

Wolfgang Waldstein

Problem interpretacji źródeł a status dziecka w łonie kobiety (nasciturus)

Zeszyty Prawnicze 6/2, 7-32

2006

Artykuł został opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

WOLFGANG WALDSTEIN

Uniwersytet w Salzburgu

PROBLEM INTERPRETACJI ŹRÓDEŁ A *STATUS* DZIECKA W ŁONIE KOBIETY (*NASCITURUS*)*

W ramach moich prac badawczych nad źródłami raz po raz napotykałem pewien zdumiewający fenomen, który polega na tym, że dla uzasadnienia przedstawianych teorii, z góry oczywiście przyjmowanych, przytacza się małe fragmenty źródłowych wypowiedzi, które zdają się przemawiać za przyjętą teorią. Ponieważ z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia akurat w przypadku tekstu, który tu ma być zasadniczym przedmiotem analizy, a który dotyczy statusu dziecka w łonie kobiety (*nasciturus*), pragnę, chcąc problem ten naświetlić na szerszej płaszczyźnie, naszkicować go najpierw na przykładzie, który merytorycznie nie pociąga za sobą aż tak bardzo ważkich konsekwencji, a nadto nie dotyczy problemów współczesnych. Równie klasycznego jak i wiele wyjaśniającego przykładu na to, jakie będą efekty, gdy dla uzasadnienia jakiejś teorii fragment tekstu źródłowego zostanie wyrwany z kontekstu, dostarcza nam potraktowanie pewnego tekstu Plauta dotyczącego w tym przypadku tzw. *obsequium* wyzwolenia. Aby wyraźnie pokazać zastosowany tu sposób obchodzenia się ze źródłami, muszę, po pierwsze, nieco obszerniej przedstawić ten przykład, zanim potem, po drugie,

* *Quelleninterpretation und 'status' des 'nasciturus'*, [w:] *'Status familiae'. Festschrift für Andreas Wacke zum 65 Geburtstag*, München 2001, s. 513-529 – przekł. FRANCISZEK WYCISK.

przejdę do przykładu dotyczącego dziecka w łonie kobiety (*nascitura*). Na koniec będę chciał, po trzecie, krótko podsumować wyniki analizy.

1. PLAUT., *MEN.* 1032 I N. A STANOWISKO PRAWNE WYZWOLEŃCA (*LIBERTUS*)

Jacques Lambert zakładał, iż stanowisko wyzwolenców stanowi „une état de sujéction absolue”¹. Ten „stan poddaństwa”, który jest uznawany za treść spotykanego w źródłach *obsequium* libertyna wobec swego patrona, Lambert opisuje w następujący sposób: „c’est être auprès du patron pour exécuter les operae qu’il exige: c’est être à ses ordres, c’est lui obéir constamment”². Na potwierdzenie takiego poglądu przywoływany jest tekst Plauta, *Men.* 1032 i n.

Gdy ongiś pracowałem nad zagadnieniem *operae libertorum*, musiałem się rozprawić także z tym problemem. Naturalnie, aby móc poprawnie zrozumieć tekst cytowany przez Lamberta, przeczytałem cały jego kontekst.

Tekst ten pochodzi z komedii Plauta, w której pomyleni zostali dwaj bracia bliźniaczy – Menaechmus z Sosiclesem. W wyniku nieszczęśliwych okoliczności obaj bracia zostali bardzo wcześnie oddzieleni od siebie. Po zniknięciu Menaechmusa, jego bratu Sosiclesowi nadano imię Menaechmus. Pewnego dnia wyrusza on w drogę, aby odnaleźć brata, który zniknął. Dociera wreszcie do Epidamnus, gdzie przebywa jego brat-bliźniak.

Obaj bracia bliźniacy są do siebie, jak się to później okazało, całkowicie podobni zewnątrznie. Messenio – jeden z niewolników So-

¹ Por. J. LAMBERT, *Les ‘operae liberti’*. Contribution à l’Histoire des Droits de Patronat, Paris 1934, s. 71; a także G. LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze 1930, s. 377, który mówi o „una posizione iniziale di assoluta soggezione”; podobnie jeszcze G. FABRE, ‘*Libertus*’. Recherches sur les rapports patron-affrachi à la fin de la république romaine [w:] *Collection de l’École française de Rome* 50, Roma 1981, s. 319.

² J. LAMBERT, *Les ‘operae liberti’*, cit., (przyp. 1), s. 16.

siclesa-Menaechmusa, który poszukuje swego bliźniaczego brata – jest w Epidamnus świadkiem zdarzenia, gdzie jest przekonany, iż jego właściciel, mianowicie Sosicles-Menaechmus, znalazł się w sytuacji zagrożenia. A ponieważ Messenio nie znał zaginionego i poszukiwanego Menaechmusa, był on mylnie przekonany na skutek absolutnego podobieństwa bliźniaczego brata do swego właściciela, iż ma przed sobą właśnie swego zagrożonego właściciela (*dominum*). W rzeczywistości jednak zagrożonym był poszukiwany brat bliźniaczy-Menaechmus, który wcale nie znał niewolnika imieniem Messenio. Ten ostatni zaś już od dawna przemyślał, jak mógłby ze swej strony wpłynąć na swego pana, aby zechciał go wyzwolić. W zdarzeniu, w którym uczestnicząc mniemał, iż ma przed sobą swego zagrożonego pana, przyszedł energicznie swemu domniemanemu panu z pomocą i oswobodził go. Uratowany w ten sposób Menaechmus dziękuje swemu nieznanemu obrońcy. Messenio, który mniema, iż ma przed sobą swego pana, pragnie teraz wykorzystać sprzyjający moment i prosić swego pana o wyzwolenie. Zdumiony Menaechmus zaprzecza temu, jakoby Messenio był jego niewolnikiem. Na usilne jednak nalegania Messenia wyzwała go ostatecznie (Menaechmus) powiadając: *Mea quidem hercle causa liber esto atque ito quo voles*. Niewolnik Messenio chciałby jednak być wyzwolony zgodnie z wymogami prawa, a zatem zadaje formalno-prawne pytanie: *Nempe iubes?* Na to odpowiada Menaechmus słowem, które od strony prawnej jest decydujące: *Iubeo*; ale w swej bezradności dodaje: *hercle, si quid imperi est in te mihi*³.

W przekonaniu, iż teraz rzeczywiście jest wyzwolony, Messenio wybucha radością i powiada (Plaut., *Men.* 1031 i n.): *Salve, mi patrone, cum tu liber es, Messenio, / gaudeo. credo hercle vobis*. W tym kontekście pojawiają się następne słowa wypowiedziane w radosnym uniesieniu z racji domniemanego wyzwolenia; słowa, które uznane zostały za dowód na istnienie „stanu poddaństwa”: *sed, patrone, te obsecro, / ne minus imperes mihi quam cum tuos servos fui. / apud ted habitabo et quando ibis, una tecum ibo domum*. Na to Me-

³ Plaut., *Men.* 1001-1030.

naechmus odpowiada jednak lakonicznie: *Minime*, co można by przetłumaczyć jako: „nie ma mowy”, albo „żadną miarą”. W związku z domniemywanym wyzwoleniem Menaechmus przecież już powiedział: *ito quo voles*. W tym sensie akt wyzwolenia implikował – według niego – wolność dla wyzwolenca, aby ten mógł pójść dokąd zechce. Jeżeli teraz Messenio przepełniony radością z racji wyzwolenia, kieruje tego rodzaju oświadczenia w stronę swego domniemanego patrona, jest to – biorąc pod uwagę sceniczno-teatralny kontekst komedii – całkowicie zrozumiałe i stosowne. Dla rzeczywistego, prawnego położenia nie można jednak wyciągnąć z tego żadnych wniosków. Dalszy rozwój sytuacji nie pozostawia tu najmniejszej wątpliwości.

Chwilę po tym pojawia się rzeczywisty właściciel niewolnika Messenia, mianowicie Sosicles-Menaechmus. On nie może i nie chce początkowo nic wiedzieć ani słyszeć o jakimś wyzwaleniu swego niewolnika. Ale teraz Messenio zauważył całkowite zewnętrzne podobieństwo obu braci bliźniaczych, a następnie udaje mu się doprowadzić do ich spotkania. Ostatecznie jego prawdziwy właściciel Sosicles-Menaechmus wyzwala go wdzięczny za to, że Messenio dopomógł mu odnaleźć swego bliźniaczego brata. Przy tym obecnie formalno-prawnym wyzwoleniu, prawdziwie skutecznym, nie ma ani słowa na temat „poddąństwa” albo jakichś prac na rzecz patrona. Co więcej Messeniowi zostaje powierzone lukratywne przedsiębiorstwo. Ponieważ Menaechmus pragnie wrócić wraz z bliźniaczym bratem Sosiclesem-Menaechmusem do Syrakuz, swój majątek w Epidamnus wystawia na licytację. Prowadzenie licytacji powierza Messeniowi, który najwyraźniej ma nadzieję, iż dzięki zyskom z tego przedsięwzięcia będzie mógł zapewnić sobie w przyszłości podstawę swojej egzystencji.

Gdy zatem tekst cytowany przez Lamberta rozważymy wraz z całym jego kontekstem, natychmiast staje się jasne, iż całkowicie błędne jest budowanie jakiejś teorii dotyczącej jakiegoś *obsequium* na wyrwanej z kontekstu wypowiedzi Messenia na temat dalszego posłuszeństwa i gotowości wykonywania pracy na rzecz domniemywanego patrona; zgodnie z tym *obsequium* wyzwoleniec musiał na-

dal pozostawać u patrona i był ustawicznie wobec niego zobowiązany do posłuszeństwa i wykonywania prac. Uwzględniając kontekst, powyższy tekst potwierdza raczej przeciwieństwo tego, co Lambert przy jego pomocy chce dowieść. Wszystko to jasno pokazuje, jak niezwykle ważne dla właściwego zrozumienia wypowiedzi źródłowych jest to, aby w każdym przypadku uwzględniać kontekst wypowiedzi, i jak łatwo możemy być wprowadzeni w błąd i dojść do całkowicie fałszywego obrazu historycznej rzeczywistości, gdy myślimy, że *nisi tota lege perspecta una aliqua particula eius proposita* możemy dotrzeć do prawidłowej oceny treści jakiejś wypowiedzi źródłowej⁴.

II. ULP. D. 25,4,1 A STATUS DZIECKA W ŁONIE KOBIETY (*NASCITURUS*)

1. W problematyce, którą tu zamierzamy poruszyć, tak samo idzie o to, jakie konsekwencje wynikają z nieprzestrzegania wyżej już wspomnianej zasady interpretacyjnej, którą sformułował Celsus:

D. 1,3,24 (Cel. 9 dig.): *Incivile est nisi tota lege perspecta una particula eius proposita iudicare vel respondere.*

Na trzecim plenarnym zgromadzeniu Papieskiej Akademii *Pro Vita* w dniach 14-16 lutego 1997 r. oraz na międzynarodowym sym-

⁴ Tym samym naturalnie nie wyklucza się tego, co Servius zgodnie z przekazem Ulpiana w D. 38,2,1 pr. wyraźnie potwierdza, że mianowicie patronowie w okresie przed Rutiliusem Rufusem (pretor w 118 r. przed Chr.) *soliti fuerint a libertis durissimas res exigere*, a więc byli przyzwyczajeni domagać się od wyzwolenców najtrudniejszych nawet rzeczy. Nie trzeba tego rozumieć jako normalnego stanu prawnego, ale raczej jako nadużycie prawa patronackiego, któremu Rutiliusz przeciwstawił się poprzez swój edykt. Że przyjęty przez Lamberta i wielu innych „stan poddaństwa” nie zgadza się z pierwotnym stanem prawnym, przede wszystkim zaś nie odpowiada sytuacji po wydanym edyktie Rutiliusa, zostało tymczasem w pełni dowiedzione. Na ten temat por. W. WALDSTEIN, *‘Operae libertorum’*, *Untersuchungen zur Dienstpflcht freigelassener Sklaven* (= *Forschungen zur antiken Sklaverei* 19), Stuttgart 1986, s. 51-69.

pozym na temat prawnej ochrony dziecka nie narodzonego, dwaj referenci zupełnie niezależnie od siebie, ale całkowicie zgodnie, interpretowali część zdania Ulpiana, wyjętego z jego tekstów, w kierunku stwierdzenia, że juryści rzymscy uważali nie narodzone dziecko za „część ciała matki”, a zatem nie przyznawali mu jakiegokolwiek samodzielnego znaczenia prawnego. Przy tej okazji trzeba uznać za rzecz szczególnej wagi to, że nawet tej miary uczony co Max Kaser wskazując na Ulpiana D. 25,4,1,1 wyjaśnia: „Vor der Geburt ist der partus bloßer Teil des Mutterleibs”⁵. Na wspomnianym międzynarodowym sympozjum w Uniwersytecie Rzymskim „La Sapienza” pewien hiszpański referent na zarzut ze strony przewodniczącego – prof. Pierangela Catalano – że przecież dopiero co zostało wykazane, iż jest to nieaktualne, odpowiedział tak: w Hiszpanii jest to „doktryna panująca”. Równocześnie było tu prezentowane zdanie, że dopiero u Ojców Kościoła jest do stwierdzenia świadomość samodzielności, niezależności dziecka nie narodzonego jako podmiotu prawa.

Ten przykład jasno uświadomił mi, jakie znaczenie ma sformułowana przez Celsusa zasada interpretacyjna także dla każdego historycznego dociekania. Znaczenie tego problemu zmusza mnie do tego, aby go teraz przedstawić szczegółowo w oparciu o przykład, który pociąga za sobą ważne konsekwencje.

Szczególnie jasno ujawnia się ten problem w przypadku tekstu-referatu przedłożonego na trzecim plenarnym zgromadzeniu Papieskiej Akademii *Pro Vita* przez Salvina Leonego, w którym ten ostatni między innymi powiada tak:

„In his analysis of classical Greek thought we cannot omit the specific contribution given by the Stoics, both because of the influ-

⁵ M. KASER, *Das Römische Privatrecht*², I, München 1971, s. 272 przyp. 17. Obecnie uwzględniając tekst, J. M. BLANCH NOUGUÉS, *Der Ungeborene* (‘nasciturus’) im römischen, spanischen und iberoamerikanischen Recht. Ein Wertungsproblem im Lichte der Rechts-tradition, «Orbis Iuris Romani» 6 (2000), s. 106-108, ze wskazaniem na A. WACKE, ‘Conceptus pro iam nato habetur, ...’, [w:] *Księga pamiątkowa ku czci Profesora Leopolda Steckiego*, Toruń 1997), s. 106 przyp. 3.

ence they had on subsequent Roman juridical practice, as well as for the „modernity”, although reprehensible, of some of their argumentation. The Stoics, in fact, between the 3rd and 2nd century BC, denied any autonomy to the fetus before birth. The *fetus*, as Latin jurisprudence pronounces on the basis of this conception, is considered *portio matris uteri vel viscerum*. Ultimately, the cultural substrate is not different from that of the roaring feminism of the 1960's which, through its famous slogan: ‘my uterus is mine and I will decide over it’, maintained the dependence and submission of the embryo to the maternal corporeity of which he was held to form a part”⁶.

Tęgo rodzaju stwierdzenia są dla kogoś, kto zna odnośne najważniejsze teksty, wręcz niepojęte, niezrozumiałe. One zmuszają w każdym bądź razie do konfrontacji z rzeczywistą wymową powoływanego przez Leonego tekstu, przy czym cytowanego bez podania źródła. Sądząc po treści może tu chodzić jedynie o Ulpiana D. 25,4,1,1, nawet gdy tekst nie jest poprawnie cytowany. Dla historycznych stanów faktycznych decydujące znaczenie mają tu także liczne inne jeszcze teksty, które Leone po prostu pomija. Fragment tekstu, który w wyizolowaniu przytaczany jest na potwierdzenie stanowiska rzymskich jurystów i wszystkie inne teksty trzeba ocenić wzięwszy pod uwagę ich rzeczywiste znaczenie uzyskane dzięki uwzględnieniu kontekstów.

2. Najpierw zatem odnośnie do Ulp. D. 25,4,1. Tytuł 4: *de inspicendo ventre custodiendoque partu*, omawia problemy związane ze stwierdzeniem ciąży po rozwodzie i ochroną nie narodzonego dziecka w przypadku, gdy kobieta zaprzecza, że jest w ciąży, podczas gdy ojciec dziecka pragnie mu zapewnić ochronę jeszcze przed jego narodzeniem. Tekst razem z kontekstem brzmi:

⁶ S. LEONE, *The Ancient Roots of a Recent Debate*, [w:] *Identity and Statute of Human Embryo, Proceedings of Third Assembly of the Pontifical Academy for Life*, Vatican 1998, s. 32. Na ten temat też tam s. 405-410 mój przyczynek do *The Legal Position of the Unborn Child in Roman Law*.

D. 25,4,1, pr.-1 (Ulp. 24 ad ed.): pr. *Temporibus divorum fratrum cum hoc incidisset, ut maritus quidem praegnatem mulierem diceret, uxor negaret, consulti Valerio Prisciano praetori urbano rescripserunt in haec verba: 'Novam rem desiderare Rutilius Severus videtur, ut uxori, quae ab eo diverterat et se non esse praegnatem profiteatur, custodem apponat, et ideo nemo mirabitur, si nos quoque novum consilium et remedium suggeramus. igitur si perstat in eadem postulatione, commodissimum est eligi honestissimae feminae domum, in qua Domitia veniat, et ibi tres obstetrices probatae et artis et fidei, quae a te adsumptae fuerint, eam inspiciant. et si quidem vel omnes vel duae renuntiaverint praegnatem videri, tunc persuadendum mulieri erit, ut perinde custodem admittat atque si ipsa hoc desiderasset: quod si enixa non fuerit, sciat maritus ad invidiam existimationemque suam pertinere, ut non immerito possit videri captasse hoc ad aliquam mulieris iniuriam. si autem vel omnes vel plures non esse gravidam renuntiaverint, nulla causa custodiendi erit. 1. Ex hoc rescripto evidentissime apparet senatus consulta de liberis agnoscendis locum non habuisse, si mulier dissimularet se praegnatem vel etiam negaret, nec immerito: partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum. Post editum plane partum a muliere iam potest maritus iure suo filium per interdictum desiderare aut exhiberi sibi aut ducere permitti'.*

Gdy uważnie czyta się reskrypt cesarzy Marka Aureliusza i Lucjusza Verusa (*divi fratres*), z konieczności jest się najpierw zafascynowanym wielką starannością i przezornością, jakie znajdują zastosowanie w przypadku tu rozważanym. Chodzi o pewnego małżonka, który po rozwodzie ze swoją żoną jest przekonany, iż ona jest w ciąży z nim, podczas gdy była żona temu zaprzecza. Mężczyzna chciałby spowodować ustanowienie kustosa (*custos*) dla oczekiwanego dziecka, kobieta zaś broni się przed tym twierdząc, iż nie jest w ciąży. Chodziłoby więc teraz o to, jak należy postąpić w przedstawionym przypadku, chcąc z jednej strony zadość

uczynić interesom domniemanego ojca gdy idzie o ochronę dziecka, z drugiej zaś nie chcąc kobiecie wyrządzić krzywdy. Bardzo szczegółowe wytyczne cesarzy wskazują na to, iż ochrona dziecka ma tu szczególne znaczenie.

3. W załączonym do reskryptu komentarzu poczynając od § 1 Ulpian powiada najpierw, iż zgodnie z reskrytem *senatus consulta de liberis agnoscendis*, które przyznają kobiecie prawo „zawiadomienia swego byłego męża w przeciągu 30 dni od rozvodu o ciąży z nim”⁷, nie znajdują zastosowania, gdy kobieta zaprzecza temu, że jest w ciąży. I Ulpian dodaje: *nec immerito*. Bo w tym przypadku nie idzie przecież o ochronę praw kobiety i dziecka. Przeciwnie chodzi o interes męczyzny, aby mianowicie z racji domniemanej ciąży u byłej żony zapewnić ochronę dziecku. W takim kontekście znajdują się słowa: *partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum*. Uwzględniając całą treść reskryptu, niemożliwą jest rzeczą, by oznaczały to co Leone przyjmuje, mianowicie: „dependence and submission of the embryo to the maternal corporeity of which he was held to form a part”. Słowa „mulieris portio” muszą być widziane jako przeciwstawienie się interesowi domniemanego ojca, skoro kobieta zaprzecza, że jest w ciąży. *Portio* oznacza także po prostu prawny „udział”⁸. Wszystko to trzeba widzieć jako prawne stanowisko matki wobec praw domniemanego ojca, które tu będzie mógł urzeczywistnić dopiero po urodzeniu się dziecka. To wszystko odpowiada ogólnej regule:

D. 1,5,7 (Paul. *sing. de port.*): *Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur: quamquam alii antequam nascatur nequaquam prosit.*

⁷ Por. M. KASER, *op. cit.*, I, (przyp. 5), s. 346.

⁸ Por. H. HEUMANN, E. SECKEL, s. v. *Portio* 3, [w:] *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Nachdruck Graz 1971, s. 439.

Łaciński zaś termin *viscera* nie oznacza po prostu „wnętrzości”, ale ciało matki i jest zrównany z *uterus*, jak to znajdujemy u Ulp. D. 48,8,8: *Si mulierem visceribus suis vim intulisse, quo partum abigeret, constiterit, eam in exilium praeses provinciae exiget*. Tu *partus* znajduje się tak samo *in visceribus* jak w D. 1,5,7 *in utero*. I nie oznacza to wcale, iż *partus* jako taki miałby być w tym sensie „wyłącznie częścią ciała matki”, że nie należy mu się żadna samodzielna egzystencja prawna. Nie narodzone dziecko jest zgodnie z tą wypowiedzią Ulpiana chronione także od strony karno-prawnej. Spędzenie płodu jest karane wypędzeniem kobiety. Ponadto termin *viscera* ma tak wiele innych znaczeń⁹, które bardziej odpowiadają kontekstowi, że wybór znaczenia najmniej pasującego zdaje się mieć wytłumaczenie jedynie w z góry przyjętym przeświadczeniu, iż płód (*partus*) nie posiada żadnego własnego znaczenia prawnego. W żadnym jednak przypadku termin ten nie może tu oznaczać „jedynie części ciała matki”, ponieważ w takim razie nie powstałby cały ten problem prawny związany z przypadkiem, który z uwzględnieniem tak licznych szczegółów został całkiem poważnie potraktowany przez cesarzy Marka Aureliusza i Lucjusza Verusa. Ponadto rozwiązanie, jakie przewidzieli cesarze, byłoby w pełnym tego słowa znaczeniu „bezzprzedmiotowe”.

4. Wszystko to staje się jeszcze bardziej jasne dzięki dalszemu tekstowi zamieszczonemu w kolejnych paragrafach.

D. 25,4,1,2-5 (Ulp. 24 *ad ed.*): 2. *Secundum quod rescriptum evocari mulier ad praetorem poterit et apud eum interrogari, an se putet praegnatem, cogendaque erit respondere*. 3. *Quid ergo, si non responderit aut non veniat ad praetorem? numquid senatus consulti poenam adhibemus, scilicet ut liceat marito non agnoscere? sed finge non esse eo contentum mari-*

⁹ Por. np. H. MENGE, O. GÜTHLING, s. v. *Viscus* 2b, [w:] *Enzyklopädisches Wörterbuch der lateinischen und deutschen Sprache*⁹, I: *Lateinisch-Deutsch*, Berlin-Schöneberg 1955, s. 805 przén. a) „* własne ciało i krew = co najdroższe i najukochańsze, własne dziecko, własne dzieci, krewni” etc.

tum, qui se patrem potius optet quam carere filio velit. cogenda igitur erit remediis praetoriis et in ius venire et, si venit, respondere: pignoraque eius capienda et distrahenda, si contemnat, vel multis coercenda. 4. Quid ergo, si interrogata dixerit se praegnatam? ordo senatus consultis expositus sequeretur quod si negaverit, tunc secundum hoc rescriptum praetor debebit obstetrices adhibere. 5. Et notandum, quod non permittitur marito vel mulieri obstetricem adhibere, sed omnes a praetore adhibendae sunt.

Sposób, w jaki cesarze troszczą się o to jedno nie narodzone dziecko, pokazuje dostatecznie jasno, że samodzielna prawna egzystencja nie narodzonego dziecka była nie tylko uznawana, ale także chroniona. Zgodnie z § 2 kobieta mogła być wezwana do pretora, aby można jej było postawić pytanie czy uważa się za ciążarną. Ona może być – zgodnie z § 3 – *remediis praetoriis* zmuszana do stawienia się przed pretorem. Wedle zaś § 2 i 3 może być zmuszana do udzielenia odpowiedzi. I to wszystko miałoby mieć miejsce jedynie ze względu na „tylko część ciała matki”, która to część stanowi sprawę prywatną kobiety! Wszystkie te środki wskazują o ileż bardziej i wyraźniej na publiczne zainteresowanie ochroną nie narodzonego dziecka. Szczególnie jasno wynika to z § 5. Wszak ani zainteresowanej kobiecie, ani mężczyźnie nie przysługuje prawo wyznaczania akuszerki (położnej). Wszystkie potrzebne tu osoby muszą być powoływane czy wyznaczane przez pretora. Tym samym rozstrzygnięcie problemu, czy kobieta jest w ciąży i czy zatem należy ustanowić dla dziecka kustosa albo nie, jest wyjęte spod prywatnego wpływu. Pretor musi tu wyraźnie działać w interesie publicznym. Dla zweryfikowania pytania dotyczącego istnienia albo nieistnienia ciąży musi powoływać kompetentne i godne zaufania (społegliwe) akuszerki – jak wyraźnie powiadają cesarze w reskrypcie: *obstetrices probatae et artis et fidei*. Również dalsze wywody zawarte w komentarzu aż do § 9 wyraźnie to zaznaczają.

Po tych wszystkich wywodach jest zapewne jasne, że słowa Ulpiana zawarte w § 1: *partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel*

viscerum nie odnoszą się do ontologicznego i prawnego statusu dziecka, ale raczej do granicy pomiędzy jednym okresem, w którym ojciec nie może jeszcze uczynić użytku z własnych praw do dziecka, i drugim okresem – po jego urodzeniu, w którym może on – zgodnie z przysługującym mu prawem – domagać się wydania dziecka przez kobietę (§ 1 ostatnie zdanie: *post editum plane partum a muliere iam potest maritus iure suo filium per interdictum desiderare aut exhiberi sibi aut ducere permitti*).

5. Że samo dziecko ma już – jakby nie było – autonomiczną egzystencję prawną, zostaje nadto zaakcentowane przez inny jeszcze fakt. W swoim reskrypcie cytowanym przez Ulpiana w D. 25,4,1 pr. cesarze postanowili: jeżeli większość powołanych akuszerok (położnych) jest przeświadczona, iż ma do czynienia z kobietą ciężarną, wówczas należy jej doradzić, aby w taki sposób dopuściła do ustanowienia „stróża” nie narodzonego dziecka (*custodem*), jak gdyby ona sama tego się domagała (*tunc persuadendum mulieri erit, ut perinde custodem admittat atque si ipsa hoc desiderasset*). Jakaż tu dyskrecja i delikatność cesarzy w odniesieniu do uczuć kobiety! Stróż (*custos*) nie zostaje jej zwyczajnie narzucony. Kobietę należy raczej nakłonić do tego, aby go tak przyjęła, jak gdyby sama się go dopraszała.

6. Obok tego bardzo długiego i uszczegółowiającego tekstu, który sam w sobie mógłby już wystarczyć, aby wykazać, iż tezy Leonego nie są do utrzymania, istnieją naturalnie liczne inne jeszcze teksty, z których wynika niezależna zdolność prawną dziecka nie narodzonego. Należałoby je teraz w szczegółach przedstawić i omówić, na co nie pozwalają ramy tego artykułu. Najważniejsze teksty należy tu jednak przynajmniej krótko przedstawić. Jako pierwszy trzeba przytoczyć tekst Juliana D. 1,5,26: *Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse. Nam et legitimae hereditates his restituuntur*. Z tekstu jasno wynika, że nie narodzone dzieci są uznawane w zakresie prawie całego *ius civile* za samodzielnie istniejące osoby, albowiem zgodnie z *ius civile* są one także już zdolne dziedziczyć. Twierdzono ongiś, że tekst ten pod wpływami chrześci-

jaństwa został interpolowany¹⁰. Instytucje Gaiusa obalają tego rodzaju przypuszczenie. Gaius, którego Instytucji nie sposób podejrzewać o wpływy chrześcijańskie, stwierdza w G. 1,89 prosto i zwyczajnie: *hi, qui legitime concipiuntur, ex conceptionis tempore statum assumunt*. Gdy się wie, jak bardzo zasadnicze znaczenie przypisywano stanowi prawnemu (*status*) osoby w prawie rzymskim, wówczas stwierdzenie faktu, iż status dziecka spłodzonego w rzymskim legalnym małżeństwie zorientowany jest na moment jego poczęcia, nie daje się pogodzić z wyobrażeniem, że nie narodzone dziecko miałoby przed urodzeniem być „tylko częścią ciała matki”. Przeciwnie, od momentu poczęcia dziecko jest już obywatelem rzymskim mającym status swojej rodziny. Następne paragrafy pokazują, że nawet wówczas gdyby jego matka utraciła w okresie ciąży swój status, dziecko niezależnie od tego zatrzymywało swój status. Nawet gdyby się stała niewolnicą, dziecko przyjdzie na świat jako rzymski obywatel (G. 1,90). Gdyby jednak dziecko nie zostało spłodzone w rzymskim legalnym małżeństwie (*legitimum matrimonium*), jego status zorientowany był na moment urodzenia (G. 1,89: *nam hi qui illegitime concipiuntur, statum sumunt ex eo tempore, quo nascuntur*). Gaius przytacza tu następujący przykład: jeżeli niewolnica poczęła dziecko z obywatelem rzymskim, a następnie została wyzwolona, dziecko *naturali ratione* urodzi się wolne. Marcjan zastanawia się nad następującym przypadkiem:

D. 1,5,5,3 (Marc. 1 *inst.*): *Ex hoc quaesitum est, si ancilla praegnans manumissa sit, deinde ancilla postea facta aut expulsa*

¹⁰ Tak jeszcze A. INGOGLIA, *A proposito dell'influenza delle fonti cristiane primitive sulla condizione giuridica del 'nasciturus'*; [w:] *Diritto canonico e comparazione. Giornate canonistiche di studio*, pod red. R. BARTOLINO, S. GHERRO, I. MUSSELLI, Venezia 1991, s. 260-269. Zasadniczo w odniesieniu do tekstów z *ius naturale*, w szczególności sposób podejrzanych o interpolowanie pod wpływem chrześcijaństwa, por. W. WALDSTEIN, *'Ius naturale' im nachklassischen Recht und bei Justinian*, «ZSS» 111 (1994), s. 1-65. Udało się w pełni pokazać, że za twierdzeniami dotyczącymi interpolacji kryje się brak prawdziwej znajomości źródeł okresu klasycznego i poklasycznego; są oparte na przesądach.

civitate pepererit, liberum an servum pariat. et tamen rectius probatum est liberum nasci et sufficere ei qui in ventre est liberam matrem vel medio tempore habuisse.

Gdy ciężarna niewolnica została wyzwolona, a przed urodzeniem znowu popadła w niewolę, dziecko urodzi się mimo wszystko, ze względu na *favor libertatis* jako wolne. Jak czytamy w uzasadnieniu, dziecku wystarcza, że w jakimkolwiek momencie ciąży miało matkę, która była osobą wolną. Również tu zatrzymuje dziecko, niezależnie od losu matki, swój raz uzyskany w trakcie ciąży status.

7. Ważnym tekstem jest tekst Gaiusa w Instytucjach:

G. 1,147: *Cum tamen in compluribus aliis causis postumi pro iam natis habeantur, et in hac causa placuit non minus postumis quam iam natis testamento tutores dari posse, si modo in ea causa sint, ut si vivis nobis nascantur, in potestate nostra fiant. Hos 'enim' etiam heredes instituere possumus, cum extraneos postumos heredes instituere permissum non sit.*

Już tu pojawia się u Gaiusa sformułowanie, które mówi, iż nie narodzone dzieci pod wieloma względami uważane są za już narodzone. A zatem uznano, że nie narodzonym tak samo jak i narodzonym można w testamencie wyznaczyć opiekunów, pod warunkiem jednak, iż *in ea causa sint*, że w przypadku urodzenia się za naszego jeszcze życia pozostawałoby pod naszą władzą. Tacy mogą też być ustanawiani spadkobiercami, gdy tymczasem nie pozwala się *extraneos postumos heredes instituere*. Również Scaevola D. 28,2,29 pr. 4 wskazuje, że nie narodzone dziecko może być ustanowione spadkobiercą.

Julian wyraźnie wywodzi prawo do dziedziczenia przez nie narodzone dziecko z Ustawy XII Tablic.

D. 38,16,6 (Iul. 59 dig.): *lex duodecim tabularum eum vocat ad hereditatem, qui moriente eo, de cuius bonis quaeritur, in rerum natura fuerit,*

do czego następnie dołączona została wypowiedź Celsusa

D. 38,16,7 (Cel. 28 dig.): *vel si vivo eo conceptus est, quia conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur*

Paulus formułuje ogólną regułę, która w dziś jeszcze obowiązującym § 22 ABGB w dosłownym prawie tłumaczeniu została przejęta:

D. 1,5,7 (Paul. sing. de port.): *Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur: quamquam alii antequam nascatur nequam prosit.*

Wprawdzie nie występuje tu owo Gaiusowe *pro iam natis habeantur* (G. 1,147), ale zawarte tu *perinde ac si in rebus humanis esset custoditur* mogło być rozumiane w identycznym znaczeniu. Paragraf 22 ABGB brzmi: „Selbst ungeborene Kinder haben von dem Zeitpunkte ihrer Empfängnis an einen Anspruch auf den Schutz der Gesetze. Insoweit es um ihre und nicht um die Rechte eines Dritten zu tun ist, werden sie als Geborene angesehen”.

8. Nie sposób, aby cały problem ochrony życia dzieci nie narodzonych został tu przedstawiony w szczegółach. Enzo Nardi poświęcił temu problemowi wnikliwe badania¹¹. Pragnę wspomnieć jedynie o niektórych wypowiedziach na ten temat, mianowicie tych, które pokazują, jak oceniano zabicie nie narodzonego dziecka.

Ważne na ten temat wypowiedzi znajdują się w mowie Cicerona (*pro A. Cluentio* 31-34). Ten tekst jasno pokazuje, że zabicie nie narodzonego dziecka było uważane za morderstwo. Nie ma potrzeby przedstawiania szczegółów tego długiego tekstu. Niech wystarczy przytoczenie decydującego zdania z końca

Cic., *pro Cluent.* 32: *Ceteri non videntur in singulis hominibus multa parricidia suscipere posse, Oppianicus inventus est, qui in uno corpore plures necaret.*

¹¹ E. NARDI, *Procurato aborto nel mondo greco romano*, Milano 1971, TENŹE *Aborto e omicidio nella civiltà classica*, «ANRW» II. 13 (1980), s. 366-385. Dalsze wskazania także W. WALDSTEIN, *Das Menschenrecht zum Leben*, Berlin 1982, s. 20-25.

Oppianicus zamordował mianowicie żonę swego brata, a tym samym równocześnie także dziecko, które się miało wkrótce narodzić. Cały ten fragment dowodzi, że dla Cicerona już w I wieku przed Chr. nie narodzone dziecko jako podmiot prawa było czymś oczywistym. Potwierdzają to następujące wypowiedzi zawarte w:

Cic., *pro Cluent.* 31: *Nam cum esset gravida Auria, fratris uxor, et iam appropinquare partus putaretur, mulierem veneno interfecit, ut una illud, quod erat ex fratre conceptum, necaretur Post fratrem adgressus est; qui sero, iam exhausto illo poculo mortis, cum et de suo et de uxoris interitu clamaret testamentumque mutare cuperet, in ipsa significatione huius voluntatis est mortuus. Ita mulierem, ne partu eius ab hereditate fraterna excluderetur, necavit; fratris autem liberos prius vita privavit quam illi hanc ab natura propriam¹² lucem accipere potuerunt; ut omnes intellegerent nihil ei clausum, nihil sanctum esse posse, a cuius audacia fratris liberos ne materni quidem corporis custodiae tegere potuissent.*

Manfred Fuhrmann przetłumaczył ten tekst na j. niemiecki; tu przekład polski: „A gdy Auria, żona brata, była w ciąży i uważano, iż rozwiązanie jest już bliskie, zamordował tę kobietę przy pomocy trucizny, aby równocześnie zabić owoc, który ona poczęła z brata. Następnie nastawał na życie brata; ten był już opróżnił puchar śmierci, a umarł nieco później, narzekając na swoją i swojej żony zagładę i zamierzając zmienić swój testament – umarł akurat w momencie ujawnienia tego zamiaru. Tak więc zabił kobietę, aby jej płód nie wykluczył go od spadku po bracie; potomków zaś brata pozbawił życia już wcześniej, zanim zdołali od natury przyjąć własne światło świata – aby każdy zrozumiał, że dla niego nie ma niczego co byłoby niedostępne, niczego co święte;

¹² Słowo ‘*propriam*’ znajduje się w starym, dostępnym mi wydaniu; w innych wydaniach jak np. w wyd. Loeb Library, nie ma go.

przed jego brutalnością nawet osłaniające ciało matki nie zdołało obronić potomka brata”¹³.

Ponad wszelką wątpliwość staje się tu jasne, że zadaniem *materni corporis custodiae* nie jest chronienie „tylko części ciała matki”, ale właśnie osoby ludzkiej, która już istnieje, aczkolwiek nie mogła jeszcze ujrzeć „światła tego świata”. Prawo tej osoby do spadku, które wykluczyłoby Oppianicusa z udziału w spadkobranii po bracie, było dla sprawcy zbrodni motywem, by zabić równocześnie matkę i dziecko.

W kolejnym § 32 opowiada Ciceron o innym jeszcze przypadku, o którym dowiedział się będąc w Azji. Pewna kobieta z Miletu została skazana na śmierć „ponieważ sama przy pomocy środków trujących spowodowała spędzenie swego płodu (*partum*) pozwoliwszy się wcześniej przekupić przez spadkobierców zastępczych”¹⁴. I Ciceron dodaje: „A stało się to całkowicie zgodnie z prawem; wszak zniweczyła nadzieję ojca, przedłużenie nazwiska rodowego, usunęła podporę domu, spadkobiercę posiadłości rodzinnej, przyszłego (*designatum* oznacza nie tylko ‘przyszły’, ale już do tego ‘desygnowany’) obywatela Rzeczypospolitej”¹⁵. Zgodnie z wyżej cytowanym już tekstem Ulp. D. 48,8,8 spędzenie płodu było stawiane na równi z deliktem zabójstwa, tym niemniej wydaje się, że zazwyczaj karą za nie była kara banicji.

¹³ Wyd. Cicero, *Sämtliche Reden*, II, Zurich 1970, s. 29.

¹⁴ W łacińskim tekście: *ab heredibus secundis*. Na ten temat M. FURMANN czyni uwagę w przyp. 19: „Przejęcie spadku przez spadkobiercę zastępczego było aktualne, gdy powołany do spadku w pierwszym rzędzie – w tym przypadku dziecko, które było w łonie kobiety – nie przystąpił do spadku (lepiej: nie stał się spadkobiercą, wszak dziecko, które należało do *sui heredes*, nie musiało przystępować, bo spadkobranie następowało *ipso iure*). Jest oczywiste, że także C. Oppianicus ustanowił oczekiwane dziecko spadkobiercą, a brata swego Statiusa Albinusa Oppianicusa spadkobiercą zastępczym”.

¹⁵ Tekst łaciński brzmi: *Memoria teneo Milesiam quandam mulierem, cum essem in Asia, quod ab heredibus secundis accepta pecunia partum sibi ipsa medicamentis abegisset, rei capitalis esse damnatam: nec iniuria, quae spem parentis, memoriam nominis, subsidium generis, heredem familiae, designatum rei publicae civem sustulisset.*

9. Diodor z Sycylii pisze w I w. przed Chr. w swojej historii uniwersalnej, która sięga do 54 roku przed Chr., o „szczególnie godnych uwagi ustawach Egipcjan, wśród których jedna postanawiała: „Ciężarne kobiety, które były skazane na karę śmierci, nie mogły podlegać wykonaniu wyroku zanim nie urodziły”. Diodor ciągnie dalej: „To postanowienie prawa przyjęło również wielu spośród Hellenów w przeświadczeniu, że: byłoby czymś przeciwnym prawu, gdyby niewinna istota miała ponieść taką samą karę, co i winna (matka); gdyby za jedno przestępstwo żądano ekspiacji od dwóch osób; a skoro z kolei przestępstwo zostało popełnione z premedytacją, byłoby czymś przeciwnym prawu, gdyby istota, która w ogóle nie ma jeszcze świadomości, podlegała tej samej karze; i wreszcie sprawa ze wszystkich spraw najbardziej zasadnicza: skoro winę należy przypisać osobiście jedynie ciężarnym (matkom), w żadnym razie nie wolno razem z matką zabijać dziecka, które przecież jako wspólne należy do ojca i matki. Podobnie jak należy jako złych sędziów określić tych, którzy osobę winną zabójstwa uwalniają, tak samo też jako złych sędziów należy określić tych, którzy zabijają kogoś całkowicie niewinnego”¹⁶. Co należałoby dzisiaj powiedzieć o tych prawodawcach, którzy dopuszczają, że ci „najbardziej niewinni” na całym świecie są zabijani w milionowych ilościach?

Stoik – Musoniusz Rufus w I w. po Chr. pisze o ustawach antyaborcyjnych, które zabraniają „kobietom usuwania ciąży”, a „nieposłusznych karom” poddają. Równocześnie „zabraniają im doprowadzania się do stanu niepłodności i zapobiegania ciąży”¹⁷. Te przykłady niechaj wystarczą, by zobaczyć, jak klarowna i ciągła, poczynając od I. wieku przed Chr. w pełni udokumentowana, była świadomość tego, że w przypadku nie narodzonego dziecka, ilekroć szło

¹⁶ Diod. 1,77,9; Przekł. F. J. DÖLGER, *Das Lebensrecht des ungeborenen Kindes und die Fruchtabtreibung in der Bewertung der heidnischen und christlichen Antike*, [w:] F. J. DÖLGER, *Antike und Christentum, Kultur- und religionsgeschichtliche Studien* 4, 1934 (przedruk 1975), s. 15.

¹⁷ Muson. Fragm. 15a, wyd. HENSE, s. 77, na ten temat F. J. DÖLGER, *op. cit.*, (przyp. 16), s. 14.

o jego własne prawa, mamy już do czynienia z osobą ludzką odznaczającą się zdolnością prawną. One też pokazują, jak zdrażną jest rzeczą wrywanie z długiego tekstu jedynie jego fragmentu dla uzasadnienia wcześniej sformułowanych przekonań, podczas gdy kontekst dowodzi przeciwności tego, co chciałoby się udowodnić. Tak postępując rozmiągamy się całkowicie z historyczną rzeczywistością i tworzymy na jej temat całkowicie błędne wyobrażenie. Wszystko to podkreśla niezwykle doniosłość przytoczonej już zasady interpretacyjnej, którą Celsus formułuje w D. 1,3,24: *Incivile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere*. Owo *incivile* jest w nowym przekładzie Digestów¹⁸ tłumaczone przez „nieprawnicze”. H. Heumann, E. Seckel akurat dla tego tekstu przetłumaczyli *incivile* przez „nienaukowe”¹⁹. To znaczenie pozwala się w każdym razie odnieść do wszystkich przypadków postępowania, w którym *una aliqua particula* zostaje wyjęta z kontekstu, aby udowodnić coś, co sprzeczne jest z kontekstem.

10. Zapewne trzeba przyznać rację Leonemu, według którego Tertulianowi przypada w udziale, w związku ze statusem dziecka nie narodzonego, bardzo ważna rola. W tej sprawie cytuje on następujący fragment: „his well-known affirmation: ‘there is no difference between taking a life already born or destroying it before it is born. He is already a man who will become a man’ (*homo est et qui est futurus*)”²⁰.

Ze akurat Tertulian tak to akcentuje, pozostaje niewątpliwie w związku z jego udokumentowaną, dobrą znajomością prawa

¹⁸ Por. O. BEHREND, R. KNUTEL, B. KUPISCH, H. H. SEILER (wyd.), ‘*Corpus Iuris Civilis*’, tekst i przekład, II, Heidelberg 1995.

¹⁹ H. HEUMANN, E. SECKEL, *op. cit.*, (przyp. 8) s. 256.

²⁰ Por. S. LEONE, *op. cit.*, (przyp. 6), s. 36, który cytuje *Apologeticum* (9, 87) Tertuliana. Według wydania, którym dysponuję, jest to 9,8. Wraz z kontekstem brzmi ten tekst następująco: *nobis vero semel homicidio interdicto etiam conceptum utero, dum adhuc sanguis in hominem delib [er]atur, dissolvere non licet. homicidii festinatio est prohibere nasci, nec refert, natam quis eripiat animam an nascentem disturbet. homo est et qui est futurus; etiam fructus omnis iam in semine est*.

rzymskiego. Zanim Tertulian został chrześcijaninem, był jurystą w Rzymie. Ważne poszlaki przemawiają nawet za tym, że jest on identyczny z Tertulianem cytowanym w *Digestach*²¹. Tych okoliczności nie zna oczywiście Leone. W każdym razie to, co mówi Tertulian, pozostaje w pełnej zgodności z ujęciem spotykanym u prawników rzymskich. Do tego pasują także powyżej już przytaczane wypowiedzi Cicerona w *Cluent.* 31-32, do których należy dodać także kolejne – do 34.

11. Obok przedstawionych tu poszczególnych spraw należy jednak uwzględnić jeszcze pewien aspekt zasadniczy. Małżeństwa, *liberorum procreatio* oraz więzów pokrewieństwa krwi nie uważa się za twory dowolnie kształtowanego prawa państwowego, ale sprowadza się je wyraźnie do *ius naturale*. W kontekście omawianego *ius naturale* Ulpian powiada między innymi tak: *hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio*. Gaius zaś nawet w Instytucjach (G. 1,158) zaznacza, że prawo pokrewieństwa krwi nie może być naruszane przez *ius civile*. Jako uzasadnienie podaje: *quia civilis ratio civilia quaedam*²² iura corrumpere potest, naturalia vero non potest. A zatem naturalno-prawne więzy pokrewieństwa krwi winny być uwzględnione także w odniesieniu do niewolników, którzy zgodnie z *ius civile* nie mają zdolności prawnej²³. Paulus tak się wyraża w związku z wymogami do małżeństwa: *Serviles quoque cognationes in hoc iure observandae sunt* (D. 23,2,14,2 – w tym prawie należy również wśród niewolników przestrzegać pokrewieństwa). Zgodnie z tym nie może po wyzwoleniu syn zawrzeć małżeństwa ze swoją matką, a ojciec ze swoją córką. Jako uzasadnienie Paulus po-

²¹ Na ten temat W. WALDSTEIN, *Untersuchungen zum römischen Begnadigungsrecht*, Innsbruck 1964, s. 145 przyp. 6.

²² Dopisek w wyd. A. DAVIDA: *an quidem?* (sic I. 15,3).

²³ Por. D. 50,17,32 (Ulp. 43 *ad Sab.*): *Quod attinet ad ius civile, servi pro nullis habentur: non tamen et iure naturali, quia, quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt*.

daje: *quoniam in contrahendis matrimoniis naturale ius et pudor inspicendus est* (bo przy zawieraniu małżeństw należy uwzględniać prawo naturalne i obyczaj).

Ulpian w D. 1,1,1,2 wymienia *naturalia praecepta* obok *ius gentium* i *ius civile*, jako pierwsze źródło prawa prywatnego. Aczkolwiek w ramach tego artykułu jest oczywiście rzeczą niemożliwą, aby bardziej szczegółowo przedstawić znaczenie prawa naturalnego dla prawa rzymskiego²⁴, to jednak jego znaczenie nie może też być po prostu pominięte. Uwzględniając i doceniając to znaczenie jest rzeczą nie do pomyślenia, abyśmy nie dostrzegli powiązania prawnego stanowiska dziecka nie narodzonego z *ius naturale*. Wszystkie szczególne prawa dziecka nie narodzonego, które niewątpliwie znajdują swoje uzasadnienie w prawie naturalnym, zakładają – co jest przez się zrozumiałe – prawo do życia jako prawo najbardziej podstawowe. Bez ochrony tego prawa wszystkie inne prawa muszą stać się niewątpliwie prawami „bezzprzedmiotowymi”.

III. WYNIKI

1. Gdy podsumujemy wyniki tego krótkiego rozważania, można powiedzieć, iż w zaprezentowanej zarówno przez Lamberta jak i przez Leonego metodzie postępowania jasno uwidocznione zostały konsekwencje nieprzestrzegania sformułowanej przez Celsusa (w D. 1,3,24) zasady interpretacyjnej. Przy pomocy pozornie naukowej argumentacji zostają ukute w rzeczy samej „nienaukowe” (tak bowiem H. Heumann. E. Seckel tłumaczą łaciński termin *‘incivile’* spotykany u Celsusa) twierdzenia, to znaczy twierdzenia na-

²⁴ Już wcześniej w kilku artykułach zajmowałem się tymi problemami. Por. *Entscheidungsgrundlagen der klassischen römischen Juristen*, «ANRW» II. 15 (1976), s. 3-100, na temat samego prawa naturalnego s. 78-89; *Das Naturrecht bei den klassischen römischen Juristen*, [w:] *Das Naturrechtsdenken heute und morgen, Gedächtnisschrift für René Marcie*, wyd. D. MAYER MALY, P. M. SIMONS, Berlin 1983, s. 239-253; oraz *‘Ius naturale’ im nachklassischen Recht*, cit., (przyp. 10) s. 1-65; także *Das Naturrecht in der modernen Staatsphilosophie*, [w:] *Festschrift M. Kriele*, 1997, s. 903-923.

ukowo nie uzasadnione, które prowadzą do całkowicie błędnych wyobrażeń na temat historycznej rzeczywistości. Na potwierdzenie tego można by, niestety, przytoczyć sporo innych jeszcze przykładów, na które natknąłem się w swojej pracy nad *operae libertorum*²⁵. Naprawdę, trudno mi zrozumieć dlaczego naukowcy, badacze obierają tego rodzaju sposób postępowania. Z całą zaiste wyrazistością ujawnia się tutaj siła teoretycznych uprzedzeń czy przesądów. Do prawdy historycznej można się wszakże zbliżyć tylko wówczas, gdy na sam przód podjęta zostanie próba zrozumienia tekstów źródłowych w ich kontekście.

2. Podczas gdy w przypadku pytania o status wyzwolenca mamy do czynienia z problemem historyczno-akademickim, który dziś zapewne nikogo już nie wzrusza, to gdy idzie o status dziecka nie narodzonego, problem ten ma znaczenie wybitnie egzystencjalne. Gdyby opinia prezentowana przez Leonego i innych była prawdziwa, że mianowicie w prawie rzymskim nie narodzone dziecko było uważane za „tylko część ciała matki”, a zatem „the cultural substrate” jego rzymsko-prawnej sytuacji „is not different from that of the roaring feminism of the 1960’s, which, through its famous slogan: ‘my uterus is mine and I will decide over it’, maintained the dependence and submission of the embryo to the maternal corporeity of which he was held to form a part”²⁶, a wówczas należałoby się także – nie bez dozy rezygnacji – pogodzić z dzisiejszymi sofizmatami w tym zakresie.

Tymczasem jednak udało się pokazać, że takie ujęcie z całą pewnością nie znajduje oparcia w cytowanym w odizolowaniu fragmencie tekstu Ulp. D. 25,4,1,1: *partus enim antequam edatur, mulieris*

²⁵ Por. W. WALDSTEIN, ‘*Operae libertorum*’, (przyp. 4), s. 388 wraz z przyp. 2, gdzie w odniesieniu do teorii Cosentiniego dotyczącej stanowiska wyzwolenców, trzeba było wskazać na „zdumiewające wykluczanie wszystkich tekstów, które przemawiają przeciwko jego koncepcji”. Cosentini często cytuje jedynie część jakiegoś zdania, która zda się przemawiać za jego poglądem, aczkolwiek całe zdanie wraz ze swoim kontekstem przemawia wyraźnie przeciwko takiemu pogładowi.

²⁶ Por. S. LEONE, *op. cit.*, (przyp. 6), s. 32.

portio est vel viscerum. Kontekst dowodzi raczej czegoś zupełnie przeciwnego, mianowicie, że samemu dziecku nie narodzonemu jak i jego ochronie poświęcono wiele uwagi, również uwagi osobistej ze strony cesarzy. Znajduje to potwierdzenie w licznych, po sobie następujących tekstach, a szczególnie mocno stwierdza to także Ciceron i teksty wyjęte z Instytucji Gaiusa. Prawem natury uzasadniane prawo człowieka do życia przysługuje już dziecku nie narodzonemu, a mianowicie od momentu jego poczęcia, który – zgodnie ze świadectwem Gaiusa (1, 89) – wyznacza także status dziecka urodzonego w legalnym małżeństwie. Godne uwagi jest przy tym to, że raz uzyskany status przez dziecko zatrzymuje ono także wtedy, gdy matka go straci jeszcze przed urodzeniem dziecka. Wszystko to wskazuje w sposób najbardziej jednoznaczny na samodzielną, niezależną egzystencję prawną nie narodzonego dziecka. Do tego dochodzi jeszcze i to, że nie narodzonemu dziecku można w testamencie wyznaczyć opiekuna i ustanowić je spadkobiercą, jeżeli w momencie urodzenia się za życia swego ojca (*pater familias*) znalazłoby się pod jego patria potestas.

3. Ta konstatacja jest ważna również ze względu na współcześnie trwającą dyskusję. Bez wątpienia pokazuje ona najpierw, iż w dzisiejszym dyskursie, w którym jakże chętnie przytacza się prezentowaną przez Leonego i innych opinię (na temat prawa rzymskiego) czyniąc z niej argument przeciwko ochronie nie narodzonego dziecka, nie można w żadnym przypadku powoływać się na prawo rzymskie. Przeciwnie, w Austrii zawdzięczamy akurat prawu rzymskiemu postanowienie § 22 ABGB, które brzmi: „Nawet nie narodzone dzieci poczynając od momentu ich poczęcia mają prawo do ochrony ustawowej. Ilekroć będzie chodzić o ich prawa, a nie prawa osób trzecich, będą uznawane za już urodzone”. Nie ulega wątpliwości, iż ze względu na to postanowienie nie narodzonym dzieciom należy się w tym okresie podstawowa ochrona prawna ich majątku zgodnie z art. 5 Austriackiej Ustawy Zasadniczej z 1867 r. (AUZ) o ogólnych prawach obywateli. W Austriackiej Ustawie Zasadniczej nie ma mowy o ochronie życia. Poczynając jednak od

czasów starożytnych, zgodnie z wnioskiem *a minori ad maius* jest oczywiste, że każde szczególne prawo podstawowe implikuje prawo do życia; ono jest tu podstawowym wymogiem. Stąd też Karl Wolff mógł w swoim Komentarzu do § 22 ABGB, uwzględniając jego brzmienie, stwierdzić: „Ochrona ze strony ustaw nie wyczerpuje się zatem w strzeżeniu praw majątkowych płodu ludzkiego. Każde okaleczenie albo zniszczenie jego życia jest niezgodne z prawem”²⁷. Analizując postawione pytanie, o co chodzi w uznanym „prawie każdego człowieka do życia”, zgodnie z art. 2 ust. 1 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (EKPC), ówczesny Federalny Rząd Austriacki wyszedł w swoim oświadczeniu wydanym do wniosku Salzburskiego Rządu Krajowego o „zniesienie § 97 ust. 1 zd. 1 Kodeksu Karnego (zawierającego rozwiązanie uwzględniające granice czasowe) z powodu jego niezgodności z Konstytucją”²⁸, od tego, że w § 22 słowo ‘człowiek’ nie występuje²⁹. Z tego wyciągnięto następnie wniosek, iż regulacje, które zakładają kwalifikację ‘człowiek’, nie mogą mieć zastosowania do nie narodzonego. Tęgo rodzaju rozumowanie można jedynie uznać za klasyczny przykład interpretacji *in fraudem legis*³⁰. Jest to kurczowe czepianie się werbalnej interpretacji tekstu – do tego jeszcze nie autentycznego – aby móc obejść sens normy prawnej. Sens ten o wiele łatwiej jest jednak rozpoznawalny w przypadku tekstu autentycznego. W ujęciu angielskim i francuskim nie występuje termin „człowiek”, ale „everyone” oraz „toute personne”. Przy pomocy tych terminów określony został najogólniej biorąc podmiot prawa. Że ta kwalifikacja przysługuje nie narodzonemu dziecku, jest powszechnie akceptowane w zakresie ochrony praw majątkowych.

²⁷ Komentarz do austriackiego ABGB (*Allgem. Buergerl. Gesetz-Buch*²), wyd. H. KLANG, F. GSCHNITZER, I. 1, 1964, s. 155.

²⁸ Odbitka wniosku W. WALDSTEIN, *Menschenrecht*, cit. (przyp. 11), s. 131 i n.

²⁹ «EuGRZ» 1 (1974), s. 67, a także W. WALDSTEIN, *Menschenrecht*, cit. (przyp. 11), s. 157.

³⁰ Por. D. 1,3,29 (Paul. sing. ad legem Cinciam): *Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit.*

Atoli również Trybunał Konstytucyjny przyłączył się do argumentów Rządu Federalnego³¹.

Gdy zamierza się w sposób polityczny osiągnąć określony rezultat, zawsze uda się znaleźć na to argumenty. Tylko trzeba też wyrazić powiedzieć, że tak ma się sprawa w przypadku każdego pogwałcenia prawa. Jednakże w wyniku tego rodzaju manipulacji nie pozwala się znieść prawo przedmiotowe, ani też art. 2 EKPC (Europejskiej Konwencji Praw Człowieka), ani stojące za nim prawo naturalne i cała tradycja prawna włącznie z § 22 ABGB. Zamierzony rezultat może zatem być osiągnięty jedynie poprzez lekceważenie i naruszanie tych praw. Refleksja nad prawem rzymskim mogłaby bez wątpienia doprowadzić znowu do obudzenia się świadomości prawnej, w ramach której bezgraniczny szacunek wobec prawa każdego człowieka do życia, także wobec prawa nie narodzonego dziecka, zostanie przywrócony. Do europejskich wartości w ujęciu preambuły do EKPC, które uchodzą za „wspólne dziedzictwo duchowych dóbr”, należy także kultura prawna sięgająca swymi korzeniami do prawa rzymskiego. Tylko wówczas, gdy uda się ją z powrotem wprowadzić, możliwa będzie godna człowieka przyszłość Europy we wspólnocie prawdziwych wartości.

A PROBLEM OF INTERPRETATION OF A *STATUS* OF A CHILD
IN A WOMAN'S WOMB (*NASCITURUS*)

Summary

The author in his research often encountered citations of little parts of the sources, taken out of context, as a confirmation of the prior adopted thesis. This also happened with respect to a text regarding an unborn child, described by Ulpian as *mulieris portio vel viscerum* (D. 25,4,1,1).

³¹ Na ten temat wyczerpująco W. WALDSTEIN, *Menschenrecht*, cit. (przyp. 11) szczególnie s. 48-58.

According to some researchers this description is to indicate that a child, as a part of a woman's body, does not have a separate legal status. The author shows that from the context of the quoted text and many other sources (e. g. Cic. *pro Cluent.* 31; Gaius – G. 1,89 i 1,147; Iulianus – D. 2,1,5,25; D. 38, 16,6; Marcianus – D. 1,5,5,3 i Paulus – D. 1,5,7) it transpires that a lot of attention was given to an unborn child and a protection of his rights, which proves that he was treated as a separate and independent subject of law.