittenda est...*) potwierdzone przez D. 1, 7, 32, 1, wskazującym na istnienie takich wyjątków. Nadto, cały tekst D. 1, 7, 17 zawiera rozważania co do okoliczności, jakie należy uwzględnić przy arrogacji pupila przez opiekuna, co ogólnie wyraża principium: *item inquirendum est, ne forte turpis causa adrogandi subsit*. O możliwości arrogacji pupila świadczy także D. 26, 1, 14, pr.

Wydaje się nadto prawdopodobne, że złagodzenie od czasów Antoninusa Piusa zakazu arrogacji niedojrzałego (*si iusta causa adoptionis esse videbitur* — G. 1, 102) nie pozostało bez wpływu na dopuszczalność arro-

⁶² Tutela legitima i testamentaria nie mogły mieć w prawie klasycznym zastosowania ze względu na brak krewnych agnacyjnych (zwłaszcza ojca) pozamałżeńskiego dziecka.

⁶³ Por. Gell. Noct. Att. 5, 19, 10; D. 1, 7, 17 pr; 1, 7, 32, 1 (wyjątek od zasady). Bonfante, o. c., s. 32; Biondi, o. c. III, s. 66; Donatuti, *Contributi allo studio dell'adrogatio impuberis*, BIDR 64/1961, s. 133; 141; Kasser, RPR, I, s. 58 uw. 8; RPR, II, s. 147 uw. 19. Longo, o. c., s. 179; Perozzi, *Istituzioni*, I, s. 442.

⁶⁴ Por. Index Interpolationum, t. 1, coll. 9; Supplementum I, coll. 6 a nadto: Biondi, o. c. III, s. 66; Donatuti, o. c., s. 169; Kasser, RPR, II, s. 147 uw. 19; Longo, o. c., s. 179; Perozzi, *Istituzioni*, I, s. 442.

gowania niedojrzałego przez jego opiekuna⁶⁵, chociaż można przypuszczać, że prawo rzymskie, wyczułone na kwestie majątkowe, było w tym względzie bardziej ostrożne⁶⁶.

Słuszne jest więc chyba przypuszczenie Longo⁶⁷, że cytowany fragment D. 1, 7, 17, 1 zawierał omówienie konkretnych przypadków dopuszczalności arrogacji pupila przez opiekuna i wskazywał na przyczyny uzasadniające tę dopuszczalność. Nie jest wprawdzie możliwe dokładne ustalenie, jakie okoliczności uzasadniały według Ulpiana odstępstwa od takiego zakazu, wydaje się jednak, że można spróbować ustalić, w jakim szły one kierunku.

D. 1, 7, 17, 2 zwraca uwagę na okoliczność, która może być, moim zdaniem, postawiona jako naczelną zasadą: *an salubris adoptio possit pupillo intellegi*. O tym, czy arrogacja jest dla pupila korzystna i czy zachodzi iusta causa adoptionis, pozwalająca na odstępienie od zakazu, decydują już w konkretnym przypadku motywy indywidualne⁶⁸. Najistotniejszą więc kwestią w zakresie omawianego tematu jest teraz ustalenie, czy naturalna więź, istniejąca między ojcem a jego pozamałżeńskim dzieckiem mogła w tym przypadku stanowić również słuszną przyczynę arrogowania.

Omawiane wyżej fragmenty D. 1, 7, 15, 2, a nadto D. 1, 7, 32, 1⁶⁹ wskazują, że obok rozważanych z reguły przy arrogacji kwestii majątkowych i rodzinnych⁷⁰ brane były również pod uwagę inne okoliczności natury bardziej emocjonalnej. Wieloznaczność pojęcia *coniunctio* wskazuje, jak wiele różnorodnych stosunków można podciągnąć pod to określenie, tworząc przez to iusta causa adrogandi. Także sam fakt, że arrogujący jest ojczymem arrogowanego pasierba uzasadniał odstępienie od zakazu arrogacji pupila (D. 1, 7, 32, 1). Wydaje się, że także justyniańska interpolacja D. 1, 7, 17, 1, ujmująca prawdopodobnie wskazane przez Ulpiana konkretne przyczyny możliwych odstępstw od zakazu w ogólne ramy stwierdzenia: *naturali cognatione vel sanctissima affectione*⁷¹, wyrażała ogólną

⁶⁵ Castello, o. c., SDHI 33/1937, s. 161.

⁶⁶ Por. uzasadnienie zakazu arrogacji pupila: D. 1, 7, 17, *pr: ne forte eum ideo adroget, ne rationes reddat*; także D. 1, 7, 17, 1.

⁶⁷ Longo, o. c., s. 179; Donatuti, o. c., s. 170.

⁶⁸ Por. Donatuti, o. c., s. 132.

⁶⁹ *Imperator Titus Antoninus rescripsit privignum suum tutori adoptare permittendum.*

⁷⁰ Gel. Noct. Att. 5, 19, 6; D. 1, 7, 17.

⁷¹ Wyrażenie *sanctissima affectio*, bardzo nieprecyzyjne, charakterystyczne jest raczej dla okresu cesarstwa chrześcijańskiego. Samo wyrażenie *naturalis cognatio* spotyka się tylko u Modestyna (D. 38, 10, 4, 2), Ulpiana (D. 1, 7, 17, 1) oraz Justyniana (J. 3, 5, 1; C. 8, 47, 10 f.), co świadczy o jego późnoklasycznym (o ile nie poklasycznym — por. Albertario, *Studi*, III, s. 300 uw. 1) pochodzeniu. Por. *Vocabularium Codicis Iustiniani*, Hildesheim 1965, s. 2184; VIR, t. 5, s. 240. Połączenie tych dwóch wyrażen w tekście D. 1, 7, 17, 1 wskazuje, że także *naturalis*

tendencję dopuszczenia tych wyjątków wówczas, gdy między arrogującym a arrogowanym istniała jakaś więź naturalna lub duchowa.

W tej sytuacji nie jest wykluczone, że także ojcostwo naturalne, uznawane nieraz za podstawę do odstąpienia od ogólnych zakazów (wyżej s. 19) mogło i wówczas, gdy arrogujący tutor był ojcem naturalnym arrogowanego pupila, zdecydować (przy zachowaniu innych warunków) o zezwoleniu na dokonanie takiej arrogacji.

VI

Dotychczasowa analiza źródeł zdaje się prowadzić do wniosku, że arrogacja dzieci pozamażeńskich była w prawie klasycznym możliwa. Należy jednak pamiętać, że były to źródła dotyczące bezpośrednio arrogacji innych osób, a nie zajmujące się wprost dziećmi pozamażeńskimi. Nawet D. 1, 6, 11, chociaż zawiera określenie filii naturales, nie konkretyzuje go jednak i nie pozwala przez to na przyjęcie go za pewną podstawę twierdzenia o możliwości arrogowania wszystkich dzieci pozamażeńskich. Możliwość więc arrogowania tych dzieci wynika z omawianych źródeł tylko pośrednio. Brak nadal tekstów rozstrzygających wprost i jednoznacznie tę kwestię. Co więcej — dostępne nam źródła nie wskazują, aby prawnicy rzymscy okresu przed- i klasycznego zajmowali się w ogóle zagadnieniem dopuszczalności arrogowania własnego dziecka pozamażeńskiego⁷². Stąd też nie ma zarówno bezpośrednich stwierdzeń co do dopuszczalności takiej arrogacji, jak i nie ma źródeł wskazujących, że pozamażeńskie pochodzenie dziecka było przeszkodą w przysposobieniu go przez ojca.

W tej sytuacji wolno sądzić, że zakazu arrogacji dzieci pozamażeńskich nigdy — w prawie klasycznym i wcześniej — nie było. Przypuszczenie takie uzasadniają również następujące okoliczności: 1) dziecko pozamażeńskie z prawnego punktu widzenia jest dzieckiem bez ojca. W stosunku do swojego ojca naturalnego jest ono z zasady osobą prawnie obcą. Wynika z tego, że dziecko takie mogło być arrogowane — nawet przez swego ojca — jak każda inna, obca osoba. 2) Przeprowadzone badania wykazały, że istnieją źródła (wyżej omówione), które przewidują możliwość arrogacji pewnych osób, wśród których mogły być — i prawdopodobnie często znajdowały się — dzieci pozamażeńskie. Tak więc dopuszczalna była bez zastrzeżeń arrogacja własnego wyzwolenca oraz filii

cognatio ma tutaj znaczenie bardziej ogólne więzi naturalnej, nie tylko samego pokrewieństwa kognatycznego.

⁷² Prawo klasyczne nie zajmowało się w zasadzie — według Justyniana, Nov. 89, praef. — kwestią status dziecka pozamażeńskiego, regulując jego sytuację prawną jedynie od przypadku do przypadku. Biondi, o.c., III, s. 189; Janeau, *L'adrogation*, s. 22; Kaser, RPR, I. s. 299; Schulz, o.c., s. 160.

naturales, które to określenie z pewnością obejmowało dzieci pozamałżeńskie, choć w nie dającym się ustalić zakresie. Dopuszczalna była wyjątkowo arrogacja cudzego wyzwolenca i pupila, a źródła pozwalają sądzić, że naturalna więź, istniejąca między dzieckiem pozamałżeńskim a jego ojcem była wówczas brana pod uwagę jako okoliczność uzasadniająca odstępianie w konkretnym przypadku od zakazu danego rodzaju arrogacji. Prawdopodobnie więc owa *coniunctio sanguinis* pozamałżeńskiego dziecka z jego ojcem stanowiła iusta causa adrogandi.

Z okoliczności powyższych zdawać musieli sobie — i z pewnością zdawali — sprawę prawnicy klasyczni. Gdyby więc istniał zakaz arrogowania dzieci pozamałżeńskich, prawnicy ci nie omieszkaliby poczynić odpowiednich zastrzeżeń negatywnych w tekstach dopuszczających choćby pośrednio arrogację dzieci pozamałżeńskich. Również kompilatorzy justyniańscy utrzymaliby te fragmenty bez zmian i wprowadzili do Digestów, jako że w stosunku do dzieci pozamałżeńskich (głównie dzieci z konkubinatu) istniały w okresie poklasycznym i justyniańskim tendencje przeciwstawiające się ich arrogacji, a popierające legitymację⁷³.

Jest więc prawdopodobne, że w rzymskim prawie klasycznym dziecko pozamałżeńskie mogło być arrogowane jak każda inna osoba, przy czym arrogującym mógł być także ojciec tego dziecka. Oczywiście, arrogacja taka musiała odpowiadać przesłankom określonym przez jurysprudence na podstawie praktyki pontyfików dla tej formy przysposobienia⁷⁴.

Marek Kuryłowicz (Lublin)

L'ADROGATION DE SES PROPRES ENFANTS ILLÉGITIMES DANS LE DROIT ROMAIN CLASSIQUE

Résumé

1. Il s'agit ici du problème si, dans le droit romain classique le père d'un enfant né hors du mariage (*illégitime*) pouvait soumettre cet enfant à sa puissance paternelle par la voie de l'adrogation, de sorte que celui-ci acquière la situation juridique d'un enfant légitime. Cette question n'est pas suffisamment élaborée dans la littérature scientifique et elle n'y est traitée qu'en marge. La cause de cet état de chose doit être cherchée le plus probablement dans le manque de sources qui auraient pu résoudre ce problème. Il faut constater que, réellement,

⁷³ Por. np. C. 5, 27, 1; 5, 27, 7; Nov. 74, 3; 89, 7; 89, 11, 2.

⁷⁴ Arrogowany musiał być pći męskiej (G. 1, 101; Gell. Noct. Att. 5, 19, 10). Nie można więc było arrogować swojej pozamałżeńskiej córki. Nie można też było arrogować niedojrzałego; złagodzenie zakazu nastąpiło od Ant. Piusa (G. 1, 102; Gell. Noct. Att. 5, 19, 7). Arrogujący powinien być starszy od arrogowanego (G. 1, 10⁷; Cic. de domo 13, 35; 14, 36). Należało nadto rozważyć szereg innych szczegółowych okoliczności oraz przyczyny arrogacji (Gell. Noct. Att. 5, 19, 6; D. 1, 7, 15; 1, 7, 17). RPR, I, s. 292; Schulz, o. c., s. 146.

on ne dispose ni de sources qui auraient constaté d'une façon évidente l'admissibilité d'une telle adrogation, ni de celles qui auraient témoigné de son interdiction. Ce manque de sources concernant directement l'adrogation des enfants illégitimes nous force à chercher des voies indirectes pour élucider cette question. Une voie de ce type peut être représentée par l'examen de l'admissibilité de l'adrogation des personnes étant dans une situation juridique analogue à celle dans laquelle pouvaient se trouver aussi les enfants illégitimes (p. ex. affranchis, pupilles). Si l'on avait trouvé les sources témoignant de l'admissibilité de l'adrogation de telles personnes, par ce fait même on aurait pu conclure que l'adrogation des enfants illégitimes pouvait, elle aussi, avoir eu lieu.

2. Le premier texte examiné D. 1, 6, 11 indique qu'il y avait une possibilité d'acquérir la puissance paternelle sur deux catégories d'enfants: *filij naturales* et *filij emancipati*. Ayant pris en considération que l'adoption des enfants émancipés ne pouvait avoir lieu que par l'adrogation, il faut conclure que l'application de cette adrogation était admissible aussi envers les *filij naturales* indiqués dans le texte. L'analyse de la signification de l'expression *filius naturalis* dans les sources permet de tirer la conclusion que par ce terme on définissait dans D. 1, 6, 11 les enfants illégitimes et, par conséquent, que ce texte traite de l'admissibilité de l'adrogation de ces enfants aussi. Le texte en question ne définit pourtant pas la personne de l'adrogeant et, par cela même, ne contribue pas à élucider la question de l'adrogation par leur père des enfants illégitimes.

3. L'analyse du texte D. 1, 7, 46 permet de conclure que ce fragment se rapporte à l'adrogation (D. 1, 7 *De adoptionibus...*, *beneficio principis* — interpolé) de l'enfant né hors du mariage, étant affranchi, quand l'adrogeant est père de l'enfant. Les sources constatant l'admissibilité de l'adrogation d'un affranchi dans le droit classique constateront donc en même temps une réelle possibilité de l'adrogation de certains enfants illégitimes, à savoir de ceux qui avaient été affranchis.

4. Les sources: D. 1, 5, 27; 1, 7, 15, 3; 1, 7, 46; 23, 2, 32; 37, 12, 1, 2; 38, 2, 49; C. 8, 47 (48), 3 et Gell. Noct. Att. 5, 19, 11, faisant la distinction entre l'adrogation de l'affranchi propre par le patron et celle de l'affranchi d'autrui (c.-à-d. par une personne autre que le patron), démontrent que dans le droit classique on admettait sans réserve l'adrogation d'un affranchi propre, tandis qu'un affranchi d'autrui ne pouvait être adrogé qu'à titre exceptionnel lorsqu'il y avait une juste cause (*iusta causa*) d'adrogation. D'autres sources (p. ex. G. 1, 19; D. 1, 7, 15, 2; 1, 7, 46) permettent la supposition qu'une paternité naturelle en aurait pu être une cause aussi. Probablement, plus souvent se réalisait pourtant l'adrogation de l'affranchi propre, surtout quand il était un enfant illégitime du patron adrogeant.

5. Le fragment D. 1, 7, 17, 1, bien qu'interpolé, exprime une tendance, probablement déjà classique, de déroger à la prohibition de l'adrogation du pupille par le tuteur dans tous les cas où entre l'adrogeant et l'adrogé il y avait un lien de parenté naturelle. Il n'est pas exclu dans une telle situation que justement la parenté naturelle, quand le tuteur adrogeant (*tutor dativus*) était père naturel du pupille adrogé, ait pu décider de la permission de la réalisation d'une telle adrogation.

6. Vu qu'il n'y a aucunes sources concernant la prohibition de l'adrogation de ses propres enfants illégitimes, ainsi qu'un enfant illégitime, par rapport à son père naturel, était du principe une personne juridiquement étrangère, les résultats de l'analyse des sources sus-mentionnées permettent la conclusion que l'origine extra-conjugale de l'enfant n'était pas, dans le droit romain classique, un obstacle à l'adrogation de cet enfant par son père naturel.