

MAREK KURYŁOWICZ (Lublin)

Arogacja własnych dzieci pozamałżeńskich w rzymskim prawie poklasycznym i justyniańskim

Brak wystarczających źródeł rzymskiego prawa klasycznego co do dopuszczalności arogacji własnych dzieci pozamałżeńskich stworzył konieczność zastosowania pośrednich metod w badaniach uprawdopodobniających końcowy wniosek, że arogacja taka była prawnie i faktycznie możliwa¹. Wyraźniejsze natomiast wzmianki o arogacji dzieci pozamałżeńskich znajdują się w źródłach prawa poklasycznego i justyniańskiego. Odnoszą się one przy tym głównie do dzieci pochodzących z konkubinatu (tzw. *liberi naturales*), ta bowiem problematyka (konkubinatu i *liberi naturales*) dominuje w ustawodawstwie cesarzy chrześcijańskich w zakresie prawa rodzinnego.

Pierwsze dotyczące omawianego problemu źródła z tego okresu nie są jednak pozbawione niejasności i stanowią przez to przedmiot dyskusji w nauce. Odnosi się to w szczególności do konstytucji Konstantyna Wielkiego z 336 r. — C. 5, 27, 1, pr. (*Imp. Constantinus A. ad Gregorium*)²:

Senatores seu perfectissimos, vel quos in civitatibus duumviralitas vel sacerdotii, id est Phoenicarchiae vel Syriarchiae, ornamenta concedant, placet maculam subire infamiae et alienos a Romanis legibus fieri, si ex ancilla vel ancillae filia vel liberta vel libertae filia vel scaenica vel scaenicae filia vel ex tabernaria vel ex tabernarii filia vel humili vel abiecta vel lenonis aut harenarii filia vel quae mercimoniis publicis praeuit susceptos filios in numero legitimorum habere voluerint aut proprio iudicio aut nostri praerogativa rescripti: . . .

Tekst ten nie zawiera terminów *arrogatio*, *arrogare* itp., które pozwalałyby na jednoznaczne jego rozumienie jako dotyczącego tej formy rzym-

¹ Por. M. Kuryłowicz, *Arogacja własnych dzieci pozamałżeńskich w rzymskim prawie klasycznym*, CPH XXI, z. 2, 1969, s. 13-30.

² Konstytucja zamieszczona także w Kodeksie Teodozjańskim — CTh. 4, 6, 3, z pominięciem w principium słów *id est Phoenicarchiae et Syriarchiae*, które są jednak potwierdzone w Nov. 89, 15. C. 5, 27, 1, pr. jest więc tekstem prawdopodobnie dokładniejszym.

skiej *adoptio*. Przyjęty w nauce jego związek z arogacją³ wynika jednakże ze słów *susceptos filios in numero legitimorum habere voluerint aut proprio iudicio aut nostri praerogativa rescripti*⁴. Ponieważ legitymacja *per rescriptum principis* została wprowadzona dopiero przez Justyniana, stwierdzenie Konstantyna o nadawaniu dzieciom pozycji prawych (*filiu legitimi*) za pomocą reskryptu cesarza należy odnieść do arogacji, dla której w dominancie przepisana była właśnie taka forma.

Sporne natomiast jest, czy konstytucja ta odnosi się do konkubinatów wymienionych w niej osób wysokiego stanu i godności⁵ z wyliczonymi tamże kobietami niskiego pochodzenia i pozycji społecznej, czy też do zakazanych małżeństw między tymi właśnie osobami. W konsekwencji powstaje również niejasność, czy zrodzone z takiego związku dzieci należy uznać za pochodzące z konkubinatu (*liberi naturales*) i do nich odnieść wyrażony w C. 5, 27, 1 zakaz (patrz niżej) arogacji, czy też potraktować je jako pochodzące z zakazanych i nieważnych małżeństw, czyli za *spurii*, *vulgo quaesiti*, z odniesieniem do nich wówczas niedopuszczalności arogowania. Dawniejszym poglądom, przede wszystkim P. Bonfante⁶, uznającym że konstytucja Konstantyna traktuje o konkubinacie senatorów i innych wymienionych osób wysokiego stanu z *mulieres famosae*, przeciwstawił się zdecydowanie H. Janeau⁷ wykazując, iż chodziło nie o konkubinaty, lecz o zakazane małżeństwa między wymienionymi w C. 5, 27, 1 osobami. Na poparcie swej tezy podniósł, że już w tekście tejże

³ Por. B. Biondi, *Il diritto romano cristiano*, III, Milano 1954, s. 67, 199; P. Bonfante, *Corso di diritto romano I: Diritto di famiglia*, Roma 1925, s. 31 uw. 9, 273; F. La Rosa, rec. z pracy H. Janeau (p. niżej uw. 4), *IURA* 1/1950, s. 499; M. Sargenti, *Il diritto privato nella legislazione di Constantino*, Milano 1938, s. 135 i n.; A. Weitnauer, *Die Legitimation des ausserehelichen Kindes im römischen Recht und in den Germanenrechten des Mittelalters*, Basel 1940, s. 37, uw. 100. Ogólnikowo M. Kaser, *Das römische Privatrecht II*, München 1959, s. 126 uw. 3 (durch Kaiserdispens). Nie stwierdza natomiast związku z arogacją S. 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. 81.

⁴ Z krytyką (B. Biondi, o. c., s. 67 uw. 3; F. La Rosa, o. c., s. 499) spotkał się pogląd H. Janeau, wyrażony w pracach: *De l'Adrogation des liberi naturales à la legitimation par rescrit du Prince*, Paris 1947, s. 49 i n.; *Constantin et la prohibition d'adrogation des naturels*, w: *Conferences faites à l'Institut de Droit Romain en 1947*, Paris 1950, s. 131 - 154, że omawiane wyrażenie zawiera podwójną treść: zakaz rehabilitacji zabronionego małżeństwa oraz zakaz występowania o arogację (reskryptem cesarskim) dzieci z takich związków.

⁵ O wymienionych w C. 5, 27, 1, pr. *senatores, duoviri, sacerdotes provinciae* por. w ogólności De Dominicis, *Il „Concilium provinciae” nell'organizzazione amministrativa del Basso Impero*, *Scritti romanistici*, Padova 1970, s. 265 - 304 (w związku z C. 5, 27, 1 — s. 287 uw. 160).

⁶ P. Bonfante, o. c., s. 273. Także M. Sargenti, o. c., s. 133 i n.

⁷ H. Janeau, *L'Adrogation...*, s. 49 i n.; *Constantin...*, s. 147 i n.

konstytucji użyte jest na określenie kobiety żyjącej we wskazanym tam związku słowo *uxor* (C. 5, 27, 1, 1 — *sed et uxori tali quocumque datum.*...) oraz że Novella IV Marcjana (*Impp. Valentinianus et Marcianus*, 454 r.) zmieniająca omawianą ustawę Konstantyna co do zakresu kobiet poddanych zakazowi zatytułowana jest *De matrimoniis senatorum*, zaś w tekście jej używa się określeń *matrimonium*, *uxor*. Kolejne przytoczone przez H. Janeau teksty Nov. 89, 15 i Nov. 117, 6 pozostają jednak w niezgodności z jego poglądem, chociaż interpretuje je on na swoją korzyść.

Nov. 89, 15 — *Imp. Justinianus Aug. Iohanni pp. secundo* (539 r.) — — *Ac primum quidem quisquis ex complexibus (neque enim nuptias vocabimus) nefariis vel incestis vel damnatis procreatus est, is neque naturalis vocabitur* — — *Itaque licet a Constantino piaie memoriae in constitutione ad Gregorium scripta quadam de eiusmodi liberis dicta sint, ea non admittimus, quoniam ipsa desuetudine sublata sunt* — —

Nov. 117, 6 — *Idem. Aug. Theodoto pp.* — — *Constantini vero piaie memoriae legem ad Gregorium scriptam et interpretationem de ea factam a Marciano piaie memoriae, per quam mulierum coniugia, quae Constantini lex abiecta vocavit, cum viris quibusdam dignitatibus decoratis prohibentur, nullo plane modo valere patimur, ...*⁸.

Błędne odczytanie przez Janeau w Nov. 89, 15 *ex nuptiis aut nefariis*⁹ — —, zamiast prawidłowego *ex complexibus* (*neque enim nuptias vocabimus*) *nefariis* — —, spowodowało wykorzystanie tego fragmentu na poparcie jego tezy, iż konstytucja Konstantyna odnosiła się wyłącznie do (zakazanych) małżeństw senatorów itp. osób z kobietami niskiego pochodzenia i pozycji społecznej. Justynian tymczasem w przytoczonych Nov. 89, 15 i 117, 6 wyraźnie odcina się od nazywania takich związków małżeństwami, stosując określenia *ex complexibus* oraz *coniugia*. Słusznie również zwraca uwagę La Rosa¹⁰, że C. 5, 27, 1, pr. zawiera wskazanie także na związek z *ancilla et ancillae filia*, a trudno w tym przypadku mówić o małżeństwie (*nuptiae*) i żonie (*uxor*). Wydaje się więc, że H. Janeau wyciągnął z kolei zbyt daleko idący wniosek, odnosząc C. 5, 27, 1 wyłącznie do małżeństw i pogląd jego w tej postaci nie może być przyjęty. Istotne w tej sytuacji znaczenie ma moim zdaniem okoliczność, że ujęte w C. 5, 27, 1, pr. zagadnienia odnoszą się w istocie nie do charakteru związków, lecz przede wszystkim do sytuacji zrodzonych z nich dzieci. Takie właśnie znaczenie konstytucji Konstantyna uwidocznia Justynian pisząc w Nov. 89, 15 — — *in constitutione ad Gregorium scripta quaedam de eiusmodi liberis dicta sint* — —¹¹. Za najbardziej właściwy można więc uznać pogląd zasugerowany już przez

⁸ Nowele cytowane są według tekstu wydawców — R. Schoell, G. Kroll, *Corpus Iuris Civilis*, vol. tertium: *Novellae*, Berolini MCMLIX.

⁹ H. Janeau, *L'Adrogation...*, s. 52; *Constantin...*, s. 148.

¹⁰ F. La Rosa, o. c., s. 499.

¹¹ Zdania tego nie wykorzystuje w takim sensie H. Janeau, prawdopodobnie

F. La Rosa¹², że postanowienia Konstancyntyna (C. 5, 27, 1, pr.) odnoszą się do arogacji dzieci pochodzących ze związków osób wysokiego stanu i godności z niewolnicami i innymi kobietami niskiego pochodzenia oraz pozycji społecznej, bez klasyfikowania jednak tych związków. Mogły to więc być m. in. zakazane przez prawo tego okresu małżeństwa między określonymi osobami¹³, mógł być także i konkubinatu¹⁴. Wniosek o możliwości odniesienia C. 5, 27, 1, pr. także do dzieci z konkubinatu określonych osób znajduje nadto potwierdzenie w znanych tendencjach Konstancyntyna do zwalczania konkubinatu, m. in. poprzez wprowadzenie legitymacji *per subsequens matrimonium* dla dzieci zrodzonych z konkubinatu z kobietami wolno urodzonymi¹⁵. Te dwa kierunki: zwalczanie związków — w tym i konkubinatu — z osobami niskiego pochodzenia (*mulieres non ingenuae et non honestae*) oraz przekształcenie konkubinatu z *mulieres ingenuae* w małżeństwa za pomocą legitymacji dopełniają się wzajemnie w całokształcie reformatorskiej działalności Konstancyntyna dla podniesienia moralności i znaczenia małżeństwa. Zwrócić także trzeba uwagę, że Konstancyntyn mówiąc w C. 5, 27, 1, pr. o dzieciach pochodzących z napiętnowanych związków wymienionych osób odmówił im miana *liberi naturales* w znaczeniu dzieci pochodzących z uznawanych konkubinatu, co stwierdza w Nov. 89, 15 Justynian w zdaniu, iż konstytucja Konstancyntyna *ac ne naturales quidem esse vult eos qui ex illis nati sint*. Wszystkie wskazane więc w C. 5, 27, 1, pr. dzieci należy traktować — niezależnie od charakteru związku, z którego pochodziły — jako *spurii, vulgo quaesiti*. Do nich odnosi się zatem konstancyntyński zakaz arogacji, wyrażony przez nałożenie kary infamii, utraty obywatelstwa, a także kar majątkowych na ojców, którzy wystąpiliby o przyznanie drogą arogacji (reskryptem cesarskim) takim dzieciom stanowiska *fili legitimi*¹⁶. Zagrożenie karne odno-

pod wpływem swej koncepcji o podwójnym zakazie, wyrażonym w C. 5, 27, 1, pr. Pogląd nie przyjęty w nauce — por. wyżej, uw. 4.

¹² F. La Rosa, o. c., s. 499. Por. także B. Biondi, o. c., s. 67.

¹³ W tym sensie też należy rozumieć związek C. 5, 27, 1, pr. z zakazem małżeństw między wymienionymi tam osobami — por. m. in. De Dominicis, o. c., s. 287 uw. 160; H. Insadowski, *Rzymskie prawo małżeńskie a chrześcijaństwo*, Lublin 1935, s. 203 uw. 6; M. Kaser, o. c. s. 113 uw. 20; S. Solazzi, *Il concubinato con l'obscuro loco nata*, SDHI 13 - 14/1947 - 48, s. 271.

¹⁴ Tak np. i do zakazanych małżeństw i do konkubinatu odnoszą C. 5, 27, 1 (CTh. 4, 6, 3) M. Kaser, o. c., s. 113 uw. 20 oraz S. Solazzi, o. c., s. 276. E. Volterra, *Legittimazione dei figli*, NNDI IX, s. 725 pisze w ogólności o *unione illegitima*.

¹⁵ Por. C. 5, 27, 5 (— *super ingenuis concubinis*; — *prolem ex ingenuarum concubinarum consortio*). B. Biondi, o. c., s. 192 i n.; E. Volterra, o. c., s. 725; A. Weitnauer, o. c., s. 37.

¹⁶ C. 5, 27, 1, pr. — *susceptos filios in numero legitimorum habere voluerint aut proprio iudicio aut nostri praerogativa rescripti* —, La Rosa, o. c., s. 499. Odnośnie do *proprio iudicio* H. Janeau (*Constantin...*, s. 147, *L'Adrogation...*, s. 50 i n.) wyjaśnia, iż określenie to oznacza legitymację dokonaną *proprio*

siło się niewątpliwie także do ewentualnych przyszłych starań o uzyskanie takiej arogacji, co miało na celu przeciwdziałanie próbom legalizowania nieprawych dzieci i — pośrednio — związków, z których pochodziły.

Przy przedstawionym zakazie arogacji dzieci pochodzących ze zwalczania przez Konstantyna związków (C. 5, 27, 1, pr.) oraz przy dopuszczalności legitymowania dzieci z tolerowanych konkubinatów poprzez zawarcie małżeństwa między konkubentami, powstaje dodatkowe pytanie co do możliwości zmiany stanowiska prawnego dzieci pochodzących z konkubinatu, który mógł być, ale nie został jednak przekształcony w prawe małżeństwo. Czy dzieci takie (*liberi naturales*), które nie uzyskały przewidzianej dla nich legitymacji mogły być wówczas arogowane? W tej kwestii H. J a n e a u¹⁷ zwraca uwagę na końcowe zdanie powtarzającej ustawę Konstantyna konstytucji cesarza Zenona:

C. 5, 27, 5, 1 — *Imp. Zeno A. Sebastiano pp. (477 r.): — Hi vero, qui tempore huius sacratissimae iussionis necdum prolem aliquam ex ingenuarum concubinarum consortio meruerunt, minime huius legis beneficio perfuantur, cum liceat easdem mulieres sibi prius iure matrimonii copulare non extantibus legitimis liberis aut uxoribus ac legitimos filios utpote nuptiis procedentibus procreare, nec debeant, quos ex ingenua concubina dilato post hanc legem matrimonio nasci voluerint, ut iusti ac legitimi postea videantur, magnopere postulare.*

Zenon utrzymywał w mocy konstantyńską legitymację *per subsequens matrimonium* dla dzieci zrodzonych z konkubinatów istniejących już przed wydaniem przez niego omawianej tu konstytucji¹⁸. Co do konkubinatów bezdzietnych w tym czasie lub powstających później zalecił natomiast przekształcanie ich w małżeństwa jeszcze przed urodzeniem się dzieci, które wówczas — po urodzeniu — miałyby zapewnioną pozycję dzieci prawych (z małżeństwa)¹⁹. Wobec tych konkubentów, którzy zaniedbaliby zawarcia małżeństwa przed urodzeniem się dziecka, konstytucja Zenona przewiduje zakaz żądania (*postulare*), by dzieci zrodzone z konkubiny mogły być uznane za *iusti ac legitimi*. Ponieważ chodzi tu o sytuację, gdy małżeństwo nie zostało zawarte, *postulare* może odnosić się do próśb o arogację reskryptem cesarskim, a cytowany fragment C. 5, 27, 5. 1 oznaczałby zakaz arogowania *liberi naturales* urodzonych po wyda-

auctoritate ojca wobec dzieci; ojciec publicznie oświadczał, że są to jego dzieci prawnego pochodzenia od matki, z którą łączyło go *affectio maritalis*. M. K a s e r natomiast (o. c., s. 126 uw. 3) pisze o wyrażonym w C. 5, 27, 1, pr. zakazie zmiany pozycji omawianych dzieci „durch Adoption oder Kaiserdispens”; *proprio iudicio* odnosiłoby się więc do adopcji, co wydaje się prawdopodobne. O adopcji i arogacji (*adoptio seu adrogatio*) *liberi naturales* pisze Justyn w C. 5, 27, 7.

¹⁷ H. J a n e a u, *Constantin...*, s. 139; *L'Adrogation...*, s. 114.

¹⁸ C. 5, 27, 5, pr. Por. także Nov. 89,7 — *Zeno quidem pia memoriae nihil fere de rebus futuris, sed de iam praeteritis sancit*. Por. B. B i o n d i, o. c., s. 198; F. L a R o s a, o. c., s. 501; E. V o l t e r r a, o. c., s. 725.

¹⁹ Por. B. B i o n d i, o. c., s. 198 i n.

niu ustawy Zenona z tych konkubentów, którzy zaniedbali zawarcia uprzednio małżeństwa. Poza uregulowaniem prawnym (i zakazami z omówionych konstytucji Konstantyna i Zenona) pozostawała jednak i wówczas grupa tych dzieci (*liberi naturales*), które zrodzone zostały z konkubinatów istniejących przed ustawą Zenona, a nie uzyskały z jakichś powodów (np. wcześniejsza śmierć konkubiny) legitymacji *per subsequens matrimonium*. Cesarz Zeno rozporządził na przyszłość, nie wypowiedział się jednak odnośnie do wskazanych sytuacji, istniejących w czasie wydawania przez niego konstytucji, w których małżeństwo i legitymacja nie mogły faktycznie nastąpić. Wydaje się, że w takich przypadkach mogła być dokonana arogacja. Przypuszczenie to opiera się na dwóch okolicznościach: po pierwsze, arogacja następowała drogą reskryptu cesarskiego po rozpatrzeniu prośby arogującego. W omawianej sytuacji proszący wyjaśniał zapewne dokładnie przyczyny, dla których nie może zawrzeć małżeństwa i skorzystać z legitymacji. Można sądzić, że w takich indywidualnych przypadkach cesarz po rozpatrzeniu prośby wydawał reskrypt o arogacji dziecka z konkubinatu. Po drugie, następni cesarze zajmowali się nadal zagadnieniem arogacji *liberi naturales*, czego, obok niektórych ustaw (C. 5, 27, 6; 5, 27, 7; zob. niżej), dowodzą podsumowujące działalności poprzedników uwagi Justyniana: Nov. 74, 3 — — *Neque fugit nos etiam adoptionis modum olim nonnullis eorum qui ante nos fuerunt imperatorum ad naturales legitimos reddendos non indignum esse iudicatum* — —; Nov. 89, 11, 2 — — *Adoptionis vero modum, qui olim nonnullis eorum qui ante nos fuerunt imperatorum in naturalibus filiis non indignus iudicatus est* — — Wskazuje to, iż Konstantyn (C. 5, 27, 1, pr.) i Zenon (C. 5, 27, 5, 1) nie zamknęli problemu *liberi naturales* całkowitym zakazem arogacji²⁰, lecz była ona prawdopodobnie nadal stosowana w niektórych przypadkach.

Dalszy rozwój działalności prawodawczej w zakresie arogacji *liberi naturales* łączy się z ustawą Anastazego:

C. 5, 27, 6, 1 — *Imp. Anastasius A. Sergio pp. (517 r.): Filios insuper vel filias iam per divinos adfatus a patribus suis in adrogationem susceptos vel susceptas huius providentissimae nostrae legis beneficio et iuvamine potiri censemus.*

Ustawa ta, mimo wyraźnego już odniesienia do arogacji *liberi naturales* przez ich ojców, nie należy w całości do przejrzystych i nie jest interpretowana jednoznacznie; przeważa jednak pogląd, iż zawiera ona (obok uznania legitymacji *per subsequens matrimonium*) generalne zezwolenie na arogację tychże dzieci²¹. Na potwierdzenie takiego znaczenia przyta-

²⁰ Taki jest zasadniczy pogląd H. Janeau (*Constantin...*, s. 150).

²¹ P. Bonfante, o. c., s. 274; B. Biondi, o. c., s. 67; H. Insadowski, o. c., s. 258; H. Janeau, *Constantin...*, s. 153; *L'Adrogation...*, s. 66 i n.; M. Kaser, o. c., s. 147; E. Volterra, o. c., s. 725; A. Weitnauer, o. c., s. 39.

cza się również uwagę Justyniana z Nov. 89, 7 — — *Quemadmodum Anastasii pia memoriae constitutionem, quae naturales adoptare permittit*. Odmienne nieco stanowisko zajęła F. La Rosa²² dowodząc, iż Anastazjusz ani nie potwierdził swą ustawą ważności arogacji już dokonanych, ani nie zezwolił generalnie na ich przeprowadzanie dla *liberi naturales*, lecz ogłosił tylko dla upowszechnienia legitymacji, że te dzieci (*liberi naturales*), które uprzednio nie miały innego sposobu uzyskania stanowiska *fili legitimi* jak przez arogację, mogą obecnie posłużyć się legitymacją *per subsequens matrimonium*²³. Przy słusznym, jak się wydaje, twierdzeniu, że ustawa Anastazjusza nie zawiera wyraźnego i generalnego zezwolenia na przyszłość na arogację istniejących i przyszłych *liberi naturales*, nie rozważyła jednak, moim zdaniem F. La Rosa, iż Anastazjusz wysuwając na czoło legitymację jako sposób uznania dzieci naturalnych, nie sprzeciwił się jednocześnie stosowaniu arogacji, lecz wymienił ją jako istniejącą obok i stosowaną formę zmiany stanowiska *liberi naturales*. Nadzieja Anastazego, o której pisze F. La Rosa, że wydanie takiego rozporządzenia spowoduje wyparcie arogacji przez legitymację, nie może przesłonić faktu, iż poprzez sformułowania w C. 5, 27, 6, 1 cesarz ten godzi się z dokonywaniem arogacji *liberi naturales* nie odmawiając im skutków prawnych. Omawiana ustawa została więc odczytana w praktyce najprawdopodobniej (por. cyt. Nov. 89, 7) w tym sensie — jako w istocie pozwalająca na arogację. Doprowadziło to w konsekwencji do szybkiego rozszerzenia się ilości arogacji wbrew nadziejom Anastazego²⁴. Praktykowanie takich arogacji potwierdza także Justyn, pisząc w dwa lata później (C. 5, 27, 7, 1; 519 r.) o dokonanych tak przed ustawą Anastazego, jak i po niej arogacjach *liberi naturales*; ich ważność — kierowany stanem faktycznym i humanitaryzmem²⁵ cesarz ten potwierdza: *Naturalibus in super filiis seu filiabus — in paterna per adrogationem seu per adoptionem sacra susceptis ex divinis iussionibus, sive antequam eadem lex*

S. Kuttner natomiast (o. c., s. 81 uw. 11) uważa, że Anastazy potwierdził tylko dokonane wcześniej arogacje.

²² F. La Rosa, o. c., s. 500 i n.

²³ F. La Rosa, o. c., s. 500 (— *Anastasio non si riferisce alle arrogazioni già avvenute per convalidarle, come ritiene il J., ma intende dire, che i figli naturali i quali in passato per divenire legittimi non avevano avuto altro mezzo che quello (del resto indiretto) della arrogazione, ora potevano servirsi della legittimatio per subsequens matrimonium.*), s. 501 (*Anastasio piuttosto spera... che introdotto il regime permanente della legittimatio per subsequens matrimonium, i privati, anziché ricorrere alla adrogatio, si servano della legittimatio*).

²⁴ Por. B. Biondi, o. c., s. 199.

²⁵ Pro. C. 5, 27, 7, 1 — — *movente misericordia, qua indigni non sunt qui alieno laborant vitio* —, także justyniańskie *humanitatis intuitu* (C. 5, 27, 8, pr.). Przy tendencjach do zniesienia konkubinatu pojawia się w czasach pokonstantyńskich humanitarne nastawienie wobec samych dzieci (*liberi naturales*). Por. m. in. B. Biondi, o. c., s. 192 i n.; Gide, *De la condition de l'enfant naturel et de la concubine dans la législation romaine*, NRHD 4/1880, s. 378 i n.; Wolff, *The*

inreperit seu post eandem legem usque ad praesentem diem, non sine ratione duximus suffragandum, ut adoptio seu adrogatio firma permaneat — — Arogacji tych, można przypuszczać, było dość dużo, skoro Justyn zdecydował się jednocześnie tak szybko znieść ustawę Anastazjusza — a więc dopuszczalność arogowania *liberi naturales* i nakazać, by od tej pory przez zawarcie małżeństwa zapewniano przyszłość dzieciom jako legalnym potomkom:

C. 5, 27, 7, 3: *In posterum vero sciant omnes legitimis matrimoniis legitimam sibi posteritatem quaerendam, ac si praedicta constitutio lata non esset* — — ²⁶.

Justynian zakończył ustawodawczą dyskusję co do arogacji *liberi naturales* potwierdzając trzykrotnie stanowisko swego poprzednika. Obok Nov. 74, 3 (— — *Verum ea parens noster pia memoriae et constitutio ab illo lata reiecit*) i Nov. 89, 11, 2 (*Adoptionis vero modum* — — *in naturalibus filiis* — — *nos quoque* — — *explodimus*) wyraził to najpełniej w zakończeniu Nov. 89, 7: *Nam patris nostri constitutionem amplectimur et sapienter introductam et opportune positam, quae adoptiones naturalium prohibuit plurimum absurditatis habentes atque sine discrimine naturales tamquam advenas quosdam iuri legitimorum subicientes*.

Rozbudował jednocześnie Justynian legitymację, przyjmując wytworzone już jej formy i będąc twórcą nowej ²⁷. Nasuwa się więc pytanie, co uzasadniało działalność cesarzy, zwłaszcza Justyniana, w kierunku wypierania arogacji *liberi naturales* i zastępowania jej legitymacją?

B. Biondi i F. La Rosa słusznie zwracają uwagę ²⁸ na odmienną strukturę arogacji oraz legitymacji. Arogacja opiera się na założeniu obcości arogującego i arogowanego, przy legitymacji natomiast decyduje naturalne ojcostwo, istniejące między mężczyzną a dzieckiem, które spłodził on ze swą konkubiną. Legitymacja więc — w przeciwieństwie do arogacji — oparta jest w istocie na tym ojcostwie i legalizuje je. Charakterystyczne dla tej kwestii są słowa Justyniana w końcowym zdaniu Nov. 89, 7, którymi potwierdził on ustawę Justyna, zakazującą *adoptiones naturalium* jako — — *sine discrimine naturales tamquam advenas quosdam*

Background of the Postclassical Legislation on Illegitimacy, Seminar 3/1945, s. 22 i n.

²⁶ Por. B. Biondi, o. c., s. 199 i n. Co do cyt. ustawy Justyna powstała niepewność, czy zakazał on tylko arogacji, pozostawiając legitymację *per subsequens matrimonium* (por. np. M. Kaser, o. c., s. 137; Volterra, o. c., s. 725), czy też zniósł także tę formę legitymowania (por. np. P. Bonfante, o. c., s. 274; E. Sachers, *Legitimitas*, RE Suppl. X, col. 362), uznając tylko pochodzenie z prawnego małżeństwa. Słusznie (także moim zdaniem) przeważa obecnie pierwsze stanowisko (zakaz tylko arogacji), uzasadnione dodatkowo przez Nov. 89, 7 i f. oraz 74, 3.

²⁷ Przyjął legitymację *per subsequens matrimonium* oraz *per oblationem curiae*, wprowadził zaś legitymację *per rescriptum principis*. Por. m. in. B. Biondi, o. c., s. 199; M. Kaser, o. c., s. 157; E. Volterra, o. c., s. 725.

²⁸ B. Biondi, o. c., s. 67, 200; F. La Rosa, o. c., s. 501.

iuri legitimorum subicientes (p. wyżej). Słowa *tamquam advenas* wskazują, że Justynian widział różnicę między arogacją, stosowaną z założenia wobec obcych, a legitymacją, stosowaną z założenia wobec osób połączonych naturalnym ojcostwem. To m. in. zdecydowało o odrzuceniu przez niego systemu arogacji, a przyjęciu w pełni legitymacji ²⁹.

Kolejną przyczyną działania cesarzy okresu chrześcijańskiego przeciw arogacjom dzieci naturalnych był zapewne fakt, że taka arogacja w niczym nie zmieniała charakteru samego konkubinatu jako związku pozamałżeńskiego. Możliwość uprawnienia *liberi naturales* przy jednoczesnym pozostawieniu bez zmian samego konkubinatu sprzeciwiała się zaś czystości obyczajów, do której przywiązywano wówczas pod wpływem nauki chrześcijańskiej duże znaczenie. Świadczą o tym — w kontekście z arogacją *liberi naturales* — wzmianki w C. 5, 27, 7 (Justyn o ustawie Anastazego: — — *quam ex hoc die resecandam pia suggesserit ratio*) ³⁰, Nov. 74, 3 (Justynian o ustawie Justyna: — — *quam manere ipsam quoque in suo statu volumus, quoniam castitatem accurate sectata est* — —) i tak samo w Nov. 89, 11, 2 (*quoniam castitatem accurate sectata est*) ³¹. Przeciwdziałać temu miał system legitymacji, zwłaszcza *per subsequens matrimonium*, uzupełnionej legitymacją *per rescriptum principis* ale tylko dla sytuacji, w których niemożliwe było zastosowanie tej pierwszej formy. Nadto wydaje się, że jedną z przyczyn zastąpienia arogacji przez legitymację była dążność do stworzenia jednolitego, zamkniętego systemu legitymowania określonej grupy dzieci pozamałżeńskich, mianowicie *liberi naturales*. Stosowanie arogacji jako uzupełniającej legitymację nie pozwoliłoby — wobec szerokiego zasięgu podmiotowego arogacji — na zachowanie tej jednolitości i stanowiłoby wyłom w całościowym systemie sposobów legitymowania. O tego rodzaju tendencjach w regulowaniu sytuacji prawnej *liberi naturales* świadczy moim zdaniem jednoczesne wykluczenie przez Justyniana innych kategorii dzieci pozamałżeńskich od miana *liberi naturales* oraz od możliwości korzystania z legitymacji.

Nov. 89, 15 — — *Ac primum quidem quisquis ex complexibus (neque enim nuptias vocabimus) nefariis vel incestis vel damnatis procreatus est,*

²⁹ Odmienne H. JanEAU, *L'Adrogation...*, s. 95 i n., który uważa, że legitymacja jest kontynuacją arogacji i z niej wyrosła, spełniając równoważną funkcję. W świetle przytoczonych argumentów pogląd ten nie znajduje jednak uzasadnienia i nie został w nauce przyjęty — por. B. Biondi, o. c., s. 67 uw. 3; 197 uw. 1; F. La Rosa, o. c., s. 501; nadto M. Kaser, o. c., s. 157 uw. 19.

³⁰ W tej samej konstytucji także: — — *iniusta namque libidinum desideria nulla de cetero venia defendet* — —, *cum nimis indignum, nimis sit impium flagitis praesidia quaerere*.

³¹ Por. także wcześniej co do Konstantyna: C. 5, 27, 5: *Divi Constantini, qui veneranda christianorum fide Romanum munivit imperium* — — Nov. Marcian. IV, 2: — — *Ille vero honesti amantissimus et morum sanctissimus*, censor. B. Biondi,

is neque naturalis vocabitur neque a patribus aleatur neque cum praesenti lege quicquam commune habebit — — Przepis ten wyklucza dzieci pochodzące ze związków kazirodczych, niegodnych lub potępianych³² od (unormowanej w tejże Noweli) legitymacji. Legitymacja więc i tylko legitymacja miała być przeznaczona, również tylko, dla *liberi naturales*³³.

Powstaje jednak w związku z tym pytanie, czy było możliwe stosowanie arogacji wobec innych niż *liberi naturales* dzieci pozamażeńskich (*spurii, vulgo queasiti*)? Wskazane fragmenty Nov. 74, 3; 89, 7; 89, 11, 2 wyłączając możliwość arogowania *liberi naturales* nie wspominają o innych dzieciach pozamażeńskich. Nie świadczy to o dopuszczalności arogowania ich, ale też nie wynika z tego zakaz arogacji. Z przytoczonego wyżej fragmentu Nov. 89, 15 wynika zamknięcie dla niektórych dzieci pozamażeńskich drogi legitymacji, również jednak bez wskazania na istnienie (lub nie) innych możliwości tego rodzaju zmiany ich sytuacji prawnej. W tej samej Nov. 89, 15 oraz w Nov. 117, 6 uchylił Justynian ustawę Konstancyntyna (C. 5, 27, 1), znosząc tym samym zakaz małżeństw między wymienionymi tam osobami oraz zakaz arogacji dzieci ze związków tych osób³⁴. Można więc na tej podstawie wnioskować, że wobec braku wyraźnego ustawowego zakazu arogacji pozostałych dzieci pozamażeńskich była ona prawnie dopuszczalna³⁵, konkretne zaś rozwiązania pozostawiono praktyce. Ta natomiast oscylowała między dwiema charakterystycznymi dla cesarstwa chrześcijańskiego tendencjami: zwalczanie w imię czystości obyczajów związków pozamażeńskich, określanych jako *incestae, nefariae* lub *damnatae*³⁶ oraz *humanitas* wobec samych dzieci³⁷.

o. c., s. 198; H. Janeau, *Constantin...*, s. 137 i n.; S. Kuttner, o. c., s. 80; A. Weitnauer, o. c., s. 37

³² Pojęcia te wyjaśnia częściowo Justynian w Nov. 12, 1: *si quis nuptias illicitas et naturae contrarius (quas lex incestas et nefarias et damnatas vocat — —)*. W Nov. 89, 15, nie są to już *nuptiae*. Chodzi tu przede wszystkim o związki kazirodcze i cudzołóżne, a także inne zakazane i karalne związki pozamażeńskie (*stuprum*). Por. źródła i literatura podano w NNDI VIII (1962 r.), s. 499 (*Incesto*) oraz ostatnio w NNDI XVIII (1971 r.), s. 582 i n. (*Stuprum*).

³³ B. Biondi, o. c., s. 196; Gide, o. c., s. 425; Wolff, o. c., s. 21.

³⁴ Wynika to zwłaszcza z Nov. 89, 15. *Quam quidem constitutionem omnino tollimus*.

³⁵ Tak m. in. P. Bonfante, o. c., s. 277; H. Insadowski, o. c., s. 259; S. Kuttner, o. c., s. 95 (z powołaniem się na glosatorów i literaturę); S. Peruzzi, *Istituzioni di diritto romano I*, Firenze 1928, s. 453; A. Weitnauer, o. c., s. 47 uw. 124.

³⁶ Por. np. sankcje z C. 1, 3, 44/45, 3; 6, 57, 5 (z uwagą: *quibus castitatis observatio precipuum debitum est, et nominari spurios satis iniuriosum, satis acerbum et nostris temporibus indignum esse iudicamus et hanc legem ipsi pudicitiae, quam semper colendam censem, merito dedicamus*). B. Biondi, o. c., s. 194 i n.; Gide, o. c., s. 425; M. Kaser, o. c., s. 156 uw. 4; Wolff, o. c., s. 23.

³⁷ Por. wyżej uw. 24 (C. 5, 27, 7, 1; 8, pr. 1 literatura), nadto Nov. Th. 22, 1, 3 (*Solita circa res humanas providentia*), Nov. 12, Epilog (*innocenti et integrae suboli prospexisse*), Nov. 89, 1 (*et quomodo antiquitas eos acerbè tractarēt nos autem*

Istotne znaczenie miała, jak się wydaje, w tej sytuacji forma arogacji *per rescriptum principis*. Od cesarza rozpatrującego prośbę o dokonanie arogacji zależało bowiem, czy w danym przypadku reskrypt wyda, czy prośbie odmówi. Można przypuszczać, że praktycznie uzyskanie arogacji dziecka pozamałżeńskiego nie było łatwe, zwłaszcza dzieci pochodzących ze szczególnie potępianych związków cudzołożnych i kazirodczych³⁸.

Marek Kuryłowicz (Lublin)

L'ADROGATION DE SES PROPRES ENFANTS ILLEGITIMES DANS LE DROIT ROMAIN POSTCLASSIQUE ET JUSTINIENNIEN

Résumé

L'article continue le sujet, dont on a déjà présenté une étude relative au droit romain classique (v. note 1). Comparées à cette époque, les sources du droit postclassique et justinienien contiennent beaucoup plus d'informations sur l'adrogation de ses propres enfants illégitimes, surtout des enfants procréés en concubinage (*liberi naturales*).

On analyse surtout les lois impériales successives: C. 5, 27, 1, pr. (Constantinus, l'an 336), laquelle paraît prononcer la prohibition de l'adrogation des enfants venant des liaisons des personnes de haute condition et distinguées avec des esclaves et d'autres personnes de basse extraction et de basse condition, quel que soit le caractère de ces liaisons (Cf. aussi Nov. 89, 15; 117, 6); C. 5, 27, 5, 1 (Zeno, l'an 477), qui confirme la légitimation *per subsequens matrimonium* mais qui, en même temps, paraît interdire de déposer des prières d'adroger les enfants nés en concubinage dont les parents n'avaient pas contracté mariage avant; C. 5, 27, 6, 1 (Anastasius, l'an 517), dans laquelle cet empereur observe que l'adrogation (de même que la légitimation) est un moyen de changer la situation juridique de ces enfants, ce qui fut, pratiquement, à la base de l'accroissement du nombre de telles adrogations. La loi d'Anastasius fut vite supprimée par Justin (C. 5, 27, 7, 3 — l'an 519); l'inadmissibilité de l'adrogation des *liberi naturales* fut confirmée définitivement par l'empereur Justinien (Nov. 74, 3; 89, 7; 89, 11, 2).

Parmi les principales raisons pour lesquelles la légitimation des *liberi naturales* supprimait leur adrogation il faut compter le fait (dénoté déjà par Justinien — Nov. 89, 7) que l'adrogation, applicable aussi bien à des personnes étrangères qu'aux personnes liées par un lien de parenté naturelle, était par cela même distincte de la légitimation, destinée à légaliser la paternité naturelle entre un homme et l'enfant qu'il avait procéé avec une concubine. Une autre raison, très importante, était ceci que, malgré l'adrogation, le concubinage restait une liaison extra-conjugale, ce qui n'était pas conforme à la tendance d'observer la pureté des mœurs (C. 5, 27; Nov. 74, 3, 89, 11, 12). De plus, les modes de légitimation

humaniter agamus). Tendencja ta zmieniała się nieco u różnych cesarzy — por. B. Biondi, o. c., s. 194 i n.

³⁸ Tak np. H. Janeau, *L'Adrogation...*, s. 84 oraz A. Weitnauer, o. c., s. 48 sądzą, że możliwa wobec *vulgo concepti* arogacja, niedopuszczalna była jednak wobec *spurii*. Istniały, należy sądzić, praktyczne próby obejścia trudności przez zatajenie nieprawego pochodzenia dziecka (por. F. La Rosa, o. c., s. 499 i n.), ale także i sposoby przeciwdziałania temu przez weryfikację prośby arogującego.

formaient un système homogène de légitimation d'une catégorie déterminée d'enfants illégitimes (*liberi naturales*) et la possibilité d'adroger ces enfants aurait porté atteinte à cette homogénéité.

Quant aux autres enfants illégitimes (*spurii, vulgo quaesiti*) une interdiction juridique de les adroger n'existait probablement pas et c'était à la pratique qu'on laissait le soin présenter des solutions particulières. Celle-ci oscillait entre deux tendances caractéristiques de l'empire chrétien: d'une part, la lutte, au nom de la pureté des mœurs, contre les liaisons extra-conjugales et, de l'autre, *humanitas* envers les enfants mêmes. Ce qui n'était certes pas sans importance dans cette situation, c'était la forme de l'adrogation (*per rescriptum principis*), laquelle permettait de prendre une décision dans chaque cas particulier.