

Luigi Labruna

'Quasiad finitas' Henryka Kupiszewskiego

Zeszyty Prawnicze 15/2, 23-41

2015

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.

LUIGI LABRUNA

Università degli Studi «Federico II» di Napoli

‘QUASIADFINITAS’ HENRYKA KUPISZEWSKIEGO

„Kiedy umiera przyjaciel, prawdziwie bliski przyjaciel, natychmiast przychodzi myśl o ludzkiej niezastąpialności”. Łudzimy się, że czas ukoń smutek. Ale tak nie jest. I tak też nie było – i być nie mogło, po odejściu, tragicznym i przedwczesnym, Henryka Kupiszewskiego. Z tego powodu zebraliśmy się tu, w dwadzieścia lat od tego bezmierne smutnego 3 kwietnia 1994, my jego koledzy, uczniowie, wraz z Marią i Markiem, wraz z jego wnukami, których dorastania nie mógł zobaczyć. Po to, by go przypomnieć.

A także by przypomnieć wraz z nim, a i dlatego, że niewiele dziś to czyni, okruchy świata naznaczonego zapaściami, cierpieniami i konfliktami, które w minionym wieku zmąciły tak pokój jak i prawne i moralne zasady naszej cywilizacji. W świecie tym Henryk, jego bliscy i wielu z tu obecnych żyło. W tym świecie naznaczonym wysiłkami niełatwej i nieuporządkowanej pracy nad odbudową po okropieństwach i różnorodnych przeciwnościach; naznaczonym walkami o społeczeństwo lepsze i sprawiedliwsze, zachwytnymi nad postępami osiągniętymi z tak wielkim trudem, nie tylko w sferze materialnej (te, jak się obawiam, przenikają); a także nad różnego typu sukcesami, które dogłębnie zmieniając życie człowieka, towarzyszą mu w drodze do nowego tysiąclecia i do naszych czasów.

Henryk wziął udział w wielu z tych wydarzeń. Z pasją. Z ze swoją skłonnością tak do współuczestnictwa, jak i refleksji, naturą. Zaangażowaniem obywatelskim. Starannym doborem słów (czasem może naiwnym, często ironicznym), spokojem, któremu, wedle potrzeby, towarzyszyła stanowczość wypowiedzi. Z wszechstronną kulturą

humanisty, z prostotą prześwitującą przez jego pisma i rozmowy. Ze swą miłością dla Ojczyzny, Warszawy, Uniwersytetu, na którym przyjął ze spokojem i moralną siłą rolę prorektora w chwili, gdy brutalna przemoc nie oszczędzała studentów i naukowców. Aż wreszcie by w końcu przyjąć (nie bez zachęty ze strony i papieża Wojtyły) żywotną funkcję pierwszego ambasadora pokomunistycznej Polski przy Stolicy Świętej, w chwili, gdy jego zdrowie zaczynało się niepostrzeżenie pogarszać.

A zwłaszcza, by przypominać go i – co chciałbym podkreślić – jego nieugaszone pragnienie poznania, niezaćmione (wręcz przeciwnie!) głęboką wiarą, praktykowaną bez ostentacji i ideologicznych usztywnień. A także z umiejętnością lojalnego i uczuciowego podtrzymywania przyjaźni oraz rozumienia na sposób inteligentny, – a nawet, rzekłbym, łagodny – ludzkiej natury, tak i zalet, jak i wad. Ze szczęśliwym wreszcie nastawieniem, by studiować i uczyć (przychodzi mi na usta „uprawiać”) historię prawa w pełnym tego terminu znaczeniu i uznaniem całej jego tradycji: łącząc więc wrażliwość prawniczą i językową, egzegetyczny rygoryzm, otwarcie metodologiczne i tematyczne, uwagę dla perspektywy historycznej i zainteresowanie dogmatycznymi aspektami instytucji. Cechy te wyuczone i praktykowane w wielkiej części w słynnych szkołach Rafała Taubenschlaga i Maxa Kaser, naszego wspólnego mistrza, któremu zawdzięczam kontakt z Henrykiem ponad półwiecze temu. Kontakt ten dał początek współpracy naukowej, szybko przemienionej w tę silną więź szczerzej przyjaźni (później obejmującej też Witolda Wołodkiewicza, Izę Bieżyńską-Małowistową, Marię i Jana Zabłockich i wielu innych należących do polskich szkół romanistycznych, historycznych, starożytnicznych), która przetrwała życie¹.

¹ L. LABRUNA, *Les déchirements de la mémoire... Enrico Kupiszewski*, [w:] *Maestri, amici, compagni di lavoro*, Napoli 2007, s. 194 i n., opublikowane wcześniej w «Index» 28/2000, s. 584 i n. = *Pagine introduttive di L. LABRUNA, W. WOŁODKIEWICZ, M. ZABŁOCKA*, [w:] H. KUPISZEWSKI, *Scritti minori*, Napoli 2000, p. XV-XVIII. Por. L. LABRUNA, *Sui rapporti tra i romanisti di Varsavia e la romanistica italiana nel dopoguerra*, «Index» 29/2001, s. 21 i n. = [w:] *'Iuris Vincula'. Studi in onore di M. Talamanca*, IV, Napoli 2001, s. 498 i n.; IDEM, *Allievi stranieri di Max Kaser*, «ZSS» 115/1998, s. 22 i n. = [w:] *Maestri, amici, compagni di lavoro...*, s. 135 i n.;

O tej naszej relacji wielokroć mówiłem. Nie po raz ostatni tu właśnie w Warszawie na międzynarodowym seminarium (i wtedy zorganizowanym przez Marię i Jana Zabłockich ku pamięci Kupiszewskiego) dziesięć lat temu. Temat tamtego spotkania obracał się wokół małżeństwa i jego ideału, cech prawnych i praktycznych. W krótkim wystąpieniu chciałem² podówczas podkreślić wagę lekcji metody (której nie sposób określić „konserwatywną” lecz raczej jako precyzyjnie uwzględniającą strukturę badanych relacji prawnych oraz przyjęte przez prawników narzędzia lingwistyczne), a pośrednio zając stanowisko na temat złożonego problemu tekstualnego, nie rozpoznanego zresztą przez doktrynę, stworzonego przez Mommsena i poprawkę przekazanej przez *Littera Florentina* wersji wyimku trzeciej księgi *Instytucji* Florentyna.

W tym, rozpoczynającym tytuł *Digestów de sponsalibus* (o zaręczynach), fragmencie, znajduje się opisowa definicja instytucji „zaręczyn” (których sama nazwa – *sponsalia* – niesie aluzję do słownej procedury opartej na *sponsio*), odnosząca się do *mentio* (propozycji) i odpowiadającej jej *repromissio* (obietnicy):

D. 23,1,1 (Flor. 3 *inst.*): *Sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum*³.

Mommsen proponował poprawić „*mentio*” Florentyny na „*conventio*”, oczywiście nawiązując do terminu właściwego relacjom umownym. Ten jednak w prawie rodzinnym znaczenie ma tylko w związku z „mażeńskimi” formami tak zwanej *conventio in manum*, nie wydaje się być natomiast stosowany dla obrazowania „zaręczyn” (dla nich używa się raczej odwołania do „*consensus*”).

IDEM, *Nell'intrico della memoria. Felix Wubbe ai tempi di Kaser*, [w:] *Romanisti e no*, Napoli 2014, s. 19 i n., wcześniej w «RIDA» 59/2012, s. 405 i n.

² L. LABRUNA, 'Nuptiarum futurarum mentio?', [w:] *Marriage: Ideal – Law – Practice. Proceeding of a conference held in memory of Henryk Kupiszewski*, ed. Z. SŁUŻEWSKA, J. URBANIK, Warsaw 2005, s. 111 i n. = [w:] *Maestri, amici, compagni di lavoro...*, s. 294 i n., gdzie znaleźć można konieczne wskazówki bibliograficzne, do których niniejszym odsyłam.

³ „Zaręczyny to propozycja i obietnica przyszłego małżeństwa”.

Takie postępowanie z tradycją rękopiśmienną – twierdziłem – gubi jednak w tekście Florentyny symetrię typową dla złożonego aktu jakim były zaręczyny, powstające właśnie z podwójnej deklaracji. Pierwsza z nich (*mentio*) przedstawia wolę (*mens*) jednej strony, by w przyszłości wziąć do małżeństwa drugą; druga zaś tworzy pozytywną odpowiedź, a co za tym idzie, odpowiadające zobowiązanie (*re-promissio*) podjęte przez piastuna władzy nad kobietą, albo nią samą – jeśli była *sui iuris* – by zawrzeć *nuptiae futurae*. Stanowisko Henryka Kupiszewskiego jawiło się zatem – także w tamtej mojej analizie – jako bardziej wiarygodne i zgodne ze strukturą i funkcją rzymskiej instytucji zaręczyn – przynajmniej wedle stanu naszej wiedzy o niej.

Dziś chciałbym powrócić do tych jego prac *Studien zum Verlöbniß im klassischen römischen Rechts (I)* drukowanych w *Savigny Zeitschrift* z 1967 r.⁴, by podnieść inną kwestię, która moim zdaniem zasługuje na uwagę, tym razem związaną z tak zwaną *quasi-adfinitas*. Doktryna pomija ten aspekt *adfinitas* (nawet monumentalny *Handbuch Römisches Privatrecht* Kasera się nią nie zajmuje), czyli relacji społecznej i prawnej relacji, o której mój mistrz Antonio Guarino pisał pod koniec lat trzydziestych ubiegłego wieku „nieliczne prawne koncepty, nieliczne instytucje są tak ulotne, a wczorajsze i dzisiejsze traktaty romanistyczne poświęcają mu li tylko wzmiankę, często nawet nie w części ogólnej, ale omawiając zagadnienia przeszkód małżeńskich, podnosząc zwłaszcza jego ograniczone stosowanie oraz naturę instytucji odbijającej relację opartą na krwi, to znaczy *cognatio*”.

Guarino, słusznie uznawszy, że „ten brak zainteresowania doktryny *adfinitas* za całkowicie nieuzasadniony”, postanowił zmierzyć się z tematem z wyteżoną uwagą (której towarzyszyła też pewna młodościowa zuchwałość) w specjalnie przygotowanej, dziś dobrze znanej monografii przyjętej do *Publikacji Instytutu prawa rzymskiego, praw śródziemnomorskiego wschodu oraz historii prawa Uniwersytetu Rzymskiego*⁵.

⁴ «ZSS» 84/1967, s. 70 i n., = [w:] *Scritti...*, s. 191 i n.

⁵ A. GUARINO, *'Adfinitas'*, Milano 1939. Praca to nr XII w *Serii*.

Podówczas jeszcze bardzo młody, neapolitański uczoney poświęcił tematyce tego, co zwie się *quasi-*adfinitas** pierwszy rozdział pierwszej części tego dzieła, tak jakby chciał oczyścić przedpole z jakiegoś (poważnego) problemu. Zajął przy tym jasno stanowisko: „[w] prawie klasycznym ze *sponsalia* nie powstawał żaden węzeł *adfinitas*”. Punkt ciężkości tego, pozbawionego wszelkich niuansów, twierdzenia, to «prawo klasyczne», podstawowy obiekt ówczesnych rekonstrukcji romanistycznych nacechowanych metodą interpolacjonistyczną. I nie inaczej mógł też poczynić uczeń Siro Solazziego, który właśnie w tych latach zbliżył się do jeszcze bardziej – jeśli to możliwe – krytycznego Emilio Albertariego, dedykantowi (nie bez przyczyny) monografii. Odwołując się do badań Eduardo Volterry nad historią zaręczyn, Guarino odmawiał jakiegokolwiek znaczenia prawnego rytom zaręczyn (a także wynikającemu z nich stanowi) w czasach klasycznych. *Sponsalia*, nie tworząc powinowactwa, miałyby zatem jedynie „nieznaczące następstwa ... w sferze prawa”: *residuum* „zamierzchłych czasów”, kiedy to miały tworzyć „typową instytucję zobowiązaniową”. Dopiero w prawie poklasycznym, pod wpływem chrześcijaństwa, miały ponownie przyjąć taką naturę⁶.

Jak dobrze widać: to wizja bezkompromisowa, bez interpretacyjnych ustępstw czy zawahań. Jej szkieletem jest czysty trójkąt epok (archaicznej, klasycznej i poklasycznej), który zdaje się sam nadawać rytm długotrwałemu kontekstowi historycznemu instytucji (społecznej czy prawnej). Wcale nie prosta linia ewolucji tak czy owak rozumianej w kluczu celowościowym.

Dzisiejsze metody interpretacji, może nie tak pewne, albo może mniej techniczne, ale także mniej schematyczne, a z pewnością bardziej złożone, przywracają obrazy, które nie mając tej samej czystości, ani tak ścisłego związku z chronologią, przynoszą wnioski i odsłaniają rzeczywistości długo pozostające w cieniu. Mówię to, oczywiście, nie tylko, ale także w nawiązaniu do tematyki *adfinitas* i *quasiadfinitas*. Wystarczy wspomnieć – by pozostać w orbicie zamierzonego przez nas tu badania, i by przywołać niektóre tylko z wielu najnowszych

⁶ A. GUARINO, '*Adfinitas*'..., s. 14.

i szczególnie interesujących indagacji, których wyniki mimo wszystko nie mogą nie łączyć się w sferze prawnej z tymi, doskonale znanymi z czasów ubiegłych (jak, dla przykładu, klasycznie już prawie dociekania Volterry) – wystarczy wspomnieć (mówilem) o, poza bardziej technicznymi pracami Castello i Albanese dotyczącymi osób, czy Astolfiego o zaręczynach, o tylu esejach Evy Cantarelli poświęconych kobietom i rodzinie (którymi to tematami zajęliśmy się tak liczną grupą w «Indexie» 2012)⁷, albo także, by znowu zacytować je wyłącznie tytułem przykładu, o innych pracach, które zdały mi się szczególnie istotne; o obszernym, uczonym i świetnie udokumentowanym studium Philippe Moreau zatytułowanym *Adfinitas. La parenté par alliance dans la société romaine (Ier siècle av. J.-C. – IIe siècle ap. J.-C.)* opublikowanym w tomie pod redakcją Jean Andreau i Hinnerka Bruns, *Parenté et stratégies familiales dans l'Antiquité romaine*⁸; a także o nowszej jeszcze i wielce interesującej monografii Ann-Cathrin Harders, *Suavissima Soror. Untersuchungen zu den Bruder-Schwester-Beziehungen in der römischen Republik*⁹, o której wiele dyskutowaliśmy z wielkim dla niej uznaniem, jako recenzenci: Alan Rodger, Pecci Capogrossi, Rölf Knutel i jak sam podczas prac Jury VIII Nagrody Boulverta¹⁰. Ta ostatnia praca, miło się czytająca, jasna, z wielu powodów wciągająca, bada z perspektywy zasadniczo socjologicznej funkcję i systemy rzymskiego porządku rodzinnego rozumianego „als Netzwerk”, wzrastając na podglebiu wyników badań i intuicji Lewisa Henry’ego Morgana i Claude Lévi-Straussa, a także niedawnych eksperymentów strukturalistycznych Maurizio Bettiniego. Praca ta dociera poprzez w wielu wymiarach oryginalną, pogłębioną analizę relacji pokrewieństwa między bratem a siostrą, nie zawsze

⁷ Por. wstępne eseje 40 tomu «Index», w dziale zatytułowanym *Donne, famiglia e potere in Grecia e Roma. [Studi per Eva Cantarella]*, a zwłaszcza L. LABRUNA, *Donne e pene in Roma antica*, «Index» 40/2012, s. 1 i n. = [w:] *Romanisti e no...*, s. 167 i n.] z bibliografią.

⁸ Rome 1990, s. 3 i n., z przenikliwymi wskazówkami źródłowymi i bibliograficznymi.

⁹ München 2008.

¹⁰ Por. «Index» 39/2011, s. 733 i n.

w pełni branej pod uwagę przez naukę, do najgłębszych warstw nie tylko struktury rodziny rzymskiej, ale także samej późnorepublikańskiej i wczesnocesarzowskiej rzymskiej wspólnoty politycznej, w której stosunki solidarności, lojalności oraz przymierza ekonomicznego i politycznego pomiędzy grupami arystokratycznymi odgrywają rolę podstawową. Relacje te są określane, tworzą się, umacniają, a czasem i rozwiązują, za pośrednictwem używanych bez skrępowań nadzwyczajnych możliwości właściwych dla zjawiska (tak społecznego, jak prawnego) *adfinitas* wynikającej z małżeństwa („Ehe als Allianz”) i angażują kobiety w podwójnej roli siostr i żon. Ta ostatnia rola, nie zawsze wcale niewzruszalna – podlegająca bowiem unicestwieniu czy to rozwodem za zgodą obu stron (*divortium*), czy przez jednostronne zerwanie małżeństwa (*repudium*), ale czasem podlegająca recyklingowi w przypadku „Frauroation”, „przechodzenia kobiety pomiędzy dwoma mężczyznami” (słynny, ale wcale nie izolowany przypadek trójkąta Katon-Marcia-Hortensjusz).

W każdym razie *adfinitas* służyła «als Bindeglied zwischen zwei Familienverbänden», i jako takiej autorka poświęca jej przekonujące refleksje wychodzące od uważnej lektury słynnego tekstu z *de officiis* Cyserona, w którym powiązanie zapoczątkowane małżeństwem rozumiane jest jako «Kernzelle von Gesellschaftsbildung»: *prima societas in ipso coniugio est ... id autem est principium urbis et quasi seminarium rei publicae ...*(2,53 i n.). Ann-Cathrin Harders analizując sposoby, za pomocą których raczej rodziny niż same jednostki dokonują wyboru małżonków dla swoich członków w społeczeństwie republikańskim, dochodzi do wyodrębnienia i rekonstrukcji z pomocą pary przykładów celów, do których zwykle dążą małżeństwa. Są to budowanie i wzmacnianie już istniejących przymierzy pomiędzy możnymi, albo, w niektórych przypadkach, wprowadzenia swoich przedstawicieli do arystokracji za pomocą nawiązywania więzi powinowactwa¹¹.

¹¹ Por. też M. CORBIER, *Construire sa parenté a Rome*, «Revue Historique» 284/1990, s. 3 i n. z literaturą.

A teraz, po tym należyтым nawiązaniu do nowszych perspektyw badawczych – a trzeba było je poczynić (co zobaczymy), by lepiej zrozumieć prawdziwość i nowoczesność rezultatów tej części studiów Kupiszewskiego, która jest bezpośrednim tematem mojego wystąpienia – powróćmy do młodzieńczej monografii Guarino, starając się chociaż w pewnym stopniu prześledzić drogę argumentacji, którą autor, dokonawszy swojego metodologicznego wyboru, wciąż zakotwicza w danych tekstowych, zawsze czytanych z właściwą uwagą dla aspektów stylistycznych i gramatycznych.

Przedstawienie problemu zaczyna się od mającego charakter definicji fragmentu tekstu Modestyna¹².

D. 38,10,4,3 (Mod.12 *pandect.*): *Sed quoniam quaedam iura inter adfines quoque versantur, non alienum est hoc loco de adfinibus quoque breviter disserere. Adfines sunt viri et uxoris cognati, dicti ab eo, quod duae cognationes, quae diversae inter se sunt, per nuptias copulantur et altera ad alterius cognationis finem accedit: namque coniungendae adfinitatis causa fit ex nuptiis.*

Późnoseweriański jurysta określa *viri et uxoris cognati* (krewnych męża i żony) jako *adfines* – powinowatych; relacja prawna (*adfinitas* rodzi się między kognatami męża i żony) powstaje wedle Modestyna *per nuptias* i *ex nuptiis*. Dla Guarino oczywiste się staje zatem stwierdzenie, że gdy brak jest *nuptiae*, choćby i po uroczystym, rytualnym, przyrzeczeniu małżeństwa, nie może być mowy o powinowactwie. To przedstawienie problemu jednak nie jest pełne: należało (i nadal należy) jeszcze się skonfrontować ze źródłami „z kompilacji i spoza kompilacji, które – jak sam stwierdza – wydają się, przeciwnie, sugerować istnienie więzi *adfinitas* także pochodzącej z zaręczyn”¹³.

Pierwsze spośród nich pochodzi od Neracjusza.

¹² A. GUARINO, 'Adfinitas'..., s. 14 i n.

¹³ A. GUARINO, 'Adfinitas'..., s. 15.

D. 12.4.8 (Ner. 2 membr.): *Quod Servius in libro de dotibus scribit, si inter eas personas, quarum altera nondum iustam aetatem habeat, nuptiae factae sint, quod dotis nomine interim datum sit, repeti posse, sic intellegendum est, ut, si divortium intercesserit, priusquam utraque persona iustam aetatem habeat, sit eius pecuniae repetitio, donec autem in eodem habitu matrimonii permanent, non magis id repeti possit, quam quod sponsa sponso dotis nomine dederit, donec maneat inter eos adfinitas: quod enim ex ea causa nondum coito matrimonio datur, cum sic detur tamquam in dotem perventurum, quamdiu pervenire potest, repetitio eius non est.*

Fragment ten¹⁴ dość często dyskutowano w doktrynie od czasów humanizmu prawniczego. I tak Guarino przeplata w swojej jego dyskusji interpretacje, egzegezy i hipotezy gloss wychodzące od Fabra, aby potem przejść od niego, poprzez interpretację Bazylik (poprawioną przez Fabrotusa) aż do Bonfantego, Beselera i Volterry: najbliższego kontekstu (tak czasowo, jak i metodologicznie) dla starań młodego autora. Neracjusz cytował Serwiusza Sulpicjusza, późnorepublikańskiego nauczyciela. Oto jego rozumowanie w rekonstrukcji Guarino: „jeśliby zawarto kontrakt małżeński między dwoma osobami z których jedna byłaby jeszcze niedojrzała, można by się domagać zwrotu tego, co w międzyczasie ... zostało dane *dotis nomine*”. Sytuacja pokazywałaby nieważność małżeństwa zawartego z podmiotem, który nie osiągnął dojrzałości, a zatem i zdolności małżeńskiej. To przypadek „dziecięcej panny młodej”, współcześnie badany przez Isę Piro (z innego przynajmniej w części punktu widzenia niż ten przyjęty przez neapolitańskiego mistrza)¹⁵.

Rekonstrukcja Guarino czyści we fragmencie wzmiankę o *divortium* (które w tekście jest warunkiem *repetitio*): skoro nie było mał-

¹⁴ Egzegeza u A. GUARINO, 'Adfinitas'..., s. 15 i n.

¹⁵ I. PIRO, *Spose bambine. Risalenza, diffusione e rilevanza giuridica del fenomeno in età romana. Dalle origini all'epoca classica*, Milano 2013, s. 89 i n.; por. zwłaszcza s. 95 przyp. 12.

żeństwa, nie może też być i rozvodu. Byłby to zatem dodatek z ręki postklasycznego glosatora, pierwotnie w marginalnym komentarzu. Nieusatisfakcjonowany wtrąceniem tej „dziwnej aluzji”, niezborny glosator („prawdopodobnie ten sam, co wcześniej” – twierdzi Guarino, u niewinniając tym samym Tryboniana¹⁶) dodać miał jeszcze (znów na marginesie?) dłuższe rozwinięcie „mocno niedokładne, mgliste, wypowiedziane w sposób mało elegancki”¹⁷, glossy *si divortium intercesserit*, by potwierdzić, że żądanie zwrotu nie może mieć miejsca nawet w przypadku trwania narzeczeństwa, *donec maneat inter eos* (tj. *sponsi*: między narzeczonymi) *ad finitas*. Jeśli tekst jest wobec tego autorstwa późniejszego komentatora, ani Neracjusz, ani tym bardziej Serwiusz nie mogli określić przedmałżeńskiej relacji jako *ad finitas*. Ta dzięki temu znika z widoku, „oczyszczonego” interpolacjonistycznym badaniem fragmentu, by zostać przypisana środowisku poklasycznemu (w którym już, jak było widać, Guarino przyznał jej rację bytu).

Potyczka jeszcze się nie skończyła. Tekst pochodzący z komentarza Paulusa *ad edictum* w części dotyczącej *lex Cincia*, a przekazany w *Fragmenta Vaticana* 302, wyliczając wyjątki od zakazu darowizn wprowadzonego tą ustawą, wymienia *sponsus sponsa* pośród *ad finium personae*.

Frag. Vat. 302 (Paul. 71 *ad ed.*, *ad Cinc.*): *Excipiuntur et ad finium personae ut privignus privigna, noverca vitricus, socer socrus, gener nurus, vir et uxor, sponsus sponsa.*

Niektórzy (zwłaszcza Astolfi¹⁸, a także i Volterra) rozwiązywali problem, stwierdzając, że Paulus przywołał prawo antyczne, obowiązujące w chwili wydania ustawy (204 p.n.e.), kiedy jeszcze zaręczyny miały moc stworzyć więź powinowactwa. Mój mistrz takim rozwiązaniem nie był usatisfakcjonowany. Język jurysty zdaje się wyraźnie odnosić do sytuacji prawnej w jego czasach. Atak na tekst oparto na krytycznych podwalinach postawionych przez Solazzigo i Albertario.

¹⁶ A. GUARINO, 'Ad finitas'..., s.19, por. s. 20.

¹⁷ A. GUARINO, 'Ad finitas'..., s. 18; cyt. na s. 20.

¹⁸ A. GUARINO, 'Ad finitas'..., s. 21 i n.

Guarino przekonany, że może wykreślić nawiązanie do *sponsus sponsa* z oryginalnej lekcji, stwierdza „nie pochodzi [on] z ręki Paulusa”¹⁹. Zawiesza wykład, by podjąć go potem rozdziale II²⁰, gdzie broni się (w tonie bynajmniej nie jest defensywnym lecz pozostającym w ciągłej polemice z literaturą), hipotezy, że w fragmencie watykańskim jakiś kompilator-kompletomaniak zachęcony wyliczankowym charakterem tekstu, dorzucił wzmiankę o narzeczonych (a także i tę o *vir et uxor*), a uczynił to na końcu, a nie „na początku wyliczenia”²¹, jak się należało spodziewać. „Ja zaś uważam, że trudom doktryny może jedynie przynieść wytchnienie właściwie i nieustające korzystanie z krytyki egzegetycznej”²²: oto metodologiczny wynik, który dobitnie i w jasnej syntezie ogłasza interpretacyjny paradygmat źródła.

Nie brak jednak tekstów jurysprudencji, które podnoszą brak zdolności małżeńskiej między *sponsa* ojca i synem, między matką *sponsa* i *sponsus*.

Źródła te osłabiają tezę mojego mistrza, bo, nawet jeśli to czynią pośrednio, stwierdzają istnienie *adfinitas* i wtedy, gdy brak małżeństwa. Łatwo jednak „oczyścić” D. 23,2,14,4 z niezwykle podejrzanego cytatu z Augusta, który miałby ustanowić niemożliwość *ducere* jako *uxor* matki narzeczonej.

D. 23,2,14,4 (Paul. 35 *ad ed.*): *Nunc videamus, quomodo noverca et privigna et socrus et nurus intellegantur, ut sciamus, quas non liceat ducere. Quidam novercam per se patris uxorem et nurum filii uxorem et privignam uxoris ex alio marito filiam intellegunt: sed quod ad hanc causam verius est nec avi uxorem nec proavi duci posse. Duas ergo vel plures novercas ducere non poterit: non mirum, nam et is qui adoptivus est nec naturalis patris nec adoptivi uxorem*

¹⁹ A. GUARINO, 'Adfinitas'..., s. 22.

²⁰ A. GUARINO, 'Adfinitas'..., zwłaszcza s. 47 i n.

²¹ A. GUARINO, 'Adfinitas'..., s. 49.

²² A. GUARINO, 'Adfinitas'..., s. 46.

ducere potest: sed et si plures uxores pater habuerit, nullam earum ducere possum. Itaque socrus appellatione non tantum uxoris meae mater, sed et avia et proavia intelligitur, ut nullam earum ducere possim. Nurus quoque appellatione non tantum filii uxor, sed et nepotis et pronepotis continetur, licet quidam has pronurus appellant. Privigna quoque non solum ea mihi intelligitur quae uxoris meae filia est, sed et neptis et proneptis, ut nullam earum ducere possim. item eius matrem, quam sponsam habui, non posse me uxorem ducere Augustus interpretatus est: fuisse enim eam socrum.

Wzmianka o imperatorze „spada niespodziewanie z nieba”: princeps *rescribit*, a nie *interpretatur*, jak właśnie podaje passus, prawdopodobny „owoc przemądrzałego wspomnienia jakiegoś postklasycznego glosatora”²³. Z kolei odnośnie I. 1,10,9 i D. 23,2,12 problem małżeństwa między *sponsa filii* oraz *pater sponsi* (albo *sponsa patris* i *filia sponsi*) został „poruszony” przez Salwiusza Julianisa (lecz i rozwiązany przezeń negatywnie).

I. 1,10,9: *Si uxor tua post divortium ex alio filiam procreaverit, haec non est quidem privigna tua, sed Iulianus huiusmodi nuptiis abstinere debere ait: nam nec sponsam filii nurum esse nec patris sponsam novercam esse, rectius tamen et iure facturos eos, qui huiusmodi nuptiis se abstinuerint.*

D. 23,2,12 (Ulp. 26 *ad Sab.*): *Si qua mihi uxor fuit, deinde a me repudiata nupsit Seio, quem ego postea adrogavi, non sunt nuptiae incestae. 1. Inter me et sponsam patris mei nuptiae contrahi non possunt: quamquam noverca mea non proprie dicatur. 2. Sed et per contrarium sponsa mea patri meo nubere non poterit, quamvis nurus non proprie dicatur. 3. Si uxor mea post divortium alii nupserit et fi-*

²³ A. GUARINO, ‘*Adfinitas*’..., s. 23.

liam susceperit, putat Iulianus hanc quidem privignam non esse, verum nuptiis eius abstinentum. 4. Adoptivae sororis filiam possum uxorem ducere: cognata enim mea non est filia eius, quia avunculus nemo fit per adoptionem et eae demum cognationes contrahuntur in adoptionibus, quae legitimae essent, id est quae adgnatorum ius haberent. Pari ratione et sororem patris mei adoptivi possum ducere, si non fuit eodem patre nata.

Guarino podnosi, że tekst Instytucji opiera się na fragmencie autorstwa Ulpiana (dowodzą tego „imponujące zbieżności stylistyczne²⁴”), który to tekst jest mocno zaburzony typowymi postklasycznymi wtrętami, poświadczonymi pewną „terminologiczną chwiejnością”: między mną i narzeczoną mojego ojca – mówi tekst w § 1 – *nuptiae contrahi non possunt: quamquam noverca mea non proprie dicatur*. To zawahanie (które powraca w nieco inny sposób w przypadkach opisanych w §§ 2 i 3, gdzie pojawiają się także inne podejrzenia natury formalnej) z łomotem się zderza z przejrzystością reguły wyrażonej zakazem zawarcia małżeństwa.

Pars destruens dyskursu guariniańskiego kończy się zamykającą koło refleksją terminologiczną. Badacz, doskonale świadomy użycia, rozpowszechnionego w źródłach, nazw, które określają rodziców *sponsus* jako powinowatych *sponsa* (i na odwrót), rozprawia się z problemem ogólnym stwierdzeniem: „terminologię tę wyjaśnić można względami praktycznej konieczności w stosunku do nielicznych efektów prawnych, które od czasów prawa klasycznego przyznano zaręczynom. Tu, to znaczy w materii terminologii, możemy nawet przyjąć, że wpłynęło nań wspomnienie starożytnych *sponsalia*, które istotnie miały naturę prawną”. W ten sposób osiągamy doskonale połączenie między rozwiązaniem problemu dogmatycznego (zaręczyny nie skutkują powstaniem *adfinitas*) oraz używaną przez jurystów ramą terminologiczną, wykształconą, gdy reguła była jeszcze inna. Można by pomyśleć, że system ten umyślnie stworzono, by doprowadzić do rozpaczki interpretatora. I właśnie tak Guarino wyjaśnia zwy-

²⁴ A. GUARINO, 'Adfinitas'..., s. 25.

czajne nawiązania (oczywiście „terminologiczne”), które wynikają z D. 38,10,8 (Pomp. 1 *ench.*)²⁵, fragmentu, który uznano za „nieco dziwny w powszechnej doktrynie”, a jednak „w świetle tych ustaleń jak najbardziej dający się wyjaśnić”, D. 22,5,5 (Gai. 4 *ad l. Iul. et Pap.*)²⁶, D. 38,10,6,1 (Ulp. 5 *ad l. Iul. et Pap.*)²⁷, D. 48,9,4 (Marcian. 1 *de publ. iud.*)²⁸. „Zaręczyny – pisze profesor Guarino, ale opinię tę wyraził już Dumont w swej monografii o darowiznach między małżonkami z 1928 r. – były, w sferze społecznej, rodzajem instytucji odbicia-mażeństwa, jest całkiem możliwe zatem, że wyrażenia typowe dla niego mogły też być stosowane do zaręczyn, od czasów prawa klasycznego”²⁹.

Czy rozróżnienie to zadowala? I tak, i nie. Tak, bo nie chce dogmatyzować całego korpusu źródeł w jednolity sposób, pozostawiając margines różnic. Nie, bo tak czy owak „margines ten zarysowano bardzo (może nawet zbyt) wyraźnie, a relacja między dogmatem prawniczym i praktyką społeczną wypada raczej sztywno (ze „zdziwieniem”, że juryści nie wahają się, rzekłbym, systematycznie używać terminów, które przeciwstawiają się zasadzie).

Historia badań notuje, obok ważnych głosów aprobujących lekturę Guarino, także i to nieukontentowanie. Spróbujmy wyjaśnić to lepiej.

²⁵ D. 38,10,8 (Pomp. 1 *ench.*): *Servius recte dicebat soci et socrus et generi et nurus appellationem etiam ex sponsalibus adquiri.*

²⁶ D. 22,5,5 (Gai. 4 *ad l. Iul. et Pap.*): *In legibus, quibus excipitur, ne gener aut socer invitus testimonium dicere cogeretur, generi appellatione sponsum quoque filiae contineri placet: item soceri sponsae patrem.*

²⁷ D. 38,10,6,1 (Ulp. 5 *ad l. Iul. et Pap.*): *Generi et nurus appellatione sponsus quoque et sponsa continentur: item soci et socrus appellatione sponsorum parentes contineri videntur.*

²⁸ D. 48,9,4 (Marcian. 1 *de publ. iud.*): *Cum pater et mater sponsi sponsae socerorum, ut liberorum sponsi generorum appellatione continentur.*

²⁹ A. GUARINO, *'Adfinitas'...*, s. 27 i n.

By to uczynić trzeba powrócić do ważnej pracy Kupiszewskiego, opublikowanej, jak już wspomniano, w *Savigny Zeitschrift* w 1967 r., w której problem ponownie przedstawiono społeczności badaczy³⁰.

Henryk zajął się tematem już wcześniej. Jako pokłosie opublikowanego w *Savigny Zeitschrift* w 1960 r. studium nad rzymskimi zaręczynami, silnie związanym z tradycją naszych badań, a jednocześnie innowacyjnym, pojawił się już w 1963 r. artykuł poświęcony temu zagadnieniu, jednak po polsku i w owym czasie, które dziś zdają się być niezmiernie odległe (żelazna kurtyna, wielkie dystanse, wiedza wyłącznie powstająca na papierze, wymiana doświadczeń możliwa – o ile możliwa – tylko pocztą), w dodatku w miejscu o niezbyt łatwym dostępie dla zachodnich naukowców.³¹ Ta krótka praca – zasadniczo zbieżna z artykułem opublikowanym potem po niemiecku – miała w tytule termin „*quasiadfinitas*”. Wyrażenie nierzymskie, jak natychmiast podkreśla Kupiszewski („Obgleich diese Bezeichnung den römischen Quellen unbekannt ist, halten wir sie für sehr treffend³²”), ale ukute i powtórzone w długotrwałej tradycji romanistycznej (a potem rozpowszechnione także przez badaczy prawa kanonicznego), niezwykle użyteczne i inteligentnie „ponownie zaproponowane” przed Kupiszewskiego, by nadać sens serii przypadków (albo, jeśli wolimy, prawie-instytucji), które choć nie odpowiadają w pełni *adfinitas* (z uwagi na brak formalno-prawnych przesłanek, które warunkowały jej powstanie: czyli *matrimonium* i jego skutków), jednak łączą się ściśle z *adfinitas* we wcale nie tak nielicznych skutkach, które poddawano takiemu samemu traktowaniu.

Jak widać: wedle źródeł (zostawiając przez chwilę na boku interpolacyjistyczne nań ataki) istniały przypadki upodobnione do *adfinitas*, w przypadku których użycie *appellatio*, terminologii – jak na przykład nazwanie *socer* (teściem) ojca narzeczonej – powodowało rozciągnię-

³⁰ H. KUPISZEWSKI, *Studien zum Verlöbnis im klassischen römischen Recht (I)*..., (wyżej przyp. 3) = [w:] *Scritti*..., s.191 i n. [do których następnie będę się odwoływał odnośnie tego i innych tam przedrukowanych artykułów].

³¹ H. KUPISZEWSKI, *Das Verlöbnis im altrömischen Recht*, «ZSS» 77/1960, s. 125 i n. = [w:] *Scritti*..., s.103 i n..

³² Przywołuję artykuł H. KUPISZEWSKIEGO z 1967 r., [w:] *Scritti*..., s. 209 i n.

cie efektów prawnych identycznych z tymi przewidzianymi dla powinowatych i na podmioty, które w ścisłym znaczeniu nie były *adfines*.

Nie umiałbym wskazać początków stosowania tego wyrażenia (posługiwał się nim już Eineccio, dla Henryka podstawową była praca Hörmanna z 1897 r.³³), ale z pewnością, choć nie-rzymskie, odpowiada technice rzymskiej jurysprudencji. I rzeczywiście to narzędzie bliskie analogii: w tym przypadku nie używa się ani z terminu *fictio*, ani też innego odwołania do semantycznego zakresu fikcji. Nie mamy zatem do czynienia z wyrafinowaną normą prawa klasycznego³⁴ (skądinąd czasami określanego jako „techniczne zafalszowanie”, „uproszczenie, które wychodzi poza realizm historyczny i prawny”, „fikcja/inwencja”, i tak dalej), ale z prostą konstrukcją asymilacji, przybliżenia, zbudowaną poprzez dodanie do rzeczownika, będącego koncepcyjnym źródłosłowem – *adfinitas*, partykuły *quasi* (tak, jak w przypadku wielu innych instytucji prawa antycznego). To osłabienie sensu instytucji wyjściowej, stosowalne w przypadkach, w których relacja (która oczywiście ma wielki oddźwięk społeczny, jak spotrzegliśmy, omawiając studia Harders) rodzi się nie z *matrimonium*, ale ze *sponsalia*, a które w sumie daje porównanie skutków różnych sytuacji.

Poczyniwszy to spostrzeżenie, Kupiszewski kontestualizuje i na nowo odczytuje źródła w odmiennej i nowej perspektywie. Nie szuka się *adfinitas*, tam gdzie jej nie ma, by potem ogłosić manipulacje w tekstach, które pokazują upodobnienie skutków [prawnych]. Wychodząc właśnie z konstatacji, że chodziło o nieidentyczność sytuacji, szuka się analogii, badając źródła tak, by przywrócić je do ich właściwego kontekstu.

I tak dziwności odkryte przez profesora Guarino i innych tracą na tajemniczości. Określenia za pomocą *non proprie*, które oburzywszy interpolacjonistów, skazały źródła na byt bądź to pośród „nieprawnych”, bądź to „postklasycznych”, odzyskują znaczenie. Dla przy-

³³ W. VON HÖRMANN, *Quasi Affinität. Rechtshist. Untersuch. über Affinitätswirkungen des Verlöbnis nach Weltlichem und Kirchlichen Rechte*, I, Innsbruck 1897. Por. H. KUPISZEWSKI, *Studien zum Verlöbnis (I)*... = *Scritti*..., s. 209 przyp. 71, z bibliografią.

³⁴ Por. A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², Napoli 2001, s. 196, z bibliografią.

kładu, wyżej omawiana zasada w D. 23.2.12.1³⁵, wedle której między mną i *sponsa* mojego ojca nie można zawrzeć *nuptiae*, staje się jasna dzięki analogicznemu wyjaśnieniu – „nawet jeśli <tej> nie można nazwać w ścisły sposób *noverca*” (teściową) – w sposób oczywisty podporządkowanemu ważkości społecznej tej relacji. I tak, dzięki uważnej lekturze źródeł, udaje się Kupiszewskiemu wyjaśnić tę część prawa (także) klasycznego, a także ogólnej rzymskiej historii społecznej, którą być może nazbyt zaciemniły ekscesy filologicznych zabiegów purystycznych, dodatkowo usztywnione paradygmatami interpretacyjnymi nie zawsze dostosowanymi do badania fenomenu prawnego, czyli, w istocie, ludzkiego.

Sposób odczytania tekstów zatem, który – wedle mnie – całkowicie potwierdza odkrycie, a zdać się może marginalnym w badaniach Kupiszewskiego nad zaręczynami: „weitere Wirkung im Prozessrecht”³⁶. W komentarzach jurystów do małżeńskiego ustawodawstwa Augusta, gdzie ustala się ograniczenia dla obowiązku składania zeznań wobec krewnych i powinowatych, terminologia powinowactwa rozszerzona zostaje na „jakby powinowatych”. I tak na przykład w D. 22,5,5 *gener* to także *sponsus filiae* (narzeczony córki) a, symetrycznie, *socer* (teść) oznacza także *sponsae pater* (ojca narzeczonej).

D. 22.5.5 (Gai. 4 ad l. Iul. et Pap.): *In legibus, quibus excipitur, ne gener aut socer invitus testimonium dicere cogeretur, generi appellatione sponsum quoque filiae contineri placet: item soceri sponsae patrem.*

Poza wątpliwościami pozostaje społeczny wzorzec analogii, jak zatem podejrzewać klasycyzm tego rozszerzenia? Rozważania te Henryk pociągnął dalej w późniejszej, dedykowanej Volterrze, pracy z 1971 r., na temat *parricidium*,³⁷ gdzie zauważa się, że stosunek jak-

³⁵ Por. wyżej, s. 34 i n.

³⁶ H. KUPISZEWSKI, *Studien zum Verlöbniß (I)*... = [w:] *Scritti*..., s. 214.

³⁷ H. KUPISZEWSKI, *Quelques remarques sur le parricidium dans le droit romain classique et post-classique*, [w:] *Studi Volterra*, IV, Milano 1971, s. 601 i n. = *Scritti*..., s. 225 ss. zwłaszcza s. 229 i n.

by powinowactwa był także istotny dla kwalifikacji morderstwa jako krewnobójstwa w (klasycznie) jursprudencyjnych interpretacjach późnorepublikańskiego ustawodawstwa.

*

Te krótkie uwagi pokazują, jak mi się zdaje, dwa aspekty metodologii, „rzemiosła” Kupiszewskiego, które lubię podkreślać (a może tylko przypominać). Pierwszy to pełne przyjęcie, wynikające z przekonania, a nie wymuszenia, sposobu postawienia pytań badawczych i rezultatów w szkole Kaser’a (jednym z przypadków życia, który nas połączył), która, jak wiadomo, rozwijała się najbardziej właśnie w latach sześćdziesiątych dwudziestego stulecia: od krytyki tekstu do mądrego (ale nigdy biernego) konserwatyzmu w jego lekturze, które oznaczają badanie historyczne, dogmatyczne i filologiczne źródeł, przy braku poczucia związania ustalonymi twierdzeniami interpretacyjnymi. Drugi polega na ścisłym połączeniu (bynajmniej niestatycznym) pomiędzy społeczeństwem i prawem, między jednostkami a instytucjami prawnymi, którego prawnik humanista, jakim był Henryk, nie mógł nie uwzględnić. Dwadzieścia lat minęło od jego odejścia, ale czytając jego prace nadal się uczymy: jeden jeszcze powód oplakiwania człowieka, przyjaciela, badacza.

‘HENRYK KUPISZEWSKI’S TERM “QUASIADFINITAS”

Summary

The Polish scholar of Roman law Henryk Kupiszewski (d.1994) examined a collection of texts in which the legal status of a betrothed couple was compared to kinship. Kupiszewski used the term “quasiadfinitas” for these situations. A review of his work shows two aspects of his methodology. The first was Max Kaser’s method of formulating research questions and drawing conclusions from them: from criticism

of the text, to a wise (but never passive) conservatism in its reading, which meant the historical, dogmatic, and philological analysis of the sources, avoiding reference to any fixed interpretative statements. The second aspect involved the consideration of the close and by no means static relationship between society and the law, and between individuals and institutions of the law – something Kupiszewski the lawyer and scholar of the humanities could certainly not overlook.

Słowa kluczowe: Henryk Kupiszewski, *quasiadfinitas*, zaręczyny.

Keywords: Henryk Kupiszewski, *quasiadfinitas*, engagement.