

IV. RECENZJE

Edoardo Volterra, *La conception du mariage à Rome*, Revue Internationale de Droit de l'Antiquité, troisième série, Tome II.

W ramach organizowanych na Wydziale Prawa Uniwersytetu w Brukseli referatów poświęconych prawu antycznemu przedstawił jeden z najbardziej znanych i zasłużonych romanistów współczesnych, Edoardo Volterra, swój ostateczny pogląd na instytucję małżeństwa w Rzymie. Z uwagi na to, że pogląd ten nie spotkał się z powszechnym przyjęciem i był przez dłuższy czas przedmiotem żywo dyskutowanym, krytyczna ocena argumentów przytoczonych z jednej i drugiej strony nie wydaje się bezcelowa.

W literaturze dotyczącej zagadnienia rzymskiego małżeństwa występują dwa zasadniczo odmienne poglądy. Zwolennicy jednego z nich uważają, że w starożytnym Rzymie istniały dwa rodzaje małżeństwa: małżeństwo *cum manu*, które było formą najdawniejszą, oraz małżeństwo *sine manu*, które pojawiło się później i wypierało stopniowo formę pierwotną. Małżeństwo *cum manu* dochodziło do skutku przez *confarreatio coemptio i usus*. Do zawarcia małżeństwa *sine manu* wystarczała jedynie zgoda stron¹.

Zwolennicy drugiego poglądu są natomiast zdania, że w Rzymie istniał tylko jeden rodzaj małżeństwa, którego zawarcie było czymś odrębnym od nabycia władzy męża nad żoną. *Confarreatio, coemptio i usus* nie były formami zawarcia małżeństwa, lecz jedynie formami poddania się kobiety pod władzę mężczyzny (*conventio in manum*). *Il est fort probable que dans les mœurs anciennes la manus accompagnait presque toujours le mariage. Mais il faut tenir qu'à aucune époque elle n'en résulta comme conséquence immédiate et nécessaire* pisał w roku 1874 Accarias². Inni badacze zajmowali na ogół stanowisko pośrednie, uważając, że w czasach archaicznych nabycie *manus* nad żoną (zwłaszcza przez *confarreatio*) było jednoznaczne z zawarciem małżeństwa³.

W chwili obecnej drugi z omawianych poglądów w swej czystej formie jest reprezentowany przez Volterre, który w licznych pracach⁴ wysunął argumenty, którymi udowadnia, że instytucja *conventio in manum* i zawarcia małżeństwa były zawsze czymś różnym.

¹ Por. np. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris 1924, s. 158; Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris 1947, I, s. 282 n.

² C. Accarias, *Précis de droit romain*, Paris 1874, s. 253.

³ Por. J. Marquardt, *La vie privée des Romains*, wyd. francuskie z roku 1892, s. 41 n.; Z. Lisowski w „Ruchu Prawniczym Socjologicznym i Ekonomicznym” z roku 1936, z. II, s. 259.

⁴ *Corso di diritto romano. Diritto di famiglia*, Pisa 1931—32, s. 184 n.; *Diritto romano e diritti orientali*, Bologna 1937, s. 112; *La conception du mariage d'après les juristes romains*, Padova 1940, s. 2 n.; *Quelques observations sur le mariage des*

Argumenty Volterry można podzielić, ze względu na ich wartość, na dwie grupy. Pierwsze dowodzą bezsprzecznie odrębności instytucji zawarcia małżeństwa od nabycia władzy nad żoną w okresie klasycznego prawa rzymskiego. Nie wchodząc w szczegóły, argumentacja ta⁵ opiera się głównie na Gaiusie.

Gaius traktuje *usus*, *confarreatio* i *coemptio* jedynie jako rodzaje *conventio in manum*, co znajduje swój wyraz w traktowaniu tego problemu w rozdziale poświęconym osobom pozostającym *in manu*⁶, a całkowitym pominięciu go w rozdziałach o *iustae nuptiae*, *conubium* i małżeństwach mieszanych⁷.

To co jurysta mówi o *usus*⁸ wskazuje na odrębność aktu nabycia władzy przez *usus* od aktu zawarcia małżeństwa. Do podobnych wniosków prowadzą fragmenty Gaiusa mówiące o dokonywaniu *coemptio* z mężem lub *cum extraneo*⁹ oraz mówiące o możliwości zawarcia małżeństwa z osobą, która pozostawała już pod władzą męzowską i o możliwości nabycia władzy nad żoną¹⁰.

Powyższe argumenty wysunięte już przez Volterrę zdaje się też potwierdzać inskrypcja z czasów pryncypatu¹¹, która mówi wyraźnie o dokonaniu *coemptio* z żoną — *coemptione facta cum uxore*.

Wartość źródeł mówiących o *confarreatio* jest dla tezy Volterry już znacznie mniejsza. Stwierdzają one jedynie, że *confarreatio* była sposobem poddania się pod władzę, nie mówią natomiast nic o odrębności tego sposobu *conventio in manum* od aktu zawarcia małżeństwa¹².

Druga grupa argumentów Volterry mająca dowieść odrębności zawarcia małżeństwa i nabycia *manus* w okresie archaicznym, nie opiera się na tak mocnych podstawach jak argumenty dotyczące prawa klasycznego.

Bezsprzeczne jest stwierdzenie wynikające z Gaiusa, że w okresie ustawy XII tablic istniał sposób zawarcia małżeństwa, który nie łączył się z nabyciem władzy męża nad żoną¹³. Nie wynika z tego bynajmniej, żeby ten sposób był w okresie archaicznym jedyny. Źródło, które na pierwszy rzut oka zdawałoby się

filiifamilias, Rev. Int. des Dr. de l'Ant. I 1948, s. 213 n.; *Ancora sulla manus e sul matrimonio*, Studi in onore di S. Solazzi, s. 675 n.; *Nuove osservazioni sulla conventio in manum*, Atti del Congr. Int. di Dir. Rom. e di Storia del Dir., Verona 1943 t. III, s. 29 n.; *L'acquisto della cittadinanza romana e il matrimonio del peregrino*, Milano 1950; *La nozione giuridica del conubium*, Milano 1950; a ostatnio *La conception du mariage à Rome*, Rev. Int. des Dr. de l'Ant. ser. III. t. II, 1955.

⁵ Zawarta głównie w pracach wcześniejszych (*La conception du mariage d'après les juristes romains*).

⁶ *Institutiones* I, 110 n.

⁷ *Inst.* I, 56—56.

⁸ *Inst.* I, 111: *usu in manum conveniebat, quae anno continuo nupta perseverabat*.

⁹ *Inst.* I, 114: *Potest autem coemptionem facere mulier non solum cum marito suo, sed etiam cum extraneo*...

¹⁰ *Inst.* II, 139: *Idem iuris est si cui post factum testamentum uxor in manum conveniat, vel quae in manu fuit nubat*... Por. Volterra, *Nuove osservazioni*... s. 32. Inaczej Duell, *Studien zur Manusehe*, Festschr. für L. Wenger I, s. 211, który w kobiecie, która była pod władzą (*quae in manu fuit*) i która wychodzi za mąż (*nubat*) dopatruje się wdowy, stwarzając sztucznie nigdzie nie przekazaną normę, wedle której kobieta, która raz znalazła się pod władzą męża nie mogłaby, zawierając powtórne małżeństwo, zawrzeć małżeństwa wolnego.

¹¹ C.I.L. 6. I. 1527.

¹² Gai. *Inst.* I, 112: *Farreo in manum conveniunt per quoddam genus sacrificii, quod Iovi Farreo fit*. Tit. ex corp. Ulpiani IX: *Farreo convenitur in manum certis verbis et testibus X presentibus et sollemni sacrificio facto, in quo panis quoque farreus adhibetur*.

¹³ Gai. *Inst.* I, 111 odnosi przepisy o *usurpatio trinocitii* do ustawy XII tablic.

najmocniej przemawiać za tezą Volterry — Aulus Gellius, *Noctes Atticae* XVIII, 6, 9¹⁴, pozostaje tylko w zgodzie z wywodami Volterry, nie może natomiast stanowić dowodu ich trafności. Żona u Gelliusa, która weszła w skład rodziny męża, mogła bowiem równie dobrze wejść w skład rodziny w drodze aktu odrębnego od zawarcia małżeństwa, który byłby tylko aktem *conventio in manum*, jak też i w drodze aktu, w którym łączyło się zawarcie małżeństwa z poddaniem kobiety pod władzę męża, a co za tym idzie z wejściem w skład jego rodziny. Takiej możliwości tekst Gelliusa wcale nie wyklucza¹⁵.

Źródła mówiące o *conubium* stały się impulsem do następującej argumentacji: *Conubium* z Rzymianami — prawo do zawarcia z nimi *iustum matrimonium* — udzielał Rzymianie obcym nawet w najdawniejszych czasach, a ci obcy nie mogli uczestniczyć w akcie *conventio in manum*, akcie dostępnym tylko dla *cives*. Rzymianie mówiąc o *conubium* nigdy nie wspominają w związku z tym o *conventio in manum*. Z tych trzech przesłanek ma wynikać, zdaniem Volterry, że małżeństwo było zarówno w pojęciu juredycznym, jak i społecznym instytucją zupełnie odrębną od *conventio in manum*, opartą o akty i elementy różne od elementów mających konstytutywne znaczenie dla *manus* nawet w czasach najdawniejszych. Gdyby nawet istotnie z trzech powyższych przesłanek wypływał wniosek wysnuty z nich przez Volterrę, to wniosek ten musiałby upaść wobec tego, że *conubium* udzielałi Rzymianie trudniej niż *commercium* — tj. prawo dokonywania z Rzymianami aktów prawnych uznanych przez prawo cywilne. *Commercium* nie było w tym stopniu wyrazem łączności obcych z Rzymem jak *conubium*¹⁶. A więc kto miał *conubium*, miał też i *commercium*. Mógł zatem dokonać manypacji i powołać się na *usus*.

W szczegółowym referacie Liviusa¹⁷ na temat walki plebsu o *conubium* z patrycjuszami, z pięknie opracowaną przez niego mową trybuna Canuleiusa, dopatruje się Volterra podstawy do dalszego argumentu, który ma jego zdaniem wykazać, że małżeństwo i *conventio in manum* były już w czasach najdawniejszych instytucjami odrębnymi. Z liwiańskiej relacji wynikałoby, że przed ustawą XII tablic przysługiwało plebejuszom *conubium* z patrycjuszami i, że dopiero ustawa XII tablic zniósła je. Wedle Volterry nie byłoby możliwe zawarcie małżeństwa, połączonego z władzą nad żoną, pomiędzy plebejuszem i kobietą należącą do patrycjatu, bo trudno byłoby wyobrazić sobie nabycie *manus* przez plebejusza nad kobietą pochodzenia patrycjuszowskiego¹⁸.

Relacja o zniesieniu przez ustawę XII tablic *ius conubii* między plebejuszami i patrycjuszami, której wiarygodność stoi i tak pod znakiem zapytania, może wzbudzać poważne wątpliwości, choćby dlatego, że gdyby dać jej wiarę, to zakaz małżeństw między przedstawicielami plebsu i patrycjatu trwałby — stojąc na gruncie tradycji — zaledwie 5 lat (ustawa XII tablic — *Lex Canuleia*). Raczej słuszne wydaje się zdanie Maszkińa, wedle którego ustawa XII tablic potwierdzała tylko starodawny zakaz zawierania małżeństw między patrycjuszami i plebejuszami¹⁹.

¹⁴ *Materfamilias* jest ta, która *non in matrimonium tantum sed in familiam quoque mariti... venisset*.

¹⁵ Jeszcze mniejsze znaczenie posiadają inne wykorzystane przez Volterrę źródła, jak np. Ciceron, *Topica* III, 14 (zob. dalej).

¹⁶ Por. Schwegler, *Römische Geschichte*, t. I, Tübingen 1853, s. 494: *Conubium ist das hervorstehendste Merkmal der Rechtsgleichheit: ein Symbol der Verbundenheit von politisch Gleichgestellten*.

¹⁷ Livius, księga IV.

¹⁸ *Nuove osservazioni...* s. 39: *nè del resto sarebbe agevole immaginare l'acquisto da parte di un plebeo della potestà su una donna patrizia*.

¹⁹ N. A. Maszkiń, *Historia Starożytnego Rzymu*, Warszawa 1950, s. 151.

Wyłącznie na konstrukcji opiera się trzeci argument Volterry. Autor powołuje się na możliwość istnienia w okresie antycznym małżeństw między osobami znajdującymi się pod tą samą władzą. W przypadku takiego małżeństwa wąż małżeński nie mógł łączyć się z *conventio in manum*; co wskazuje — zdaniem Volterry — na to, że *conventio* i małżeństwo były już wtedy instytucjami odrębnymi²⁰.

Ocena tego argumentu jest bardzo trudna, bo wprawdzie np. *coemptio* byłaby w takich przypadkach niemożliwa, ale może też i zbyt techniczna. Dalej nie można wiedzieć jakie skutki miałyby to, stworzone w drodze konstrukcji, małżeństwo, czy mąż miałby po śmierci swojego władcy władzę nad żoną, czy nie²¹. Również nie możemy wiedzieć, czy takie małżeństwa istotnie były tak częste jak to sądzi Volterra, bo nie wiemy jak daleko sięgała w tych czasach przeszkoda małżeńska wynikająca z pokrewieństwa.

Jak wynika z przedstawienia powyższych konstrukcyjnych argumentów, nie mogą one stanowić same dowodu, że w okresie dawnym małżeństwo było z a w s z e niezależne od władzy męża nad żoną, oraz, że w Rzymie nigdy nie występowały dwa typy małżeństwa²².

Dlatego będzie rzeczą właściwą zapoznanie się ze źródłami, które mówią o interesującym nas zagadnieniu w odniesieniu do okresu archaicznego.

W dalszym ciągu cytowanego już fragmentu Instytucji Gaiusa, mówiącego o *usus*²³, jurysta mówi, że kobieta, która nie chciała dostać się pod władzę męża musiała spędzać rok rocznie trzy noce poza mężowskim domem i powołuje się na ustawę XII tablic jako źródło unormowania tej przerwy w zasiedzeniu²⁴. Wynika z tego, że w czasach ustawy XII tablic istniało małżeństwo wolne, przy którym żona nie była poddana władzy męża.

Wydaje się, że takie tłumaczenie tekstu Gaiusa jest słuszne mimo pewnych wątpliwości, które mogłoby nasuwać słowo *nupta*, którym Gaius określa kobietę nad którą mąż nabywał władzę przez zasiedzenie. Słowo to odpowiadające greckiemu *νύμφη*²⁵ oznacza w tym języku nie tylko żonę, lecz także i narzeczoną. Wysuwanie jednak teorii, że w przypadku *usus* małżeństwo przed okresem rocznym nie istniało, nie wydaje się już z samego kontekstu Gaiusa słuszne. Na to, że Gaius używając słowa *nupta* miał na myśli kobietę, która zawarła małżeństwo wskazuje użycie przez niego tego wyrazu w tym właśnie znaczeniu w innym miejscu Instytucji²⁶, a przede wszystkim zaś to, że mężczyzna, którego dom kobieta musiała opuścić na pewien przeciąg czasu, aby nie dostać się pod jego władzę, był już jej mężem — *maritus*.

Na istnienie przed upływem roku, w przypadku *usus*, rzeczywistego małżeństwa zdaje się też wskazywać Quintus Mucius Scaevola, którego cytuje Aulus Gel-

²⁰ *Nuove osservazioni...*, s. 31.

²¹ Por. Gellius, *Noctes Atticae* XVIII, 6: ... *quae in mariti manu mancipioque, aut in eius in cuius maritus manu mancipioque esset...*

²² Volterra zastrzega się, że *il est fort probable que la femme dans les premiers siècles de Rome, au moment du mariage, accomplissait la conventio in manum...* Mais, bien que le mariage soit accompagné de la *conventio*, sa structure juridique ne change pas pour cela: il reste toujours une institution différente de la *conventio* (La conception du mariage à Rome, s. 369—370).

²³ *Inst.* I, 111.

²⁴ ... *lege XII tabularum cautum est, ut si qua nollet eo modo (usu) in manum mariti convenire...*

²⁵ Por. *nubo* w Ernout-Meillet, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*.

²⁶ *Inst.* I, 68.

lius w *Noctes Atticae*²⁷. Jurysta ten mówiąc o kobiecie, nad którą mąż nabywał władzę przez usus wyraża się, że była ona *apud virum causa matrimonii*²⁸.

Z omówionych źródeł wynika, że w okresie archaicznym istniało małżeństwo nie połączone z władzą męża nad żoną.

Nasuwa się pytanie czym były te związki *matrimonii causa*. Czy były one jedynym rodzajem małżeństwa w okresie archaicznym (jak sądzi Volterra), czy też były one jednym z rodzajów małżeństwa, obok którego istniał inny rodzaj²⁹.

*

Należałoby więc z kolei zastanowić się, czy można ze źródeł wywnioskować istnienie w okresie archaicznym małżeństwa, które było nieodłącznie związane z władzą męża.

Aulus Gellius³⁰ definiuje nalożnicę — *pellex* jako tę, *quae iuncta consuetaque esset cum eo, in cuius manu mancipioque alia matrimonii causa foret*. Gellius odnosi to określenie do czasów najdawniejszych (*Numa Rex*).

Jak wynika z Gelliusa nazwę *pellex* nadawano w czasach archaicznych tylko tej kobiecie, która żyła z mężczyzną posiadającym nad swą żoną władzę wykonywaną *matrimonii causa*.

Definicja ta jest szczególnie interesująca jeżeli porównamy ją z definicją *pellex*, którą podają Granius Flaccus i Massurius³¹ oraz Festus. Określają oni *pellex* jako tę, która żyje z posiadającym żonę (*uxor*), lub nie będąc żoną (*uxor*) żyje z kimkolwiek³². Definicje te odzwierciedlają stan z okresu później republiki i początków cesarstwa³³, kiedy pozostawanie żony pod władzą męża zaczęło zanikać³⁴. Natomiast określenie Aulusa Gelliusa odnosi się do czasów najdawniejszych. Różnica jest widoczna: u Gelliusa tylko małżeństwo z władzą powodowało uznanie w pełni godności żony, natomiast w tekstach odnoszących się do prawa późniejszego, mówi się jedynie o *uxor* nie przywiązując znaczenia do pozostawania pod władzą męża, co w okresie dawnym miało, jak wynika z Gelliusa, decydujące znaczenie i odróżniało skutki

²⁷ Aulus Gellius, *Noctes Atticae*, III, 2, 12.

²⁸ Fragment ten może wprawdzie zgadzać się zarówno z teorią istnienia przed okresem roku związku małżeńskiego, jak też istnienia związku nieregularnego lub wadliwego (jak np. Girard w *Manuel...*, Paris 1924, s. 174, który widział w tych związkach *des sortes des concubinats*; lub V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di Diritto Romano*, Napoli 1947, s. 434—435), lub na próbę, którego celem było stać się małżeństwem po roku (por. Lévy-Bruhl, *Les origines du mariage sine manu*, Tijdschr. v. Rechtsgesch. XIV). Użycie przez Gelliusa w innym miejscu (IV, 3, 3) zwrotu *matrimonii causa* w znaczeniu „na skutek małżeństwa”, a nie „w celu małżeństwa” zdaje się skłaniać do takiego samego rozumienia fragmentu III, 2, 12.

²⁹ Ostatnio w takim sensie pojmują to C. W. Westrup w *Recherches sur les formes antiques de mariage dans l'ancien droit romain*, København 1943, który mówi, że także już w okresie przed ustawą XII tablic *une union matrimonii causa contractée mutuo consensu des deux parties contractantes, mais sans formes civiles, suffisait, produire le principal effet civil du mariage légitime: la paternité légitime et la patria potestas qui en découle* (s. 41—42).

³⁰ *Noctes Atticae* IV, 3.

³¹ Cytowane przez Paulusa D. 50, 16, 144.

³² *Libro memorialium Massurius scribit pellicem apud antiquos eam habitam, quae cum uxore non esset, cum aliquo tamen vivebat: ... Granius Flaccus in libro de iure Papiriano scribit pellicem nunc volgo vocari, quae cum eo, cui uxor sit, corpus misceat: quosdam eam, quae uxoris loco sine nuptiis in domo sit, ... Festus zaś pod pelices* (Wyd. Teubner 1913, s. 248) mówi: *antiqui proprie eam pellicem nominabant, quae uxorem habenti nuberet*.

³³ Termin *antiqui* w znaczeniu *iuris veteris auctores* zgadza się z terminem *nunc* we fragmencie Graniusa Flaccusa.

³⁴ Por. Monier, *Manuel...*, t. I, Paris 1947, s. 285.

małżeństwa połączonego z władzą od innego rodzaju związków małżeńskich, choćby nawet były one uważane za małżeństwo legalne³⁵.

Dionizjusz z Halikarnasu³⁶ dodaje, że „starożytni nazywali sakralnymi i zgodnymi z prawem, ... małżeństwa dochodzące do skutku przez *confarreatio*“³⁷.

Podobnie o *confarreatio* jako o sposobie zawarcia małżeństwa mówi kilkakrotnie Servius w Komentarzu do *Eneidy* IV. 103³⁸, IV. 339³⁹, IV. 374⁴⁰, a w Komentarzu do *Georgików* I. 31⁴¹.

Wiarogodność relacji tych dwóch autorów była mocno podważana przez Volterę. Nie wchodząc w polemikę z Volterą i przyjmując powyższe teksty jak najbardziej krytycznie, nie można jednak nie zauważyć, że *confarreatio* posiadała specjalny charakter, który zdaje się czynić ją zarazem aktem zawarcia małżeństwa (specjalnego typu) i nabycia władzy nad żoną. Niewątpliwy jest fakt, który da się z tych źródeł wysnuć (co potwierdza także Gaius I. 112)⁴², że w pewnych wypadkach dokonanie aktu *confarreatio* było niezbędne. Mianowicie kapłani pewnych kategorii, jak *Diales*, *Martiales*, *Quirinales* i *reges sacrorum* musieli pochodzić z małżeństw, które dokonały *confarreatio*, a nadto musieli sami dokonać tego aktu z uwagi na uczestniczenie żony (*flaminica*) w kulcie religijnym. Sam akt oddania się pod władzę nie mógł stanowić o wyższej kwalifikacji osób zrodzonych w takim małżeństwie do pełnienia funkcji najwyższych kapłanów oraz o wyższej kwalifikacji żony do pełnienia funkcji sakralnych. Bo gdyby stanowiło o tym pozostawanie pod władzą, to nie powinno być różnicy w jaki sposób ta władza powstała. Zrozumiałe byłoby natomiast przyznanie wyższej kwalifikacji do pełnienia wspomnianych funkcji osobom zrodzonym w małżeństwie wyższego typu i żonie pozostającej w takim małżeństwie.

*

Istnieją źródła, które wskazują na istnienie dwóch rodzajów żon. Ciceró w *Topica* 3. 14, rozważa przypadek ustanowienia legatu na rzecz kobiety, pod warunkiem, że będzie ona dla swego męża *materfamilias*. Jurysta stwierdzając, że legat nie będzie się należał kobiecie, jeżeli nie podda się władzy męża, wyjaśnia: *Genus enim est uxor; eius duae formae: una matrumfamilias (eae sunt, quae in manum con-*

³⁵ Por. Westrup, *Recherches...*, s. 43.

³⁶ *Antiquitatum Romanarum* II, 25.

³⁷ ἐπὶ τοῖς δὲ τοῖς ἱεροῖς καὶ νομίμοις οἱ παλαιοὶ γάμους Ῥωμαίων προσηγορίᾳ περιλαμβάνοντες, φαρραγείον, ἐπὶ τῆς κοινωνίας τοῦ φαρρός, ὃ καλοῦμεν ἡμῖς ζῆαν.

³⁸ Servius in *Eneid.* IV, 103: Quid est enim aliud „permittere dextrae“, quam in manum convenire? Quae conventio eo ritu perficitur, ut aqua et igni adhibitis, duobus maximis elementis, natura coniuncta habeatur: quae re; ad farreitas nuptias pertinet, quibus flamini et flaminicam iure pontificio in matrimonium est convenire.

³⁹ IV, 339: Et est quasi status finis latens: quid sint legitimae nuptiae. Et hic Aeneam inducit agentem nullo se matrimonii iure posse constringi, qui neque confarreatione Didoni coniunctus fuerat, ut flamine ac flaminicae convenit:...

⁴⁰ IV, 374: ... mos enim apud veteres fuit, flamine ac flaminicae dum per confarreationem in nuptias convenirent.

⁴¹ Servius in *Georg.* I, 31: Tribus enim modis apud veteres nuptiae fiebant: usu, si verbi gratia mulier cum viro, licet sine legibus fuisset; fare cum pontificem maximum et Dialem flaminem per fruges et molam salsam coniungeretur — unde confarreatio appellabatur —, ex quibus nuptiis patrimi et matrimi nascebantur; coemptione vero atque in manum conventione...

⁴² Inst. I, 112: Quod ius etiam nostris temporibus in usu est: nam flamines maiores, id est Diales, Martiales, Quirinales, item reges sacrorum, nisi ex farreatis nati non leguntur: ac ne ipsi quidem sine confarreatione sacerdotium habere possunt.

venerunt) altera earum, quae tantummodo uxores habentur. Qua in parte cum fuerit Fabia, legatum (ei) nos videtur.

Nawiązujący do tego fragmentu Quintilian⁴³ mówi nie o dwóch rodzajach żon, lecz o dwóch rodzajach małżeństw (*duae formae sint matrimoniorum*).

Cytowany wyżej fragment Cicerona można wprawdzie wytłumaczyć zgodnie z teorią reprezentowaną przez Volterrę⁴⁴, a fragment Quintiliana nawet pozbawić zupełnie znaczenia⁴⁵. Nie wchodząc w kwestię oceny tych fragmentów, co do ich przydatności dla jednej lub drugiej teorii, wynika z nich jednak niewątpliwie to, że stanowisko żony — *uxor* w małżeństwie nie połączonym z władzą męża było inne niż stanowisko żony — *materfamilias* w małżeństwie połączonym z władzą męża. Natomiast sprawa czy odrębność tego stanowiska była wynikiem dokonania jednego czy dwóch aktów nie ma przy rozważaniach Cicerona i Quintiliana znaczenia.

Aulus Gellius⁴⁶ mówiąc o znaczeniu wyrazów *matrona* i *materfamilias* przeciwstawia się twierdzeniu, że matroną była nazywana kobieta, która raz jeden rodziła, natomiast *materfamilias* ta, która rodziła więcej razy. Gellius powołując się na autorytet dawnych pisarzy określa matronę jako tę, *quae in matrimonium cum viro convenisset, quoad in eo matrimonio maneret, etiam si liberi nondum nati forent. Matrem autem familias appellatam esse eam solam, quae in mariti manu mancipioque esset: quoniam non in matrimonium tantum, sed in familiam quoque mariti et in sui heredis locum venisset*⁴⁷. Różnica w stanowisku matrony—kobiety, która *in matrimonium cum viro convenisset* i *materfamilias*—kobiety, która *in mariti manu mancipioque... esset* jest tu wyraźna. Można dyskutować, czy fragment ten nie wskazuje na odrębność aktu zawarcia małżeństwa i nabycia *manus*. Na pierwszy rzut oka mogłoby się wydawać, że Gellius odróżniał ściśle instytucję małżeństwa i poddania się władzy męża, szczególnie słowa: *non in matrimonium tantum, sed in familiam quoque mariti... venisset*, mogą wywołać takie wrażenie. W rzeczywistości Gellius pozostaje tylko w zgodzie z teorią Volterry, nie może natomiast stanowić dowodu jej trafności. Żona u Gelliusa, która weszła w skład rodziny męża, mogła bowiem równie dobrze wejść w skład rodziny męża w drodze aktu, w którym łączyło się zawarcie małżeństwa z poddaniem się pod władzę męża, a co zatem idzie, z wejściem w skład jego rodziny.

Przytaczane powyżej fragmenty wskazują natomiast wyraźnie na to, że odróżniano żonę zwyczajną (*uxor, matrona*) od żony pozostającej pod władzą męża (*materfamilias*). Nie dowodzi to jeszcze istnienia w Rzymie dwóch typów instytucji małżeństwa.

Takie twierdzenie byłoby możliwe dopiero wtedy, gdyby udało się wykazać odmiennosć skutków prawnych, które powodowało współżycie mężczyzny z kobietą zwaną *matrona*, od współżycia z kobietą zwaną *materfamilias*.

*

⁴³ Quintilian, *Institutiones oratoriae* V, 10, 62.

⁴⁴ Tekst ten pozostaje istotnie w zgodzie z tezą Volterry, ale nie wnosi niczego nowego. Istnienia za czasów Cicerona małżeństw, w których kobieta miała stanowisko *matrisfamilias*, nikt nie kwestionuje, a więcej z cytowanego tekstu nie da się wyczytać.

⁴⁵ Volterra tłumaczy, że zdanie Quintiliana *duae formae matrimoniorum* jest nieszczyśliwą interpretacją zdania Cicerona *duae formae uxorum*. (*La conception du mariage d'après les juristes romains*, s. 10—11).

⁴⁶ Aulus Gellius, *Noctes Atticae* XVIII 6, 9.

⁴⁷ Podobnie Nonius Marcellus, *De comp. doctrina*, pod *matronae et matris familias*. — Inaczej Festus pod *materfamiliae* (wspomniane wydanie, s. 112), który określa *materfamilias* jako żonę *patrisfamilias*.

Servius⁴⁸ podaje, że z małżeństwa zawartego przez *confarreatio*, tzn. takiego w którym żona pozostawała pod władzą męża i zgodnie z Aulusem Gellusem nazywały się *materfamilias*⁴⁹, rodziły się dzieci zwane *patrimi et matrimi*⁵⁰. Ponadto ciekawy wydaje się fakt, że do piastowania pewnych urzędów trzeba było być *patrimis et matrimis*⁵¹, tzn. w myśl tekstu Serviusa być urodzonym z małżeństwa, w którym rodzice dokonali aktu *confarreatio*. Tłumaczenie w ten sposób znaczenia słów *patrimi et matrimi* nie jest jednak jedyne, bo Festus nazywa tak dzieci rodziców żyjących⁵². Te dwie definicje nie wykluczają się jednak, zwłaszcza jeżeli weźmie się pod uwagę to, że *confarreatio* była aktem dostępnym jedynie dla patrycjuszów⁵³. Przyjęcie, że przesłanką do wykonywania pewnych funkcji sakralnych było życie rodziców wydaje się dziwne. Przesłanką tą mogło być natomiast zrodzenie w specjalnym typie małżeństwa, związanym nieodłącznie z władzą męża nad żoną, co powodowało uprzywilejowaną sytuację dzieci zrodzonych z takiego związku.

Aulus Gellius w *Noctes Atticae* V, 19, 9, poddając formułę adrogacji mówi, że stanowisko adrogowanego w stosunku do adrogującego było takie *quam si ex eo patre matreque familias eius natus esset*⁵⁴.

Proculus⁵⁵ omawiając zagadnienie powstania po śmierci dziadka stosunku pokrewieństwa pomiędzy wnukiem, a osobą adoptowaną jako wnuk, dochodzi do wniosku, że przy adopcji nie rodzi się stosunek pokrewieństwa między nimi. Inaczej natomiast przedstawia się ta sprawa w przypadku jeżeli *sic adoptavit, ut etiam iure legis nepos suus esset, quasi ex Lucio puto filio suo et ex matre familias eius natus esset*.

Oba zacytowane źródła wskazują, że stanowisko osoby adrogowanej było takie jak osoby urodzonej z małżeństwa, w którym żona pozostawała pod władzą męża⁵⁶. Tylko dzieci urodzone z takiego małżeństwa mogły być w dawnych czasach, do któ-

⁴⁸ Servius in Georg. I, 31.

⁴⁹ Por. Aulus Gellius, *Noctes Atticae* XVIII, 6, 9. Wątpliwości co do rozciągania nazwy *materfamilias* na żonę, która dokonała *confarreatio*, budzi Boetius in *Topica* III, 4, według którego miano *materfamilias* miała tylko ta kobieta, która dokonała *coemptio*: *Quae autem in manum per coemptionem conveniunt, eae matresfamilias vocabuntur: Quae vero usu vel farreo minime*. Całość wywodów Boetiusa nie wskazuje jednak na właściwe przytoczenie przez niego myśli Ulpiana. Należy wziąć pod uwagę, że wspomniany fragment powołuje się na Ulpiana jedynie co do uroczystości zawarcia *coemptio*: *quam sollemnitate in suis institutis Ulpianus exponit*. Boetius ze słów używanych przy *coemptio* (rodzaj podwójnej stypulacji, w której mąż zapytywał żonę czy chce być dla niego *materfamilias*, a następnie analogiczne pytanie stawiała żona) wysnuł wniosek, że tylko w wyniku tego aktu powstaje miano *materfamilias*.

⁵⁰ Servius in Georg. I, 31: *ex quibus (tzn. przy confarreatio) nuptiis patrimi et matrimi nascebantur*.

⁵¹ Por. np. Aulus Gellius, *Noctes Atticae* I, 12; lub Festus (wspomniane wydanie s. 82).

⁵² Festus (Pauli excerpta pod *matrimes et patrimis*) wspomniane wydanie s. 113.

⁵³ Por. greckie ἀμφιθαλής w pewnych wypadkach εὐπατρίδης co podkreśla Ph. Fabia w Daremberg-Saglio pod *patrimi et matrimi*: *les deux définitions se consistent...*

⁵⁴ Aulus Gellius, *Noctes Atticae* V, 19, 9: *Eius rogationis verba haec sunt: VELITIS. IUBEATIS. QUIRITES. UTI. LUCIUS. VALERIUS. LUCIO. TITIO. TAM. IURE. LEGE. Q. FILIUS. SIBI. SIET. QUAM. SI. EX. EO. PATRE. MATRE. Q. FAMILIAS. EIUS. NATUS. ESSET. UTI. Q. EI. VITAE. NECIS. Q. IN. EO. POTESTAS. SIET. UTI. PATRI. ENDO. FILIO. EST. HAEC. UTI. DIXI. ITA. VOS. QUIRITES. ROGO.*

⁵⁵ D. I, 7, 44.

⁵⁶ Por. Aulus Gellius, *Noctes Atticae* XVIII, 6; Boetius in *Topica* III, 4.

rych sięga zachowana przez Gelliusa formuła adrogacji, dziećmi uznanymi przez prawo cywilne za legalne.

W odróżnieniu od tych dwóch źródeł odnoszących się do okresu dawnego (Aulus Gellius) lub okresu niezbyt późnego (Proculus), przedstawiający adrogację Gaius mówi: *...is qui adoptat, rogatur id est interrogatur, an velit eum, quem adoptaturus sit, iustum sibi filium esse...*⁵⁷, a nie wspomina nic o urodzeniu *ex matre familias*.

Widocznie dla Gaiusa na uznanie dziecka za legalne według prawa cywilnego nie miał już wpływu fakt czy matka pozostawała pod władzą ojca, czy nie. Natomiast odróżnianie skutków prawnych, które powodowało małżeństwo połączone lub nie połączone z władzą męża, w prawie dawnym miało — jak widać z powyższych źródeł — znaczenie istotne.

*

Przedstawione powyżej argumenty zdają się wskazywać na to, że w Rzymie w okresie archaicznym istniały dwa rodzaje małżeństwa, z których jeden łączył się organicznie z władzą męża nad żoną. Obok niego istniał drugi rodzaj małżeństwa, którego zawarcie nie łączyło się z nabyciem władzy męża nad żoną.

W okresie prawa klasycznego można natomiast mówić tylko o jednym rodzaju małżeństwa, które mogło być związane z władzą męża nad żoną, lub nie.

WITOLD WOŁODKIEWICZ (Warszawa)

Lee R. W., *An introduction to Roman-Dutch law*, fifth edition. Oxford 1953. At the Clarendon Press, s. LXXX+471.

I

Książka na temat prawa rzymsko-holenderskiego profesora R. W. Lee należy do bardzo ciekawych pozycji literatury prawniczej. Przedmiotem tej książki, w piątym już wydaniu, jest bowiem system prawny, zajmujący miejsce wyjątkowe pośród zachowanych do dziś relikwów dawnych praw. Zespala on w sobie znaczne pozostałości przepisów feudalnych i rzymskich. Te ostatnie pomogły rozwinąć się młodemu ka italizmowi holenderskiemu.

W rzymsko-holenderskim systemie prawnym otwiera się bez wątpienia szerokie pole do owocnych badań naukowych z zakresu historii prawa. Jest w nim możliwość wielostronnej obserwacji okresów przejściowych. Dostarcza on dużo materiału do śledzenia, jak w takich okresach nowa treść włącza się w stare formy. Jak stare prawo — przekształcane stopniowo przez nowsze ustawodawstwo i praktykę — zaczyna obsługiwać nowe stosunki społeczne. Toteż prawo rzymsko-holenderskie może stanowić ciekawy przedmiot studiów. Nie tylko w zakresie historii prawa, lecz również w dziedzinie badań teoretyczno-prawnych. Ponadto, może ono zainteresować cywilistów.

Jak wskazuje jej tytuł, praca profesora Lee ma charakter wprowadzenia. Nie może ona przeto obejmować wyczerpującego przedstawienia problematyki prawa rzymsko-holenderskiego. Daje ona też w zasadzie nie więcej, jak tylko wykład wiadomości podstawowych w zakresie tego prawa, obowiązującego dzisiaj w Unii Południowo-Afrykańskiej. Tym niemniej, wobec niemożności wykorzystania lepszych

⁵⁷ Gai. Inst. I, 99.