

# „POZYCJA PRAWNA DZIECKA POCZĘTEGO W ŚWIETLE RZYMSKICH LEGES REGIAE ORAZ REGULACJI Z ZAKRESU CIAŻY I PORODU”<sup>1</sup>

<sup>1</sup> W artykule wykorzystano badania przeprowadzone przez Autorkę na potrzeby pracy magisterskiej pt. *Prawo rzymskie i kultura etyczna starożytnych wobec dziecka poczętego*, obronionej w dniu 2 sierpnia 2018 r. na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu. dnium 2 sierpnia 2018 r. na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu.

DOI: [HTTPS://DOI.ORG/10.37873/LEGAL.2019.2.2.39](https://doi.org/10.37873/LEGAL.2019.2.2.39)

## WSTĘP

<sup>2</sup> Podkreślenia wymaga, że łaciński rzeczownik *nasciturus* został przyjęty do polskiego języka prawniczego, a następnie zaczął być używany także potocznie. W języku polskim „nasciturus” definiowany jest jako „dziecko rozwijające się w łonie matki, które w pewnych warunkach na mocy ustawy może uzyskać osobowość prawną (...)” (por. *Praktyczny słownik współczesnej polszczyzny*, t. 23, red. H. Zgólkowa, Poznań 1999, s. 24 v. nasciturus), jednakże w języku potocznym może oznaczać każde dziecko poczęte. W związku z tym łaciński *nasciturus* oraz polski „nasciturus” deklinowane są odpowiednio według zasad właściwych tym językom. Etymologicznie *nasciturus* wywodzi się od łacińskiego *nascor, nasci, natus sum*, tj. „rodzić się”, „przychodzi na świat”. Por. *Słownik łacińsko-polski*, t. 3 (I–O), red. M. Plezia, Warszawa 1998, s. 578, v. nascor.

**W** starożytnym Rzymie rodzina i jej ciągłość pokoleniowa odgrywały wielką rolę, a pozycja ojca rodziny była zaszczytem i wyznacznikiem pozycji zarówno wśród bliskich, jak i w społeczeństwie. Stąd też znajdujemy w prawie rzymskim liczne regulacje mające stać na straży ładu związanego z rodziną i dające jej członkom możliwość dochodzenia swoich praw. W naturalny sposób prawo wkroczyło także w sferę prokreacji, gdzie – w postaci jeszcze nienarodzonego, ale już poczętego przyszłego obywatela rzymskiego – spotykały się prawa i interesy przeróżnych podmiotów: ojca, matki, bliższych i dalszych krewnych, państwa i w końcu samego nasciturusa<sup>2</sup>.

Choć dziś postęp cywilizacyjny wyeliminował liczne problemy ludzkości, z jakimi niegdyś zmagali się Rzymianie, wciąż nieobce są nam problemy, których ocena moralno-etyczna jest nie mniej sporna

niż dwa tysiące lat temu. Do takich zagadnień z pewnością należy określenie pozycji dziecka poczętego w systemie prawnym. Znamy źródła prawa rzymskiego – zarówno bezpośrednie (prawne), jak i pośrednie (pisma medyków, filozofów, korespondencja) nie pozostawiają wątpliwości, że dziecko poczęte było na swój sposób „obecne” w systemie prawnym. W artykule, ze względu na ograniczoną objętość tekstu, przedstawione i omówione zostaną jedynie dwa wyodrębnione z szerszego obszaru zagadnienia: regulacje zawarte w ustawach królewskich (*leges regiae*) oraz regulacje dotyczące ciąży i porodu. Pierwsze wymagają omówienia ze względu na chronologię oraz fakt utworzenia podwalin całego rzymskiego systemu prawnego, drugie z uwagi na dostępność i szczegółowość źródeł, które pozwalają odtworzyć dawne „standardy okołoporodowe”, mogące rzucić światło na tak ważny element życia społecznego, jakim są narodziny nowego człowieka.

Jako ogromną lukę w literaturze naukowej należy postrzegać analizowanie kwestii dziecka poczętego w prawie rzymskim głównie pod kątem dziedziczenia czy regulacji związanych z przerywaniem ciąży. Brak polskiej pracy kompleksowo omawiającej pozycję dziecka poczętego w prawie rzymskim. W 2009 r. ukazała się imponująca monografia P. Niczyporuka pt. *Prywatnoprawna ochrona dziecka poczętego w prawie rzymskim*, która jednak traktuje o zagadnieniu „ochrony” nasciturusa w prawie rzymskim prywatnym, nie zaś o jego pozycji w prawie rzymskim w ogóle, przez co nie znajdujemy tam omówienia, a co za tym idzie i odniesienia do regulacji publicznoprawnych. Spośród prac zagranicznych na szczególną uwagę zasługuje niezwykle trudno dostępna publikacja E. Nardiego *Procurato aborto nel Mondo greco-romano* z 1971 r., która wszakże również skupia się na kwestii przerywania ciąży. Także F. Dölger opublikował w 1934 r. artykuł *Das Lebensrecht des ungeborenen Kindes und die Fruchtabtreibung in der Bewertung der heidnischen und christlichen Antike*, który nie tylko nie przeprowadza analizy pozycji prawnej dziecka poczętego, ale też z oczywistych względów nie uwzględnia badań oraz literatury powojennej. Niezwykle szeroko o poglądach starożytnych medyków i filozofów na embrion ludzki i animację płodu pisze A. Muszala w pracy *Embrion ludzki w starożytnej refleksji teologicznej* z 2009 r., która jednak nie odnosi się w żadnym stopniu do prawa rzymskiego w aspekcie poruszonym w niniejszym artykule.

Wobec powyższego uzasadnione wydaje się podjęcie próby rekonstrukcji pozycji prawnej dziecka poczętego na podstawie dostępnych źródeł prawa rzymskiego z wybranego okresu (ustawy królewskie) oraz dziedziny (ciąża i poród). Z zakresu *leges regiae*, spośród zachowanych *passusów* oraz fragmentów wybrane do omówienia zostały te, które w jakimkolwiek stopniu związane są lub mogą być z dzieckiem poczętym. Spośród przepisów traktujących o ciąży i porodzie

3 Autentyczności niektórych ustaw królewskich dowodził B. Łapicki (zob. B. Łapicki, *Władza ojcowska w starożytnym Rzymie*, Warszawa 1933, s. 22–24, 54–57; B. Łapicki, *Ustawy królewskie w starożytnym Rzymie. Zagadnienie ich autentyczności*, Lwów 1933, s. 2–31), natomiast R. Taubenschlag i W. Kozubski ustawy królewskie określali mianem „wytworu fantazji annalistów” (zob. R. Taubenschlag, W. Kozubski, *Historia i instytucje rzymskiego prawa prywatnego*, Warszawa 1947, s. 22; R. Taubenschlag, *Rzymskie prawo prywatne na tle praw antycznych*, Warszawa 1955, s. 30). Również W. Osuchowski powątpiewa, aby regulacje te pochodziły z czasów królewskich i sugeruje, że mogły być one jedynie antydatowane (zob. W. Osuchowski, *Zarys rzymskiego prawa prywatnego*, Warszawa 1967, s. 38–39).

4 C.G. Bruns, *Fontes Iuris Romani Antiqui*, Tubingae 1909 (dalej: FIRA), s. 6–7 (Romulus), s. 9–10 (Numa Pompilius).

5 Por. A. Ziółkowski, *Historia powszechna. Starożytność*, Warszawa 2009, s. 458.

6 Z uwagi na ogromne znaczenie oryginalnej terminologii i sformułowań analizowane w artykule *passusy* cytowane są w brzmieniu starogreckim bądź łacińskim, a treść wykorzystywanych utworów, o ile tylko było to możliwe, pochodzi z wydań zawierających aparat krytyczny. W przypisach umieszczone zostały przekłady w języku polskim, jednak ze względu na oczywistą niewykonalskość dokonania przekładu w pełni odwierciedlającego oryginał, należy przyjąć, że mają one charakter uzupełniający. Ponadto trzeba pamiętać, że nawet biegła znajomość greki i łaciny, wraz z uwzględnieniem w najwyższym stopniu kontekstu historycznojęzykowego i filologicznego, nigdy nie daje pewności, czy wyciągane wnioski nie są pochojne.

7 Tekst grecki według: FIRA, s. 6–7 oraz Plutarchus, *Ρωμύλος*, [w:] *Vitae Parallelae*, t. 1, Lipsiae 1895, 22.3.

8 „(Romulus) ustanowił także prawa, z których w istocie nader surowe jest to, które nie pozwala kobiecie opuścić męża, ale pozwala wypędzić kobietę z powodu farmakologicznego spędzenia płodu, podmiany kluczy i cudzołóstwa. Jeśli jednak ktoś rozwiedzie się [z innego powodu] jego majątek przypadnie kobiecie, zaś mężczyzna złoży ofiarę w świątyni Demeter, taki jest nakaz [prawa]. Kobieta złoży w ofierze dar bóstwom podziemnym” (tłum. własne).

9 Plutarch, *Romulus*, [w:] *Żywoty równoległe*, t. 1, przeł. K. Korus, przypisy i komentarz L. Trzcionkowski, K. Korus, Warszawa 2004, s. 174, 22.3.

10 Por. F. Dölger, *Das Lebensrecht des ungeborenen Kindes und die Fruchtbarkeit in de Bewertung der heidnischen und christlichen Antike*, „Antike und Christentum” 4 (1934), s. 38; S. Longosz, Ojcowie Kościoła a przerywanie ciąży, cz. I: Przerywanie ciąży w okresie przedchrześcijańskim, „Vox Patrum”, t. 5, z. 8–9 (1985), s. 254; M. Ganzin, *L'avortement dans a Rome antique*, [w:] *Études offertes à Alfred Jauffret, professeur honoraire à la Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille*, Marseille 1981, s. 271; D. Ciula, *Najstarsze przyczyny rozwodu w prawie rzymskim*, [w:] *Wokół problematyki małżeństwa w prawie rzymskim Henrico Insadowski (1888–1946) in memoriam*, red. A. Dębiński, M. Wójcik, Lublin 2007, s. 58 i n. Także B. Łapicki pisze w kontekście tego fragmentu o „ustawie Romulusa zakazującej spędzenia płodu” (por. B. Łapicki, *Władza ojcowska...*, s. 7).

11 Por. przekład *leges regiae*: A. Tarwacka, *Leges regiae. Tekst – tłumaczenie – komentarz*, „Zeszyty Prawnicze” [UKSW] (dalej: ZP [UKSW]), t. 4, nr 1 (2004), s. 239.

12 D. Ciula, dz. cyt., s. 58–60.

13 Por. E. Nardi, *Procurato aborto nel Mondo greco-romano*, Milano 1971, s. 16–29.

14 B. Łapicki, *Władza ojcowska...*, s. 7.

15 Tamże, s. 11.

omówione zostaną te, które nade wszystko wskazują na zainteresowanie osobą nasciturusa jako odrębnym bytem.

## 1. LEGES REGIAE

Właściwym punktem wyjścia dla prób określenia pozycji dziecka poczętego w prawie rzymskim zdaje się być przedstawienie regulacji, którym tradycja przypisuje pochodzenie z czasów królewskich (okres archaiczny). Autentyczność ustaw królewskich pozostaje przedmiotem dyskusji<sup>3</sup>, niemniej jednak odnotowania wymaga, że jeżeli przekazane treści są prawdziwe, to już *leges regiae* odnosiły się do kwestii przerywania ciąży. Źródła zebrane przez C.G. Brunsu w *Fontes Iuris Romani Antiqui* jako fragmenty ustaw królewskich Romulusa i Numy<sup>4</sup> wskazują, że już dwaj pierwsi królowie prawdopodobnie potępiali spędzanie płodu.

Według Plutarcha już za czasów Romulusa (panował 753–715 przed Chr.)<sup>5</sup> w określonych okolicznościach mąż miał prawo porzucić żonę, o czym świadczy poniższy *passus*<sup>6</sup>:

» ἔθηκε δὲ καὶ νόμους τινάς (ὁ Ῥωμύλος), ὧν σφοδρὸς μὲν ἐστὶν ὁ γυναικὶ μὴ διδοῦς ἀπολείπειν ἄνδρα, γυναῖκα δὲ διδοῦς ἐκβάλλειν ἐπὶ φαρμακείᾳ τέκνων ἢ κλειδῶν ὑποβολῇ καὶ μοιχευθεῖσαν: εἰ δ' ἄλλως τις ἀποπέμψαιτο, τῆς οὐσίας αὐτοῦ τὸ μὲν τῆς γυναικὸς εἶναι, τὸ δὲ τῆς Δήμητρος ἱερὸν κελεύων: τὸν δ' ἀποδόμενον γυναῖκα θύεσθαι χθονίοις θεοῖς,<sup>7</sup> 8.

Zgodnie z przekładem K. Korusa porzucenie żony było w czasach króla Romulusa usprawiedliwione m.in. w przypadku „trucicielstwa, porzucenia dzieci, pijaństwa i cudzołóstwa”<sup>9</sup>. Jednak w opinii F. Dölgera zwrot ἐπὶ φαρμακείᾳ τέκνων, pojawiający się w tekście oryginalnym, sugeruje użycie trucizny w celu spędzenia płodu, nie zaś wobec żyjących dzieci, z czego wynika, że zdaniem Plutarcha istniało prawo porzucenia żony, gdyby ta dopuściła się przerywania ciąży<sup>10</sup>. Tak też w swym przekładzie przyjęła A. Tarwacka, która pisze wprost o rozwodzie „z powodu spędzenia płodu”<sup>11</sup>. Najtrafniejszym tłumaczeniem wydaje się natomiast użyte przez D. Ciulę „strucie dziecka”, rozumiane jako użycie trucizny w celach aborcyjnych<sup>12</sup>. Tezie, jakoby tekst ten odnosił się do przerywania ciąży, przeczy E. Nardi, który uważa go za zbyt niejasny<sup>13</sup>. A jednak także B. Łapicki dostrzega w ustawodawstwie Romulusa zakaz spędzania płodu<sup>14</sup>, co więcej, powołując się na przekaz Dionizjusza z Halikarnasu twierdzi, że inna ustawa królewska (ustawa o porzucaniu i zabijaniu dzieci) ograniczała *patria potestatis* ojców rodzin w zakresie pozbawiania życia „płodu”, „potomka” niezależnie od stopnia pokrewieństwa<sup>15</sup>. W tym miejscu podkreślić należy, że *pater familias* (ojciec rodziny, naczelnik rodziny)

w starożytnym Rzymie był człowiekiem czuwającym nad szeroko pojętą rodziną, któremu podporządkowani byli wszyscy jej członkowie nieposiadający statusu *sui iuris*. Sytuacji, w których *pater familias* sprawował władzę ojcowską nad dzieckiem, z którym łączyło go dal-  
sze pokrewieństwo, mogło więc być wiele. Działo się tak m.in. w przy-  
padku adopcji (choć tutaj prawo uznawało pokrewieństwo kognicyjne  
w linii prostej pierwszego stopnia)<sup>16</sup>, czy też w przypadku dziecka po-  
czętego a jeszcze nienarodzonego, którego matka z jakiegoś powodu  
nie wyszła spod władzy swego ojca (nie przeszła pod władzę męża).  
Taka sytuacja mogła zaistnieć, jeśli ciężarna kobieta była niezamężna  
(i nie istniało domniemanie, że ojcem dziecka jest jej były mąż). Dzie-  
ci poczęte poza małżeństwem traktowano bowiem jako „niemające  
ojca” i po narodzeniu od razu zyskiwały one status *sui iuris*<sup>17</sup>. Jed-  
nakże do czasu narodzin dziecko uznawano za *partus mulieris* (część  
ciała matki)<sup>18</sup>, a w konsekwencji podlegało ono w tym czasie temu  
samemu ojcu rodziny co matka. Na tej samej zasadzie *patriae potesta-  
tis* nad nienarodzonym dzieckiem kobiety zamężnej, która pozostała  
pod władzą dotychczasowego ojca rodziny<sup>19</sup>, sprawował *pater familias*  
matki. Jako podstawę interpretacji, w myśl której ustawa Romulusa  
zabraniała także przerywania ciąży, B. Łapicki wskazuje padające rze-  
komo w tekście γεννήμα. Jest to jednak forma niezna-  
na słownikom.



[35] Πρῶτον μὲν εἰς ἀνάγκην κατέστησε τοὺς οἰκῆτορας  
αὐτῆς ἅπασαν ἄρρενα γενεᾶν ἐκτρέφειν καὶ θυγατέρων τὰς  
πρωτογόνους, ἀποκτινῦναι δὲ μηδὲν τῶν [38] γεννωμένων  
νεώτερον τριετοῦς, πλὴν εἴ τι γένοιτο παιδίον ἀνάπηρον ἢ  
τέρας εὐθὺς ἀπὸ γονῆς. Ταῦτα δ' οὐκ ἐκώλυσεν ἐκτιθέναι τοὺς  
γειναμένους ἐπειδείξαντας πρότερον πέντ' ἀνδράσι τοῖς ἔγγιστ'  
οἰκοῦσιν, ἐὰν κάκεῖνοις συνδοκῆ. Κατὰ δὲ τῶν μὴ πειθομένων τῶ  
νόμῳ ζημίας ὤρισεν ἄλλας τε καὶ τῆς οὐσίας αὐτῶν τὴν ἡμίσειαν  
εἶναι δημοσίαν,<sup>20 21</sup>.

Analiza tekstu Dionizjusza wskazuje, że formę tę B. Łapicki wy-  
wodził błędnie lub, co bardziej prawdopodobne, powstała ona przez  
omyłkę w pisowni. Jednak w rzeczonym fragmencie rzeczywiście  
mowa jest o zakazie zabijania i porzucania przez ojca rodziny potom-  
stwa przed ukończeniem przez nie trzeciego roku życia, a padające  
w wersji 38 γεννωμένων jest formą pochodną od τό γέννημα ozna-  
czającego „to, co zostało poczęte”, czy też szerzej „dziecko”<sup>22</sup>. Taka  
konstrukcja pozwala domniemywać, że zakaz w istocie obejmował  
także kwestię przerywania ciąży (pozbawiania życia przyszłego po-  
tomka), co byłoby zgodne także z omówioną wyżej ustawą pozwala-  
jącą oddalić żonę, która spędziła płód. Także tekst w języku łacińskim  
posługuje się terminem *foetum*<sup>23</sup>, co również wskazuje na interpretację  
w kierunku objęcia ustawową ochroną także dzieci nienarodzonych.

16 Więcej na temat adopcji w prawie rzymskim zob. W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérier, *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, Warszawa 2013, s. 207–212.

17 Dzieci zrodzone w związkach nietrwałych lub konkubinacie nie wchodziły pod władzę ojca. Dopiero za czasów cesarza chrześcijańskich stworzono możliwość uznania potomstwa z konkubinatu (*liberi naturales*) za dzieci małżeńskie (tzw. *legitimatio per subsequens matrimonium*) w ramach zachęty do rezygnacji z konkubinatu na rzecz małżeństwa (zob. W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérier, dz. cyt., s. 229; K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie*, Warszawa 1976, s. 247; W. Wołodkiewicz, M. Zablocka, *Prawo rzymskie. Instytucje*, Warszawa 2014, s. 107).

18 Niemniej jednak określenie *partus* nie oznacza, że *nasciturusowi* nie przysługiwała żadna samodzielna egzystencja prawna. Zob. W. Waldstein, *Problem interpretacji źródła a statusu dziecka w tonie kobiety (nasciturus)*, ZP [UKSW], t. 6, nr 2 (2006), s. 16. Zob. także *Prawo rzymskie. Słownik encyklopedyczny*, red. W. Wołodkiewicz, Warszawa 1986, s. 114, v. *partus*. Dopiero urodzenie się dziecka w małżeństwie sprawiło, że wchodziło ono pod władzę ojca (por. W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérier, dz. cyt., s. 206, 215).

19 Taka sytuacja była możliwa w przypadku zawarcia małżeństwa *sine manu*, które nie zmieniło niczego w przynależności rodzinnej kobiety (żony). Co ważne, możliwość zawarcia małżeństwa bez uzyskania przez męża władzy nad żoną istniała już w epoce Ustawy XII Tablic. Por. H. Insadowski, *Rzymskie prawo małżeńskie a chrześcijaństwo*, Lublin 1935, s. 84–88; K. Kolańczyk, dz. cyt., s. 236.

20 *Dionysii Halicarnassensis antiquitatum Romanorum quae supersunt*, rec. A. Kiessling, Parisiis 1886, s. 80 (Dion l.2, 15, 2, w. 35–44).

21 “(Romulus) ustanowił wobec mieszkańców przymus wychowywania od najmłodszych lat całego męskiego potomstwa oraz pierworodnych córek. Nakazał też aby nie zabijać ani jednego dziecka, które zostało poczęte i młodszego niż trzy lata. Chyba że małe dziecko rodzi się kalekie albo jest potworne od urodzenia. Z tych powodów - po wcześniejszym pokazaniu [dziecku] pięciu mieszkającym w bliskim sąsiedztwie mężczyznom i jeśli te osoby również uznają to za słuszne - nie powstrzymuje się rodziców przed porzucaniem noworodków. Wobec nieposłusznych prawu zarządził kary, między innymi taką, że połowa ich majątków stanie się własnością publiczną” (tłum. własne). Zob. też przekład A. Tarwacka, dz. cyt., s. 237.

22 Por. H. Liddell, R. Scott, *Greek-English Lexicon*, Oxford 1883 (dalej: LS), s. 305; *Słownik grecko-polski*, red. Z. Abramowiczówna, t. 1, Warszawa 1958–1965, s. 460.

23 Por. *Dionysii...*, s. 80.

24 Por. A. Ziółkowski, dz. cyt., s. 458.

25 Tekst łaciński według: FIRA, s. 10 (Marcellus l. 28 digestorum, D. 11,8,2).

26 „Ustawa królewska nie zezwała na pochowanie kobiety, która zmarła będąc ciężarną, zanim nie wydobędzie się z niej płodu; o tym, kto uczyniłby przeciwnie, sądzono, iż razem z ciężarną zabił przyszlą istotę żywą” (A. Tarwacka, dz. cyt., s. 243) (Marcellus, D. 11,8,2).

27 Należy pamiętać, że prawo sakralne stanowiło część rzymskiego prawa publicznego, co było konsekwencją uznania pogańskiej religii za instytucję państwową. Stąd pierwotnie sprawy związane z religią leżały w kompetencjach królów. Choć C.G. Bruns nie umieścił omawianego passusu w katalogu *ius sacrum*, nie wyklucza to religijnych podstaw tej regulacji (por. FIRA, s. 8–10). Więcej na temat *ius sacrum* w prawie rzymskim zob. H. Insa-dowski, *Res sacrae* w prawie rzymskim, Lublin 1931, s. 9 i n.

28 J. Gaudemet, *Les institutions de l'Antiquité*, Paris 1967, s. 381.

29 Szczególnie inskrypcja z Dellos (I w. przed Ch.) jako przeszkodę do wkroczenia do świątyni właśnie Apollona wskazuje do spędzenie płodu w ciągu ostatnich czterdziestu dni (zob. *The Oxford Classical Dictionary*, red. S. Hornblower, A. Spawforth, Oxford 2003, s. 1, v. *abortion*; J. Rominkiewicz, *Czy w prawie ateńskim istniał zakaz aborcji?*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Prawo”, nr 314, Wrocław 2012, s. 21. O tej i innych inskrypcjach szerzej E. Nardi, dz. cyt., s. 132–134, 191–193, 213–214, 394–395; K. Kapparis, *Abortion in the Ancient World*, London 2002, s. 169–174). O niegodności przekroczenia progów świątyni czytamy też m.in. w tragedii *Eumenidy* Ajschylosa, gdzie bóg Apollon wygłasza pełną złości mowę do próbujących przekroczyć próg świątyni erynii (bogin zemsty). Apollon porównuje erynie do matki zabijającej dziecko w swym łonie, co czyni ją niegodną przestąpienia progów świątyni (por. Αισχυλου, *Ευμεινιδες*, [w:] *Τραγωιδιαι*, Lipsiae 1903, w. 185–190).

30 B. Łapicki, *Władza ojcowska...*, s. 103.

31 Zob. W. Osuchowski, dz. cyt., s. 39.

Wobec powyższego warto mieć na uwadze, że spójność regulacji przypisywanych królom rzymskim rzeczywiście może stanowić argument przemawiający za ich autentycznością.

Prócz ustaw Romulusa uwagi wymaga także pozostawiony przez Marcellusa passus dotyczący ustawy królewskiej Numy Pompiliusza (panował 715–672 przed Chr.)<sup>24</sup>:

» *Negat lex regia, mulierem, quae praegnas mortua sit, humari, antequam partus ei excidatur; qui contra fecerit, spem animantis cum gravida peremisse videtur*,<sup>25 26</sup>.

Prawodawstwo Numy nakazywało więc wydobycie dziecka z ciała kobiety, jeżeli ta zmarła przed porodem. Choć o nienarodzonym dziecku mówi się jako o „przyszłej istocie”, to znamieny jest fakt, że obligatoryjnie, w każdym przypadku, gdy wiadomo, że zmarła była brzemienna (a więc niezależnie od etapu ciąży), należało podjąć działania w kierunku uratowania życia dziecka. Próba uratowania jednego z dwóch istnień wydaje się najbardziej prawdopodobnym wyjaśnieniem regulacji, na co wskazuje zresztą sam tekst (*qui contra fecerit, spem animantis cum gravida peremisse videtur*). Oczywiście nie musiała to być jedyna przyczyna ustanowienia takiego prawa. Z dużym prawdopodobieństwem można stwierdzić, że zakaz pochówku ciężarnej kobiety wynikał z prawa sakralnego, na co wskazuje J. Gaudemet. W jego opinii *leges regiae*, przypisywane Numie Pompiliuszowi, miały przede wszystkim formę sakralną<sup>27</sup>, a co za tym idzie rozporządzenia zawarte w ustawach królewskich wywodzą swe korzenie z antycznej religijności<sup>28</sup>. Z dużą dozą prawdopodobieństwa można założyć, że religijność ta odnosiła się do pochówku kobiety brzemiennej, skoro ściśle regulowała także takie kwestie, jak zakaz wchodzenia do świątyni przez kobiety, które poroniły lub spędziły płód<sup>29</sup>. Ponownie należy jednak podkreślić, że kluczowe dla interpretacji passusu Marcellusa zdaje się być stwierdzenie o pozbawieniu życia nie tylko kobiety, ale i drugiej istoty. O doniosłości ustanowionego przez króla prawa świadczy fakt, że ustawa zakazująca pochówku kobiety ciężarnej obowiązywała nadal jeszcze w czasach republiki<sup>30</sup>.

Trudno powstrzymać się od pytania o cel, jakiemu służyć miał zakaz przerywania ciąży, wprowadzony w czasach królewskich. Sankcje, jakie groziły za spędzenie płodu, z pewnością były dotkliwe – zarówno dla kobiet zagrożonych oddaleniem, jak i mężczyzn (ojców rodzin), którzy za nadużycie władzy ojcowskiej mogli utracić majątek. Wobec samych tylko źródeł literackich zdecydowanie odrzucić można hipotezę o chęci otoczenia szczególną pieczę nienarodzonego dziecka. Biorąc pod uwagę, że ustawy królewskie zawierały także przepisy sakralno-prawne<sup>31</sup>, nie można wykluczyć, że zakaz ten wiązał się ze wspomnianymi wcześniej inskrypcjami, które wskazują, że kobieta,

która poroniła lub poddała się aborcji, przez pewien czas uważana była za „nieczystą”<sup>32</sup>. Drugim powodem mogła być prowadzona przez królów rzymskich polityka ludnościowa zwalczająca wyludnienie, na co zwraca uwagę B. Łapicki. Władcom zależało bowiem na zapewnieniu sobie wystarczających zasobów ludzkich dla utrzymania wojska i gospodarki, czemu jednak nie sprzyjała sytuacja ekonomiczna i warunki życia ludności. Te zaś nierzadko były przyczyną zabijania lub porzucania dzieci – konieczne było zatem ograniczenie władzy ojca rodziny w gestii dysponowania życiem i śmiercią potomka<sup>33</sup>. Odnośnie pierwszej regulacji, która pozwalała oddalić żonę winną przerwania ciąży, podstawowym wykroczeniem było z pewnością naruszenie godności męża poprzez pozbawienie go potomka<sup>34</sup>. Warto w tym kontekście odnotować, że skoro ojciec rodziny nie miał prawa zdecydować o przedwczesnym zakończeniu ciąży, to pod dużym znakiem zapytania stają domniemania o rzekomej legalności aborcji w czasach klasycznych, o ile by była ona przeprowadzona za zgodą męża.<sup>34</sup>

## 2. ASPEKTY PRAWNE CIĄŻY I PORODU

Pozycja dziecka poczętego w kulturze – zarówno etycznej, jak i prawnej, nie jest desygnowana wyłącznie normami dotyczącymi możliwości przerywania ciąży. Mimo że kwestia dopuszczalności aborcji zdaje się być swoistym spoiwem wszelkich rozważań, pamiętać należy, że stosunek prawa do nienarodzonego człowieka wyznaczają także te regulacje, które normują kwestie opieki nad brzemienną kobietą, zabezpieczają możliwość dziedziczenia czy decydują o statusie, jaki dziecko otrzyma po narodzeniu w zależności od tego, jaka była sytuacja jego rodzica w chwili poczęcia. Regulacje, których celem może zdawać się zabezpieczenie rodziców, zadbanie o interesy ojca czy państwa, nie tylko *de facto*, ale i *de iure*, spełniają także funkcję środka ochrony interesów nasciturusa. Prawo rzymskie w kwestii dziecka poczętego skupiało się na zabezpieczeniu jego pozycji po narodzinach, nie zaś wyłącznie na ochronie jego bytu przed narodzeniem.

Głównym celem rzymskiego małżeństwa było posiadanie potomstwa<sup>35</sup>. Nic więc dziwnego, że pierwsze pewne, podstawowe informacje rzutujące na inne regulacje związane z ciążą i statusem rozwijającego się dziecka znajdziemy już w słynnej Ustawie XII Tablic (V w. przed Chr.) – konsolidacji prawa zwyczajowego, uznawanej za pierwszą znaną kodyfikację prawa rzymskiego, której fundamentalnego znaczenia dowodzi już sam fakt, że formalnie nigdy nie została uchylona<sup>36</sup>. Na marginesie warto zauważyć, że w przekazach autorów rzymskich tradycyjnie przyjmowano, że Grecy mieli bezpośredni wpływ na powstanie i treść Ustawy XII Tablic<sup>37</sup>. Jakkolwiek współcześnie doktryna podchodzi do tych twierdzeń z rezerwą, z pewnością rację miał F. Schultz twierdząc, że nawet gdyby przyjąć, że ustawa stanowiła twór

32 *The Oxford Classical...*, s. 1, v. *abortion*.

33 B. Łapicki, *Władza ojcowska...*, s. 7–8. Więcej na temat ograniczeń władzy ojca rodziny nad potomkami w czasach królewskich tamże, s. 1–84.

34 Podobnie F. Dölger, dz. cyt., s. 38.

35 Na ten temat B. Łapicki, *Władza ojcowska...*, s. 102–103.

36 O. Jurewicz, L. Winniczuk, *Starożytni Grecy i Rzymianie w życiu prywatnym i państwowym*, Warszawa 1973, s. 44.

37 Więcej na temat *Lex XII Tabularum* zob. M., J. Zabłoccy, *Ustawa XII Tablic. Tekst, tłumaczenie, objaśnienia*, Warszawa 2003, s. 5–12; R. Taubenschlag, dz. cyt., s. 31–33.

38 Tradycja opowiada o delegacji wyprawionej do Aten w celu zapoznania się z tamtejszym ustawodawstwem (Titus Livius, *Ab Urbe condita*, 3,31–34), tudzież prośbie decemwirów skierowanej do miast greckich o udostępnienie wzorów ich ustaw (Pomponius, *Enchiridion*, D. 1,2,2,3–4). Akursjusz spisał wręcz relację ze spotkania Greków i Rzymian (Accursius, *Glossa in Digestum vetus*, ad D. 1,2,2,4), w której to podczas rozmowy na mięgi Grek miał opowiadać o Bogu w Trójcy Jedynym, a Rzymianin odgrażać się sądząc, że rozmówca swymi gestami chce go sprowokować. Obaj byli przekonani o pełnym wzajemnym zrozumieniu. Por. W. Wołodkiewicz, *Greckie wpływy na powstanie Ustawy XII tablic (na marginesie glosy Accursiusa do D.1,2,2,4)*, „Prawo Kanoniczne. Kwartalnik prawno-historyczny” (dalej: PK), t. 37, nr 3–4 (1994), s. 39–45, tu s. 40–41.

39 F. Schulz, *Prinzipien des Römischen Rechts*, München 1934, s. 4 i n.

40 Tekst łaciński według: S. Riccobono (*Fontes Iuris Romani Anteiustiniani*, I, 2, Florentiae 1968, s. 21–75) na podstawie M., J. Zabłocki, dz. cyt., s. 28.

41 „Dowiedziałem się, że kobieta urodziła w jedenastym miesiącu po śmierci męża. I powstała sprawa, jakoby poczęła po śmierci męża, ponieważ decemwirowie napisali, że w ciągu dziesięciu miesięcy [od poczęcia] rodzi się człowiek, nie w jedenastym” (Tamże, s. 29).

42 Więcej na temat prawniczych i nieprawniczych przekazów dotyczących długości trwania ciąży zob. P. Niczyporuk, A. Talecka-Niczyporuk, *Prawne aspekty czasu trwania ciąży w starożytnym Rzymie*, [w:] *Kobieta – Etyka – Ekonomia*, red. E. Ozorowski, R.Cz. Horodeński, Białystok 2009, s. 115–119; J. Zabłocki, „*Postumus*” w „*Noctes Atticae*” *Aulusa Gelliusa*, PK, t. 40, nr 1–2 (1997), s. 255–261.

43 Por. A.R. Jurewicz, *Problem domniemanie w rzymskim ius quod ad personas pertinet*, Olsztyn 2009, s. 62.

44 B. Łapicki, *Prawo rzymskie*, Warszawa 1948, s. 249.

45 Okres koncepcyjny miał znaczenie nie tylko w przypadkach stwierdzenia ciąży i narodzenia się dziecka po rozwodzie czy po śmierci ojca. W *Digestach* znajdujemy opinię Julianusa, w myśl której „byłoby krzywdzące i niesprawiedliwe, gdyby komuś, kto przez długi czas przebywał poza domem, a po powrocie zastał żonę w ciąży i z tego powodu ją odprawił, urodził się prawowity spadkobierca [...]” (D. 25, 3, 1, 14). Wszelkie przekłady passusów pochodzących z *Digestów* podaję cytując: *Digesta Iustiniani. Digesta Justyniańskie – tekst i przekład*, t. I, II, IV, V.1, V.2, VI.1, VII.1, VII.2, przeł. T. Palmirski i in., Kraków 2013–2017.

specyficznie rzymski, to i tak można by mówić o silnym wpływie greckim, który przejawiał się zarówno w poszczególnych rozwiązaniach prawnych, jak i w samej idei kodyfikacji, która była obca mentalności prawnej Rzymian<sup>38</sup>. Grecki wpływ – pośredni czy bezpośredni – na kształt ustawodawstwa rzymskiego wskazuje na ogromne przenikanie się świata Greków i Rzymian w niemal każdym aspekcie.

Choć ustawa w swej treści regulowała znaczny zakres spraw, to uwagi wymaga szczególnie punkt 4 tablicy IV, który w brzmieniu przedstawionym przez S. Riccobono za Gellusem głosi następująco:

*Gellius 3,16,12: comperi, feminam – in undecimo mense post mariti mortem peperisse, factumque esse negotium, quasi marito mortuo postea concepisset, quoniam decemviri in decem mensibus gigni hominem, non in undecimo scripsissent,*<sup>39 40</sup>.

Tym sposobem w Ustawie XII Tablic Rzymianie uregulowali kilka kwestii za pomocą jednego ustępu. Przede wszystkim określono czas trwania ciąży, co do którego uznano, że nie może on być dłuższy niż 10 miesięcy. Jest to zbieżne z obliczeniami Hipokratesa, który ustalił, że ciąża trwa nie mniej niż 182 i nie więcej niż 300 dni. Ponadto, przekazy pozostawione przez jurystów rzymskich wskazują, że choć zdarzały się wyjątki, to właśnie okres 10 miesięcy był w pełni akceptowany jako najdłuższy prawidłowy okres trwania ciąży<sup>41</sup>. Po drugie, ustawa wyznaczyła kryterium, wedle którego można ustalić, czy dziecko pochodzi z prawego łoża (czy jest urodzone nie później niż 10 miesięcy po rozwiązaniu małżeństwa). Tym samym Ustawa XII Tablic wprowadzała w Rzymie zasadę domniemanie ojcostwa<sup>42</sup>. Trzecią kwestią, na którą będzie miało wpływ ustalenie w Ustawie XII Tablic granicy okresu koncepcyjnego, będzie dziedziczenie, którego właściwe omówienie wymaga jednak odrębnego artykułu. Niemniej jednak nadmienić należy, że od tego czy dziecko narodziło się przed upływem 10 miesięcy od śmierci męża matki zależało, czy zostanie dopuszczone do dziedziczenia jako pogrobowiec. Postanowienia Ustawy XII Tablic są zatem podstawą dla wszelkich późniejszych regulacji rzymskich, które co do zasady objęcie dziecka poczętego szczególną ochroną prawną uzależniały od jego statusu dziecka poczętego w uznanym przez prawo małżeństwie, co pokażą także omawiane niżej akty prawne.

Tak jak dziś, tak i w starożytnym Rzymie odróżniano pojęcie ojcostwa jako wynikające z prawa natury (ojcem jest ten, kto spłodził dziecko) i pojęcie władzy ojcowskiej, nabywanej na mocy prawa cywilnego. Stąd przyjęto, że *patriae potestatis* nad narodzonym dzieckiem roztacza ojciec dziecka uznany w świetle prawa, czyli ślubny mąż matki<sup>43</sup>, na którego dodatkowo wskazuje także okres koncepcyjny<sup>44</sup>. Nie jest jednak domeną czasów współczesnych fakt, że niekiedy

władza publiczna musi rozstrzygać spór małżonków w kwestii pochodzenia dziecka. Tematyka związana z niechęcią męża do uznania dziecka czy próbą podstawienia przez żonę obcego dziecka nie była obca Rzymianom. Ponieważ *patriae potestatis* nad dzieckiem wiązało się m.in. z obowiązkiem utrzymywania go<sup>45</sup>, rozstrzygnięcie w kwestii uznania dziecka niosło ze sobą znaczne konsekwencje. Zagadnienie to zostało zatem uregulowane w uchwale senatu *Plancianum de liberis agnoscendis*<sup>46</sup>. Nie znamy dokładnej daty jej wejścia w życie, choć jest pewne, że została uchwalona przed panowaniem Hadriana (117–138 r. po Chr.), a prawie pewne, że w trakcie panowania Trajana (98–117 r. po Chr.). Wskazuje na to z jednej strony wydanie za czasów Hadriana postanowień uzupełniających do uchwały (o czym dalej), a z drugiej strony brak znajomości aktu przez Trajana, przynajmniej na pewnym etapie jego rządów<sup>47</sup>.

Jak już wskazano, *SC Plancianum* regulowała kwestię uznawania dzieci (*de liberis agnoscendis*). Lektura komentarza Ulpiana, dzięki któremu znamy treść uchwały, dość jednoznacznie wskazuje też cel uregulowania tej kwestii, a mianowicie zabezpieczenie, w zależności od sytuacji, interesów męża lub żony, ale przede wszystkim interesu dziecka. Nie znajdziemy w *SC Plancianum* ani jednego rozwiązania, które mogłoby nieść ze sobą negatywne konsekwencje dla nasciturusa.

Postępowanie na mocy uchwały przewidywało, że kobieta (albo ojciec, pod którego opieką ona pozostaje) podejrzewająca, że jest w ciąży, winna powiadomić o tym swego byłego męża (albo jego ojca, jeżeli ten ma nad nim władzę) w ciągu trzydziestu dni od rozvodu:

” *Permittit igitur mulieri parentive, in cuius potestate est vel ei, cui mandatum ab eis est, si se putet praegnatem, denuntiare intra dies triginta post divortium connumerandos, ipsi marito vel parenti, in cuius potestate est, aut domum denuntiare, si nullius eorum copiam habeat,*<sup>48 49</sup>.

Dalsze postępowanie zależne było od reakcji mężczyzny, gdyż na tym etapie samo powiadomienie o ciąży stanowiło dopełnienie obowiązków ze strony kobiety. O ile więc mąż nie odpowiedział w żaden sposób na zawiadomienie żony, to na mocy *SC Plancianum* uznawano, że ma on obowiązek alimentacyjny wobec dziecka i nakładano na niego obowiązek utrzymywania go. Działała tu więc zasada zgodnie z którą *qui tacet, consentire videtur* – kto milczy, ten zdaje się zgadzać.

” *Denuntiare autem hoc tantum esse mulierem ex eo praegnantem. Non ergo hoc denuntiat, ut mittat custodes maritus: sufficit enim mulieri hoc notum facere, quod sit praegnas. Mariti est iam aut mittere custodes aut ei denuntiare, quod non sit ex se praegnas: [...] 4. Poena autem mariti ea est, ut, nisi*

<sup>46</sup> Zob. F. Wycisk, *Obowiązek alimentacyjny i wychowawczy w prawie rzymskim okresu królewskiego*, „Roczniki Teologiczno-Kanoniczne”, t. 10, z. 4 (1963), s. 227.

<sup>47</sup> Ulpianus, D. 25, 3, 1 pr.: *Senatus consultum, quod factum est de liberis agnoscendis, duas appecies complectitur, unam eorum qui agnoscunt, aliam earum quae falsum partum subiciunt*. Tłum.: „Uchwała senatu, którą podjęto w sprawie uznawania dzieci, obejmuje dwa przypadki: pierwszy dotyczy mężczyzn, którzy uznają dzieci za swoje, drugi kobiet, które podsuwają [do uznania] cudze dziecko jako własne”.

<sup>48</sup> Jak za F. Lanfranchim podaje P. Nicyporuk, brak znajomości przez cesarza Trajana *SC Plancianum* widoczny jest w jego korespondencji z Pliniuszem (zob. Plin. Ep. 10, 72 i 73. [w:] *Korespondencja Pliniusza Młodszego z cesarzem Trajanem. Tekst i tłumaczenie*, przeł. A. Dębiński, M. Jońca, I. Leraczyk, A. Łuka, Lublin 2017, s. 338–341), gdzie prosi o wskazanie treści przepisu, o którego możliwość zastosowania pyta Pliniusz. Z listu Pliniusza wynika, że prawdopodobnie to właśnie wtedy po raz pierwszy zastosowano *SC Plancianum*, co wskazuje, że pochodzi ona z okresu trajańskiego. Zob. P. Nicyporuk, *Prywatnoprawna ochrona dziecka poczętego w prawie rzymskim*, Białystok 2009, s. 73; F. Lanfranchi, *Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto Romano*, t. 1: *L'agere 'ex senatusconsultis de partu agnoscendo'*, Bologna 1953, s. 5; A. Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953, s. 699, v. *Senatusconsultum Plancianum*.

<sup>49</sup> Tekst łaciński według: Ulpianus, D. 25, 3, 1, 1.

<sup>50</sup> „W związku z tym, jeśli kobieta sądzi, że jest w ciąży, uchwała pozwala jej albo ojcu, pod którego władzą pozostaje, lub temu, kto dostał od nich takie zlecenie, powiadomić o tym w ciągu trzydziestu dni, licząc od dnia rozvodu, [byłego] męża albo ojca, pod którego władzą on pozostaje, lub – jeśli nie mogłaby znaleźć żadnego z nich – oznajmić to w domu [męża]” (*Digesta Iustiniani...*).



51 Tekst łaciński według: Ulpianus, D. 25, 3, 1, 3 i 4.

52 „Powiadomić” oznacza zaś, że kobieta winna jedynie przekazać mężowi wiadomość, że jest z nim w ciąży. Nie wzywa zatem męża do tego, by przysłał osoby pilnujące jej w czasie ciąży. Wypełnia w całości swój obowiązek powiadamiając go o tym, że jest w ciąży. Do męża należy wtedy wysłanie [do niej] nadzorców lub oświadczenie jej, że ciąża nie pochodzi od niego. [...] 4. Gdyby zaś mąż ani nie wysłał wcześniej (przed przyjściem dziecka na świat) nadzorców, ani nie oświadczył w odpowiedzi na powiadomienie, że ciąża nie pochodzi od niego, karą jest to, iż musi on uznać dziecko za swoje. Jeśliby zaś nie uznał, zostanie do tego zmuszony w trybie pozaprosesowym [przez pretora wymuszającego posłuch dla swoich zarządzeń]” (*Digesta Iustiniani...*).

53 Kwestia dziedziczenia przez dziecko, co do którego toczyło się wcześniej postępowanie w trybie *SC Plancianum*, jest dwojaka. Jeżeli bowiem mężczyzna był zmuszany przez pretora do uznania dziecka, to uznanie to wiązało się z nałożeniem obowiązku alimentacyjnego, niekoniecznie zaś z uznaniem, że dziecko jest rzeczywistym potomkiem i dopuszczeniem go do dziedziczenia. Jeżeli jednak uznanie nie nastąpiło przymusowo, to dziecko – jako uznane za pochodzące z *iustum matrimonium*, musiało zostać zaliczone w poczet *sui heredes*. Zob. H. Insadowski, *Rzymskie prawo małżeńskie...*, s. 252–253.

54 Poprzez „podsunięcie dziecka” rozumie się tutaj nie tylko symulację ciąży i przedstawienie obcego dziecka jako własne, ale także podmiągę zmarłego noworodka na inne, żywe dziecko czy też żywo urodzonego dziecka na inne. Por. P. Niczyporuk, *Prywatnoprawna ochrona dziecka poczętego...*, s. 106.

55 Tamże, s. 78–93; A. Berger, dz. cyt., s. 699, v. *Senatusconsultum Plancianum*.

56 Tekst łaciński według: Ulpianus, D. 25, 3, 1, 4.

57 „[Mąż] Powinien zatem odpowiedzieć, że [była żona] nie jest z nim w ciąży, albo taka odpowiedź powinna być udzielona w jego imieniu. Jeśli tak się stało, nie będzie musiał uznawać dziecka, chyba że faktycznie będzie ono jego dzieckiem” (*Digesta Iustiniani...*).

*aut custodes praemisericit aut contra denuntiaverit non esse ex se praegnatem, cogatur maritus partum agnoscere: et, si non agnoverit, extra ordinem coercetur*,<sup>50 51</sup>.

Uznanie twierdzenia żony za prawdziwe, w przypadku milczenia byłego męża, wyraźnie wskazuje na ochronę interesu matki, a jeszcze bardziej na ochronę interesu nienarodzonego dziecka. W przypadku, gdyby w rzeczywistości było ono dzieckiem pozamałżeńskim, brak zaprzeczenia ze strony ojca skutkowało przecież nałożeniem na niego obowiązków względem dziecka i otwarciem dziecku drogi do dziedziczenia po nim<sup>52</sup>. W takiej sytuacji dziecko pozamałżeńskie mogło uzyskać nienależne mu prawa i przywileje, co jednak było mniej niesprawiedliwe od dopuszczenia możliwości, w której prawowity potomek zostałby pozbawiony rzeczywiście należnych mu praw. W przypadku wątpliwości (w tym wypadku w przypadku braku zajęcia stanowiska przez stronę przeciwną) prawo rozstrzygało więc na korzyść nasciturusa. Warto podkreślić, że milczenie mężczyzny powodowało przyznanie praw dziecku w sposób bezwzględny: mąż nie miał już możliwości odwołania się od decyzji, a pretor miał prawo zmusić mężczyznę pod groźbą kary do uznania dziecka (*et, si non agnoverit, extra ordinem coercetur*). Jako jeden z powodów takiego rozwiązania można zapewne wymienić troskę o środki do życia dla matki i dziecka, jakie miał obowiązek zapewnić ojciec. O dobro dziecka troszczono się więc jeszcze przed jego narodzeniem, niejako przygotowując mu właściwe jego pochodzeniu warunki do życia i dbając, by konflikt rodziców nie spowodował uszczerbku należnych mu praw.

Były mąż, prócz pozostawania biernym, miał oczywiście prawo zaprzeczyć twierdzeniom żony (zaprzeczyć, że ciąża pochodzi od niego) lub wysłać do niej nadzorców (*custodes*), którzy będą sprawować pieczę nad matką i pilnować, by nie doszło do podsunięcia dziecka<sup>53</sup> – mogło się bowiem zdarzyć, że kobieta symuluje ciążę w celu uzyskania korzyści materialnej od ojca<sup>54</sup>. Zgodnie z *SC Plancianum* podjęcie któregośkolwiek z wymienionych działań skutecznie uwalniało mężczyznę od konieczności uznania dziecka. Wyjątkiem była sytuacja, w której jednak udowodniono, że dziecko pochodzi od niego – również wówczas pretor miał prawo zmusić go do uznania dziecka, nawet wbrew jego twierdzeniom:

» *Debebit igitur respondere, non esse ex se praegnatem, aut nomine eius responderi: quod si facum fuerit, non alias necesse habebit agnoscere, nisi vere filius fuerit*,<sup>55 56</sup>.

W *SC Plancianum* widać zatem dość wyraźnie wolę zapewnienia nienarodzonemu dziecku maksimum ochrony jego interesów. W zasadzie pretor bardziej dbał o to, by ojciec nie mógł odrzucić swojego

pełnoprawnego potomka, któremu należała się stosowna opieka i prawa, niż o to, by była żona nie podsunęła mężowi obcego dziecka.

Pomimo tej wyraźnej gradacji zakresu ochrony zainteresowanych osób, także interesy ojca były w uchwale dość dobrze zabezpieczone. Uniemożliwienie przez kobietę obserwacji ciąży powodowało bowiem orzeczenie na korzyść męża:

» *Sed si maritus ultro custodes offerat et ea non admittat, vel si non denuntiaverit mulier, aut si denuntiaverit quidem, custodes autem arbitrio iudicis non admiserit, liberum est marito parentive eius partum non agnoscere,*<sup>57 58</sup>

Niemniej jednak dalsza lektura wskazuje, że nawet jeśli kobieta w ciągu rzeczonych trzydziestu dni nie powiadomiła stosownych osób o ciąży, „to, gdy robi to później, powinna po uprzednim rozpoznaniu sprawy zostać [mimo to] wysłuchana”<sup>59</sup>. Co więcej, „nawet jeśli kobieta w ogóle nie powiadomiła o swym stanie, to, jak twierdzi Julianus, nie szkodzi to dziecku, które urodzi”<sup>60</sup>. Stąd też „jeśli kobieta po rozwodzie nie dopełniła tego, co nakazuje uczynić uchwała senatu, tak że ojciec ma prawo nie uznać dziecka, nie oznacza to, że syn nie może twierdzić, że jest jego dzieckiem, a jedynie to, że ojciec tylko wtedy jest zmuszony go utrzymywać, jeśli stwierdzono z pewnością, że jest on jego synem”<sup>61</sup>. Wynika z tego, że w SC Plancianum przewidziano sytuację, w której matka nie potrafiła zadbać o interes swojego dziecka i – dla dobra nasciturusa – pozostawiono mu możliwość dochodzenia swych praw w przyszłości.

Słynna zasada, w myśl której *mater semper certa est: pater est, quem nuptiae demonstrant* (matka jest zawsze pewna, ojcem jest ten, na kogo wskazuje małżeństwo)<sup>62</sup>, doskonale wybrzmiewa nie tylko w SC Plancianum, ale i w uzupełniającym ją edyktie *de inspiciendo ventre custodiendoque partu*. Akt ten, najprawdopodobniej ogłoszony w okresie panowania Hadriana, a więc między 117 r. a 138 r. po Chr.<sup>63</sup>, określał procedurę postępowania po śmierci męża, w przypadku gdy jego żona zgłaszała, że jest brzemienna<sup>64</sup>. Jego treść znamy dzięki komentarzowi *Ulpiana, włączonemu w skład Digestów Justyniańskich* jako rozdział IV księgi 25, który nosi znamienity tytuł „o zbadaniu kobiety ciężarnej i ochronie dziecka poczętego” (*de inspiciendi ventre custodiendoque partu*)<sup>65</sup>. Poddanie się przez kobietę procedurze, której zasadniczym celem było stwierdzenie, czy rzeczywiście spodziewa się dziecka, warunkowało udzielenie *bonorum possessio ventris nomine*, a więc wprowadzenia w posiadanie majątku spadkowego decyzją pretora<sup>66</sup>. Dbałość prawa o przyznanie należytej pozycji prawowitemu dziedzicowi jest efektem wielokrotnie wspomnianego wyżej przekonania o naturalnym prawie ojca do posiadania potomka-dziedzica. Jednocześnie jednak mamy tutaj do

58 Tekst łaciński według: Ulpianus, D. 25, 3, 1, 6.

59 „Jeżeli jednak mąż z własnej inicjatywy proponuje osoby do pilnowania żony [w czasie ciąży], a ona ich nie dopuszcza albo jeśli żona nie powiadomiła męża o swym stanie lub jeśli wprawdzie go powiadomiła, ale nie dopuściła nadzorców wyznaczonych wedle uznania sędziego, wolno jest mężowi albo ojcu, pod którego władzą pozostaje, nie uznać dziecka” (Tamże, przeł. T. Palmirski i in.).

60 Ulpianus, D. 25, 3, 1, 7 (przeł. T. Palmirski i in.). Por. tekst łaciński: *Si mulier esse se praegnatem intra triginta dies non denuntiaverit, postea denuntians causa cognita audiri debet*.

61 Ulpianus, D. 25, 3, 1, 8 (przeł. T. Palmirski i in.). Por. tekst łaciński: *Quin immo et si in totum omiserit denuntiationem, Iulianus ait nihil hoc nocere ei, quod editur*.

62 Ulpianus, D. 25, 3, 1, 13 (przeł. T. Palmirski i in.). Por. tekst łaciński: *Idem per contrarium quoque ait, si mulier divortio facto non fecerit ea, quae senatus consulto praecipuntur, ut licea patri non agnoscere, non eo pertinere, ut filius natus suum se dicere non possit, sed ad id tantum, ut ita pater alere eum cogatur, si constiterit eum filium esse*.

63 Paremia ta jest skróconą wersją wypowiedzi Paulusa (D. 2, 4, 5). W postaci domniemania ojcostwa została przejęta i utrzymana przez porządku prawne wielu państw, w tym Polski. Zob. W. Bojarzski, W. Dajczak, A. Sokala, *Verba iuris. Reguly i kazusy prawa rzymskiego*, Toruń 2007, s. 45.

64 Przedział czasowy podają za P. Niczyprukiem, który przeprowadził wnikliwą analizę datowania omawianego edyktu. Zob. P. Niczypruk, *Prywatnoprawna ochrona dziecka poczętego...*, s. 78–79; tenże, Stwierdzenie ciąży (*inspectio ventris*) jako środek ochrony interesów dziecka poczętego w prawie rzymskim, „Miscellanea Historico-Iuridica” (dalej: MHI), t. 9, Białystok 2010, s. 31.

65 P. Niczypruk, *Prywatnoprawna ochrona dziecka poczętego...*, s. 76.

66 Ulpianus, D. 25, 4.

67 „Jeśli komuś uniemożliwi się badanie w celu stwierdzenia ciąży lub nadzorowanie przebiegu ciąży albo bycie obecnym podczas porodu, czy też coś zostanie dokonane, aby sprawy nie biegły w taki sposób, jak wyżej zostało określone, po zbadaniu sprawy nie udzielić dziecku, które się urodzi, dziedziczenia wedle prawa pretorskiego” (Ulpianus, D. 25, 4, 1, 10). Zob. także W. Litewski, *Słownik encyklopedyczny prawa rzymskiego*, Kraków 1998, s. 31, v. bonorum possessio.

68 P. Niczyporuk, *Stwierdzenie ciąży...*, s. 31.

69 Tekst łaciński według: Ulpianus, D. 25, 4, 1, 10.

70 „W odniesieniu do badania kobiety w celu stwierdzenia ciąży i o nadzorze nad przebiegiem ciąży oraz porodem [i późniejszym rozwojem dziecka] pretor wypowiada się następująco: „Jeśli żona po śmierci męża ogłosi, że jest w ciąży, powinna się zatroszczyć o to, żeby w ciągu miesiąca, [licząc od tej chwili], dwukrotnie powiadomić tych, których sprawa ta będzie dotyczyć, lub ich przedstawicieli, aby mogli wysłać, o ile by chcieli, kobiety, które zbadają ją w celu ustalenia, czy jest ona w ciąży. Może zaś zostać wysłanych nie więcej niż pięć wolnych kobiet i kobiety te przeprowadzą razem badanie, z zastrzeżeniem, że żadnej z nich bez zgody żony nie wolno w trakcie badania dotykać jej podbrzusza. Żona powinna odbyć poród w domu kobiety o nieposzlakowanej opinii, którą ja wskażę” (Tamże, przeł. T. Palmirski i in.).

71 *Denentiare igitur mulierem oportet his scilicet, quorum interest partum non edi, vel totam habitarius hereditatem vel partem eius sive ab intestato sive ex testamento* (Ulpianus, D. 25, 4, 1, 12, tamże, s. 410, 411). Zob. także Ulpianus, D. 25, 4, 1, 12–14, tamże, s. 410–413.

72 We wcześniejszej części komentarza Ulpian pisze o wyznaczeniu przez pretora trzech, biegłych w swej sztuce i godnych zaufania akuszerok (*obserices*). Edykt określał również procedury dotyczące akuszerok. Zob. Ulpianus, D. 25, 4, 1 pr. oraz 25, 4, 1, 5, tamże, s. 406, 408. Por. A. Berger, dz. cyt., s. 504, v. *inspicere ventrem*.

73 W komentarzu Ulpiana nie wskazano dokładnie, kiedy brzemienna powinna przeprowadzić się do kobiety wskazanej przez pretora, jednak – jak zauważa P. Niczyporuk – kontekst dość wyraźnie wskazuje, że powinno się to odbyć bez zbędnej zwłoki. Por. P. Niczyporuk, *Stwierdzenie ciąży...*, s. 32.

74 Tamże, s. 37–40.

75 Zob. Ulpianus, D. 25, 4, 1 pr.

czynienia z niezwykle silną ochroną interesów owego potomka jeszcze przed jego narodzeniem.

*Edictum de inspiciendo ventre custodiendoque partu* przewidywał trzy działania, jakie mógł zarządzić pretor w stosunku do kobiety zgłaszającej mu, że jest brzemienna. Ich celem było nie tylko potwierdzenie, że była żona rzeczywiście jest w ciąży, ale i jej dalsza obserwacja, aż do momentu porodu<sup>67</sup>. Przede wszystkim pretor miał prawo zastosować *inspectio ventris* – rodzaj badania, dzięki któremu stwierdzano fakt ciąży lub go wykluczano. O badaniu tym w kontekście omawianego edyktu pisał Ulpian:

» *De inspiciendo ventre custodiendoque partu sic praetor ait: ‘Si mulier mortuo marito praegnatem se esse dicet, his ad quos ea res pertinebit procuratorive eorum bis in mense denuntiantum curet, ut mittant, si velint, quae ventrem inspicient. Mittantur autem mulieres liberae dumtaxat quinque haeque simul omnes inspiciant, dum ne qua earum dum inspicit invita muliere ventrem tangat. Mulier in domu honesissimae feminae pariat, quam ego constitutam,*<sup>68 69</sup>.

Z informacji przekazanej przez Ulpiana wynika, że edykt zobowiązywał wdowę, która zgłaszała, że jest brzemienna, do poinformowania zainteresowanych, tudzież ich przedstawicieli prawnych, że spodziewa się wydać na świat potomka zmarłego męża. Choć sam edykt tego nie precyzował, to z dalszego komentarza Ulpiana wynika, że owymi zainteresowanymi byli wszyscy ci, „którym zależy na tym, by dziecko się nie urodziło, a zatem ci, którzy [w takiej sytuacji] mieliby otrzymać cały spadek albo jego część czy to w dziedziczeniu beztestamentowym, czy na podstawie testamentu”<sup>70</sup>. Powiadomieni mieli prawo zażądać zbadania kobiety w celu potwierdzenia, czy rzeczywiście spodziewa się ona dziecka. Badanie przeprowadzić mogło nie więcej niż pięć wolno urodzonych kobiet (jak się zdaje akuszerok)<sup>71</sup>, a jego przebieg był ściśle uzależniony od woli badanej kobiety – bez jej zgody nikt nie mógł dotknąć jej podbrzusza. O ile badanie potwierdzało stan ciąży, brzemienna przenosiła się do domu kobiety wskazanej przez pretora i tam oczekiwała na rozwiązanie<sup>72</sup>.

Regulacje wydane przez cesarzy Marka Aureliusza i Lucjusza Verusa reskryptu *Divi Fratres*, który miał charakter uzupełniający w stosunku do postanowień edyktu<sup>73</sup>, wskazują, że *inspectio ventris* przeprowadzano także w sytuacjach, gdy małżonkowie rozwodzili się, a mężczyzna podejrzewał, że kobieta może być brzemienna, mimo że ona temu zaprzeczała. Wówczas – dla ochrony interesów swoich i potomka – były mąż mógł wnosić o ustanowienie obserwacji nad byłą żoną mogącą nosić jego dziecko<sup>74</sup>. Działo to także w drugą stronę, a zatem, gdy to kobieta twierdziła, że jest brzemienna, a mąż

stanowczo temu zaprzeczał<sup>75</sup>. Wówczas to matka i jej nienarodzone dziecko zyskiwały ochronę, gdyż w przypadku stwierdzenia ciąży i szczęśliwych narodzin dziecka na ojcu ciążył obowiązek alimentacyjny, a dziecko było uznawane za pochodzące z *iustum matrimonium*<sup>76</sup>. W przypadku odmiennych twierdzeń byłych małżonków co do zaistnienia stanu ciąży pretor miał bardzo szerokie kompetencje, w tym prawo zmuszenia kobiety nie tylko do stawienia się przed nim, ale i do odpowiedzenia na pytanie, czy jest brzemienna<sup>77</sup>. Warto podkreślić, że możliwość zastosowania przymusu wyraźnie pokazuje, że władza publiczna bardzo interesowała się dzieckiem poczętym<sup>78</sup>. To z kolei wskazuje, że przyjmowana dość powszechnie teoria o traktowaniu przez Rzymian nienarodzonego dziecka wyłącznie jako „część ciała matki” jest błędna. Rację ma W. Waldstein, dowodząc m.in. na przykładzie słów Ulpiana *partus enim antequam edatur; mulieris portio est vel viscerum*<sup>79</sup>, że odnoszą się one do granicy pomiędzy okresem, w którym ojciec nie posiada jeszcze własnej władzy nad dzieckiem (przed urodzeniem), a czasem, gdy uzyskuje on nad nim władzę i może domagać się jego wydania (po urodzeniu)<sup>80</sup>. Zdecydowanie błędne byłoby zatem przyjęcie, iż uznanie nienarodzonego za *partus* odnosi się do jego stanu prawnego, a nie jedynie faktycznego. Taką wykładnię potwierdza także fakt, że wybór akuszerki zastrzeżony został dla pretora<sup>81</sup> – ani mąż, ani żona nie mają wpływu na ten wybór, a to oznacza, że interes prywatny (rodziców) jest w tym przypadku mniej ważny od interesu publicznego.

Szczegółowe wytyczne cesarzy, którzy krok po kroku określili w swym reskrypcie sposób procedowania stwierdzenia ciąży, nadzoru nad matką i przebieg porodu, są dowodem na ich szczególną troskę o nienarodzone dziecko. Trudno nie zgodzić się z opinią W. Waldsteina, że potwierdza to jasno, iż samodzielna prawna egzystencja naciaturusa była nie tylko uznawana, ale wręcz chroniona<sup>82</sup>.

Jak wspomniano wyżej, *edictum de inspiciendo ventre custodiendoque partu* przewidywał trzy działania, jakie mógł zarządzić pretor w stosunku do kobiety zgłaszającej mu, że jest brzemienna. Pierwszym z nich było omówione już *inspectio ventris*, natomiast pozostałe dwa związane były już z nadzorem nad ciążą (*custodia ventris*) oraz obserwacją porodu (*custodia partus*).

*Custodia ventris*, która swój początek wywodzi jeszcze z *SC Plancianum* polegała na bezpośredniej obserwacji kobiety będącej w ciąży. Jako cel prowadzenia nadzoru najczęściej podaje się wykluczenie możliwości podsunięcia dziecka<sup>83</sup>. Stąd też osoby wyznaczone na *custodes ventri* miały za zadanie nie tylko czuwać nad kobietą, ale i strzec miejsca jej pobytu przed porodem. W *SC Plancianum kuestia custodes ventri* została uregulowana jedynie powierzchownie. Uchwała przyznawała byłemu mężowi prawo do wysłania nadzorców mających strzec kobiety i regulowała konsekwencje, jakie niosło

76 A. Berger, dz. cyt., s. 504, v. *inspicere ventrem*.

77 Uznanie dziecka za pochodzące z *iustum matrimonium* było korzystne nie tylko dla samego dziecka (m.in. ze względu na prawo spadkowe), ale także dla matki, której w takim wypadku należały się środki na utrzymanie (P. Niczyporuk, *Rzymskie regulacje prawne związane z ochroną dziecka poczętego*, MHI, t. 8, Białystok 2009, s. 38).

78 Por. Ulpianus, D. 25, 4, 1, 2–3.

79 Nie bez znaczenia jest fakt, że pretor był urzędnikiem, który swe decyzje opierał w dużej mierze na *iustitia et aequitas* – zasadach sprawiedliwości i słuszności (por. J. Zabłocki, A. Tarwacka, *Publiczne prawo rzymskie*, Warszawa 2005, s. 52), co znowuż uwypukla nie tylko prawny, ale i etyczny aspekt otoczenia ochroną dziecka poczętego.

80 Ulpianus, D. 25, 4, 1, 1: „albowiem dziecko, zanim się narodzi, jest częścią matki czy też jej łona”.

81 W. Waldstein, dz. cyt., s. 17–18. Na podstawie tego samego passusu Ulpiana m.in. H. Insadowski formułuje tezę, jakoby dziecko nienarodzone było w prawie rzymskim wyłącznie „częścią ciała matki”, co wiązało się z faktem karania przerywania ciąży jako występku uszkodzenia ciała matki, nie zaś występku przeciwko dziecku. Zob. H. Insadowski, *Rzymskie prawo małżeńskie...*, s. 240–241.

82 Por. Ulpianus, D. 25, 4, 1, 5.

83 W. Waldstein, dz. cyt., s.17.

84 Por. P. Niczyporuk, *Prywatnoprawna ochrona dziecka poczętego...*, s. 92.

86 Nie ma pewności, czy kwestia *custodia ventris i custodia partus* rzeczywiście zostały uregulowane w edykcje *de inspiciendo ventre custodiendoque partu*. Możliwe, że zostały one unormowane w innym dokumencie, który Ulpian w swoim komentarzu połączył z edyktem ze względu na zbliżone zagadnienia. Na potrzeby pracy, za *Digestami*, gdzie zagadnienie jest omówione w rozdziale o tytule tożsamym do edyktu (D. 25, 4: *De inspiciendo ventre custodiendoque partu*) przyjęto, że również *custodia* była przedmiotem regulacji edyktu. Por. P. Niczyporuk, *Prywatnoprawna ochrona dziecka poczętego...*, s. 95

87 T Tekst łaciński według: Ulpianus, D. 25, 3, 1, 10.

88 „Żona powinna odbyć poród w domu kobiety o nieposzlakowanej opinii, którą ja wskażę. Na trzydzieści dni przed terminem, w którym, jak sądzi, poród ma nastąpić, powiadomi ona tych, których sprawa ta dotyczy, lub ich przedstawicieli, aby przysłali, o ile by chcieli, osoby, które będą nadzorować przebieg porodu w odniesieniu do dziecka, które się urodzi. W pomieszczeniu, w którym żona ma odbyć poród, nie powinno być więcej wejść niż jedno. Jeśli będzie ich więcej, [pozostałe] powinny być zamknięte z obu stron deskami. Przed wejściem do tego pomieszczenia przebywa, pilnując go, trzech wolno urodzonych mężczyzn i trzy wolno urodzone kobiety, wraz z dwiema osobami towarzyszącymi. Ilekroć kobieta ta pójdzie do tego pomieszczenia lub do innego albo do łazienki, nadzorujący, jeśli zechcą, mogą je wcześniej sprawdzić, jak również przeszukać tych, którzy tam wchodzi. Nadzorujący, którzy będą przebywać przed pomieszczeniem, [w którym odbędzie się poród], jeśli chcą, mogą przeszukać wszystkich, którzy wejdą do pomieszczenia lub do domu” (Tamże, przeł. T. Palmirski i in.).

89 P. Niczyporuk, *Prywatnoprawna ochrona dziecka poczętego...*, s. 95.

nieskorzystanie przez męża z tej możliwości (co do zasady było to uznanie dziecka). Natomiast żona niedopuszczająca do siebie *custodes*, ryzykowała utratą środków prawnych mogących zmusić mężczyznę do uznania dziecka<sup>84</sup>. W sposób szczegółowy zagadnienie *custodes ventro* regulował edykt *de inspiciendo ventre custodiendoque partu*<sup>85</sup>.

» *Mulier in domu honestissimae feminae pariat, quam ego constituam. Mulier ante dies triginta, quam parituram se putat, denuntiet his ad quos ea res pertinet procuratoribusve eorum, ut mittant, si velint, qui ventrem custodiant. In quo conclavi mulier paritura erit, ibi ne plures aditus sint quam unus: si erunt, ex utraque parte tabulis praefigantur. Ante ostium eius conclavis liberii tres et tres liberae cum binis comitibus custodiant. Quotienscumque ea mulier in id conclave aliudve quod sive in balineum ibit, custodes, si volent, id ante prospiciant et eos, qui introierint excutiant. Custodes, qui ante conclave positi erunt, si volunt, omnes quii conclavr aut domum introierint, escutiant,*<sup>86 87</sup>.

Z przytoczonego passusu wynika, że brzemienna, wobec której zastosowano *custodia ventris*, znajdowała się pod ścisłą obserwacją przez cały ostatni miesiąc ciąży. Rozpoczęcie obserwacji określony czas przed porodem miało skutecznie wykluczyć oszustwo ze strony kobiety, która twierdząc, że urodziła przedwcześnie, chciałyby podsunąć mężowi do uznania obce dziecko<sup>88</sup>. Zaangażowanie władzy publicznej w tę procedurę, m.in. poprzez wyznaczenie miejsca, gdzie kobieta będzie oczekiwać na poród, świadczy o powadze, z jaką podchodzono do kwestii potomstwa i praw, jakie niosło ze sobą zrodzenie z *iustum matrimonium*. O tym, że los dziecka już na etapie prenatalnym był istotny dla – świadomych jego wpływu na los matki i ojca – starożytnych, świadczy imponująca mnogość środków przewidzianych w ramach *custodia ventris*. I tak, dla pewności, że dziecko faktycznie zrodzone jest z żony, ograniczono dostęp do domu, w którym ciężarna przebywała, jej pokój mógł mieć tylko jedno wejście, a *custodes* mieli prawo przeszukiwać nie tylko wszystkie pomieszczenia, ale i wszystkich wchodzących na teren objęty ich pieczą.

Trzecia instytucja przewidziana w edykcje *de inspiciendo ventre custodiendoque partu* odnajdywała zastosowanie dopiero w momencie rozpoczęcia porodu. Wtedy to *custodes* zobowiązani byli do obserwacji porodu, co – ponownie – miało zapobiec oszustwu. *Custodia partus*, podobnie jak poprzednie inne środki wymienione w edykcje, była stosunkowo ściśle uregulowana:

» *Mulier cum parturire incipiat, his ad quos ea res pertinet procuratoribusve eorum denuntiet, ut mittant, [si velint] quibus praesentibus pariat. Mittantur mulieres liberae dumtaxat*

*quinque, ita ut praetor obstetrices duas in eo conclavi ne plures mulieres liberae sint quam decem, ancillae quam sex. Hae quae intus futurae erunt excutiantur omnes in eo conclavi, ne quae praegnas sit. Tria lumina ne minus ibi sint, scilicet quia tenebrae ad subiciendum aptiores sunt,*<sup>89 90</sup>.

Przy porodzie mogła więc być obecna ściśle określona co do liczby i tożsamości grupa osób. Było to nie więcej niż pięć wolnych kobiet wysłanych przez „tych, których ta sprawa dotyczy”, czyli innych potencjalnych spadkobierców<sup>91</sup>, maksymalnie dwie położne (*obstetrices*) i nie więcej niż sześć niewolnic. W sumie zaś wolnych kobiet nie mogło być przy rodzącej więcej niż dziesięć, co pozwala sądzić, że towarzyszyć mogły jej także inne kobiety (np. z jej rodziny). Biorąc pod uwagę, że wcześniejsze pięć wolno urodzonych było przedstawicielami męża lub jego spadkobierców, uzasadnione byłoby przyzwolenie na towarzyszenie rodzącej także przez osoby, którym zależało przede wszystkim na ochronie jej interesu<sup>92</sup>. Skoro z taką pieczołowitością dbano, by matka nie posunęła się do manipulacji czy oszustwa co do pochodzenia i urodzenia dziecka, wysoce możliwe zdaje się, że w podobny sposób konieczna była obecność osób, które obserwowałyby poród w celu świadczenia, czy np. dziecko rzeczywiście urodziło się martwe, czy to ktoś z obecnych przy porodzie celowo pozbawił je życia.

Edykt precyzuje także, że wszystkie kobiety obecne przy porodzie winny być wcześniej zbadane w celu sprawdzenia, czy któraś z nich nie jest w ciąży. Badanie to było kolejnym środkiem mającym zapobiec podrzuceniu czy też podmianie noworodka. Z tego samego powodu edykt wprowadzał także wymóg, by pomieszczenie, w którym będzie odbywać się poród, było dobrze oświetlone. Przynajmniej trzy źródła światła edykt pretorski uznaje za absolutne minimum konieczne do wykluczenia możliwości oszustwa, bowiem „mrok bardziej sprzyja podsunięciu dziecka”.

Wobec powyższego pozostaje pytanie o cel tak szczegółowego uregulowania nie tylko procedury stwierdzenia ciąży, ale i dalszego postępowania, podczas którego brzemienna przebywała pod pieczęcią kobiety o nieposzlakowanej opinii, w dodatku wyznaczonej przez samego pretora. *Sensu largo* można powiedzieć, że *inspectio ventris* było rozwiązaniem koniecznym ze względu na skutki prawne i pozaprawne narodzenia się dziecka. Dotykały one zarówno zainteresowanych stron (rodzice, potencjalni spadkobiercy), jak i całego społeczeństwa rzymskiego (zachowanie *dignitas* rodziny poprzez zapobieżenie podsuwaniu dzieci)<sup>93</sup>. Zdecydowanie jednak należy podkreślić, że otoczenie matki specjalnym nadzorem miało na celu nie tylko uniknięcie oszukańczego podsunięcia obcego noworodka, ale też doprowadzenie do szczęśliwych narodzin dziecka, a więc ochronę samego nasciturusa. Szczególnie widoczne jest to w sytuacji, w której to ojciec zwraca

90 Tekst łaciński według: Ulpianus, D. 25, 3, 1, 10.

91 „Kobieta, która zacznie rodzić, winna powiadomić tych, których ta sprawa dotyczy, lub ich przedstawicieli, aby, [o ile by chcieli] przysłali osoby, w obecności których ma ona rodzić. Wysłanych może być najwyżej pięć wolnych kobiet, tak aby w pomieszczeniu oprócz dwóch położnych nie było więcej niż dziesięć wolnych kobiet, niewolnic zaś nie więcej niż sześć. Wszystkie kobiety, które będą później wewnątrz pomieszczenia, powinny zostać w nim wcześniej zbadane, aby stwierdzono, czy któraś z nich nie jest w ciąży. W pomieszczeniu powinny znajdować się co najmniej trzy źródła światła”. Dlatego mianowicie, że mrok bardziej sprzyja podsunięciu dziecka” (Tamże, przeł. T. Palmirski i in.).

92 Por. Ulpianus, D. 25, 4, 1, 12–14.

93 Podobnie zakłada D.H. Van Zyl (*‘Custodia ventris’ and ‘custodia partus’*, „Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg” 32 (1969), s. 46 i n.), a za nim P. Niczyporuk (*Prywatnoprawna ochrona dziecka poczętego...*, s. 101).

94 P. Niczyporuk, *Stwierdzenie ciąży...*, s. 33.

95 Zob. Ulpianus, D. 25, 4, 1 pr.

96 Juwenalis (ok. 67 r. po Chr.–ok. 127/138 r. po Chr.) piętnował w swych utworach zepsucie obyczajów i praktyki aborcyjne. Prócz upadku literatury, zepsucia polityków, pogłębiającego się rozkładu społeczeństwa i wielu innych chorób toczących Rzym, Juwenalis zjadliwie komentował egoistyczną, próżną troskę kobiet o wygląd zewnętrzny i wygodę życia, co skutkowało unikaniem przez nie macierzyństwa. Zob. Juwenalis D. Iunii, *Satirarum Libri Quinque*, ed. C.F. Hermann, Lipsiae 1908, VI, 366–368, s. 37–38; II, 592–600, s. 43–44 oraz 29–33, s. 6.

97 Tamże.

98 Ciceron, *Mowa za Aulem Kluencyuszem Awitem*, [w:] *Mowy Marka Tulliusza Cyncerona*, t. 2, przeł. E. Rykaczewski, Paryż 1870, XI, s. 43–44.

99 Tekst łaciński według: Ulpianus, D. 25, 4, 1, 10.

100 „[Dziecko,] które się urodzi, powinno zostać ukazane tym, których ta sprawa dotyczy lub ich przedstawicielom, jeśli zechcą je obejrzeć. [...] Ten, u kogo będzie ono wychowywane, winien je pokazywać w wybranym przez siebie miejscu dwa razy w miesiącu aż do ukończenia przez dziecko trzeciego miesiąca życia, potem raz na miesiąc aż do ukończenia przez nie sześciu miesięcy, raz na dwa miesiące aż do chwili, gdy ukończy dwanaście miesięcy, zaś od chwili, gdy skończy rok, do czasu, gdy zacznie mówić – raz na sześć miesięcy” (Tamże, przeł. T. Palmirski i in.).

się do pretora z wnioskiem o przeprowadzenie badania i ustanowienie nadzoru nad byłą żoną aż do narodzin dziecka, gdy ta przeczy, jakoby była brzemienna<sup>94</sup>. Wobec doniesień Juwenalisa<sup>95</sup>, którego twórczość można sytuować w okresie zbliżonym do wydania edyktu, prawdopodobne jest, że były mąż mógł obawiać się, że niewiasta spróbuje przerwać ciążę. Obraz społeczeństwa rzymskiego pod koniec I w. i na początku II w. po Chr., jaki wyłania się z satyr Juwenalisa, wskazuje bowiem, że unikanie macierzyństwa przez rzymskie kobiety było wówczas powszechne<sup>96</sup>. Jednocześnie umieszczenie brzemiennej pod pieczę i w bezpiecznym miejscu może mieć związek z wolą uchronienia jej i dziecka przed zagrożeniem ze strony innych potencjalnych spadkobierców ojca dziecka. O tym, że takie zagrożenie było rzeczywiste, wiemy chociażby od Cyncerona, który oskarżając Oppianika mówił, że ten w celu uzyskania spadku „zgładził trucizną tę kobietę, żeby z nią razem zginął płód z brata poczęty”<sup>97</sup>. Takie uzasadnienie obostrzeń zawartych w edyktie potwierdzają także jego dalsze postanowienia:

» *quod natum erit, his ad quos ea res pertinet procuratoribusve eorum, si inspicere volent, ostendatur. [...] Is apud quem educabitur quod natum erit, quoad trium mensium sit, bis in mense, ex eo tempore quoad sex mensium sit, semel in mense, a sex mensibus quoad anniculus fiat, alternis mensibus, ab anniculofari possit, semel in sex mensibus ubi volet ostendat*,<sup>98 99</sup>.

Zobowiązanie opiekuna do systematycznego „pokazywania” wychowanka jasno wskazuje na troskę, jaką otaczano dziecko, które ze względu na przysługujący mu spadek mogło być zagrożone ze strony innych spadkobierców usytuowanych za nim w kolejce do dziedziczenia. Dzięki temu przepisowi zarówno pretor, jak i inni zainteresowani mieli wgląd w sytuację, rozwój i zdrowie dziecka, a jego opiekun podlegał stałej kontroli. Wszystkie szczegółowe wytyczne związane z postępowaniem zarówno przed, jak i po narodzinach dziecka świadczą, że również dziecko i jego dobro miało w omawianych regulacjach szczególne znaczenie – zaryzykować można nawet twierdzenie, że nasciturus, jako taki, był chroniony bardziej niż jego matka czy ojciec.

## PODSUMOWANIE

Zarówno z analizy passusów *leges regiae*, które w swej treści dotyczą problematyki dziecka poczętego, jak i z regulacji dotyczących ciąży i porodu można wysnuć wspólny wniosek, że dobrem chronionym przez te przepisy nie było życie nasciturusa per se. Niemniej jednak prawo rzymskie z pewnością nie pozwalało na swobodne dysponowanie życiem nasciturusa. Wobec ograniczeń, zakazów, a nawet

penalizacji spędzania płodu trzeba pamiętać, że choć *de facto* ratowane było życie nienarodzonego dziecka, to celem tych regulacji zdaje się być przede wszystkim zabezpieczenie prawa ojca do posiadania dziedzica oraz interesu państwa w doprowadzeniu do narodzin kolejnego obywatela. Logiczną konsekwencją tego jest rzeczywiste objęcie ochroną prawną interesów nienarodzonego dziecka. Jest to widoczne w ekwilibristycznych wręcz konstrukcjach prawnych, pozwalających na uznanie dziecka prawowitym potomkiem – a co za tym idzie i dziedzicem – zmarłego ojca (przez co zabezpieczano interes ojca, jakim było posiadanie dziedzica) czy też pomimo twierdzeń ojca, że dziecko nie jest jego (przez co zabezpieczano interes „przyszłego obywatela”, a tym samym państwa).

Zarówno w *leges regiae*, jak i w regulacjach z zakresu ciąży i porodu, choć dzieli je ogromna przestrzeń czasowa, na pierwszy plan przebija się – skądinąd charakterystyczna dla starożytnego Rzymu – dominacja interesu państwowego nad prywatnym. Omówione passusy ustaw królewskich otaczają wszak dziecko poczęte a jeszcze nienarodzone swoistą ochroną właśnie przed ojcem (w rozumieniu ojca rodziny rzymskiej). Choć oczywistym nadużyciem byłoby mówienie o *ochronie dziecka poczętego*, to zasadnym może być już określenie tych regulacji publicznoprawnych mianem chroniących *życie przyszłego obywatela*. Jest bowiem pewne, że w interesie państwa było powstrzymanie mieszkańców przed uszczuplaniem zasobów ludzkich Rzymu, który rozrastając się potrzebował obywateli, żołnierzy, rolników. Narastający kryzys demograficzny skutecznie utrudniał pozyskiwanie nowych sił roboczych. Stąd ustawy królewskie powstrzymywały ojców rodzin przed ograniczeniem liczby potomstwa *sensu largo*, a więc wykluczały nie tylko zabicie czy porzucenie na pewną śmierć dziecka już narodzonego, ale też zduszenie owego życia w zarodku. Widać tu podobny schemat jak w przypadku wspomnianej wyżej sytuacji pozbawienia ojca „przyszłego dziedzica” z tą różnicą, że w tym przypadku to państwo byłoby pozbawione „przyszłego żołnierza”. Na taką wykładnię wskazuje także fakt, że zakaz Romulusa nie odnosi się wyłącznie do biologicznego rodzica dziecka, lecz szerzej: do ojca, pod którego pieczę dziecko – a ściślej nosząca je pod sercem matka – się znajduje.

Znajdujemy jednak w prawie rzymskim przesłanki świadczące za pewnym, chciałoby się powiedzieć „podświadomym” upodmiotowieniem nienarodzonego dziecka. Alimenty nakładane na ojca były świadczeniami należnymi dziecku, nie zaś matce, natomiast same przepisy regulujące kwestie pieczy nad brzemienną kobietą w sytuacji sporu z byłym mężem i domniemanym ojcem wskazują, że nasciturus był osobą, której dobro było uznawane przez władzę publiczną za nadrzędne wobec interesów rodziców.



## INDEKS ŹRÓDEŁ

### 1. ŹRÓDŁA LITERACKIE

**Ajschylos**  
Ευμεινιδες  
w. 185–190

**Iuvenalis Decimus Iunius**  
Satirae  
II, 29–33  
II, 592–600  
VI, 366–368

### 2. ŹRÓDŁA PRAWNE

#### **Digesta**

2, 4, 5	25, 3, 1, 6	25, 4, 1 pr.
25, 3	25, 3, 1, 7	25, 4, 1, 1
25, 3, 1 pr.	25, 3, 1, 8	25, 4, 1, 2–3
25, 3, 1, 1	25, 3, 1, 10	25, 4, 1, 5
25, 3, 1, 3–4	25, 3, 1, 13	25, 4, 1, 10
25, 3, 1, 3–6	25, 3, 1, 14	25, 4, 1, 12
25, 3, 1, 4	25, 4	25, 4, 1, 12–14

#### **Leges Regiae**

Rom. 22, 3  
I.2, 15, 2, w. 35–44

#### **Lex XII Tabularum**

IV, 4

## BIBLIOGRAFIA

### 1. SŁOWNIKI, LEKSYKONY I ENCYKLOPEDIA

- » Abramowiczówna Z. (red.), *Słownik grecko-polski*, t. 1–4, Warszawa 1958–1965.
- » Berger A., *Encyclopedic Dictionary of Roman law*, Philadelphia 1953.
- » Hornblower S., Spawforth A., *The Oxford Classical Dictionary*, Oxford 2003.
- » Liddell H., Scott R., *Greek-English Lexicon*, Oxford 1883.
- » Litewski W., *Słownik encyklopedyczny prawa rzymskiego*, Kraków 1998.
- » Plezia M. (red.), *Słownik łacińsko-polski*, t. 1–3, Warszawa 1998.
- » Wołodkiewicz W. (red.), *Prawo rzymskie. Słownik encyklopedyczny*, Warszawa 1986.
- » Zgólkowa H. (red.), *Praktyczny słownik współczesnej polszczyzny*, t. 23, Poznań 1999.

### 2. WYDAWNICTWA ŹRÓDŁOWE

- » Αισχυλου, *Τραγωιδιαι*, Lipsiae 1903.
- » Bruns C.G. (ed.), *Fontes Iuris Romani Antiqui*, Tubingae 1909.
- » *Dionysii Halicarnassensis antiquitatum Romanorum quae supersunt*, rec. A. Kiessling, Parisiis 1886.
- » C.F. Hermann (ed.), *Iuvenalis D. Iunii, Satirarum Libri Quinque*, Lipsiae 1908.

- » Lanfranchi F., *Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto Romano*, t. 1: *L'agere 'ex senatusconsultis de partu agnoscendo'*, Bologna 1953.
- » Palmirski T. (red.), *Digesta Iustiniani. Digesta Justyniańskie – tekst i przekład*, t. I–VII.2 przeł. T. Palmirski i in., Kraków 2013–2017.
- » Plutarchus, *Ρωμυλος*, [w:] *Vitae Parallelae*, t. 1, Lipsiae 1895.
- » Riccobono S. (ed.), *Fontes Iuris Romani Anteiustiniani*, I<sup>2</sup>, Florentiae 1968.

### 3. PRZEKŁADY I TŁUMACZENIA

- » Cynceron, *Mowa za Aulem Kluencyuszem Awitem*, [w:] *Mowy Marka Tulliusza Cyncerona*, t. 2, przeł. E. Rykaczewski, Paryż 1870.
- » *Korespondencja Pliniusza Młodszego z cesarzem Trajanem*. Tekst i tłumaczenie, przeł. A. Dębiński, M. Jońca, I. Leraczyk, A. Łuka, Lublin 2017.
- » *Romulus*, [w:] Plutarch, *Żywoty równoległe*, t. 1, *Tezeusz – Romulus i ich porównanie*, Likurg – Numa i ich porównanie, przeł. i wstępem poprzedził K. Korus, przypisami i koment. opatrzyli L. Trzcionkowski i K. Korus, Warszawa 2004, s. 127-186.
- » Tarwacka A., *Leges regiae. Tekst – tłumaczenie – komentarz*, „Zeszyty Prawnicze” [UKSW] t. 4, nr 1 (2004), s. 231 i n.

### 4. LITERATURA

- » Bojarski W., Dajczak W., Sokala A., *Verba iuris. Reguły i kazusy prawa rzymskiego*, Toruń 2007.
- » Ciuła D., *Najstarsze przyczyny rozwodu w prawie rzymskim*, [w:] *Wokół problematyki małżeństwa w prawie rzymskim Henrico Insadowski (1888–1946) in memoriam*, red. A. Dębiński, M. Wójcik, Lublin 2007, s. 53–70.
- » Dajczak W., Giaro T., Longchamps de Bérier F., *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, Warszawa 2013.
- » Dölger F., *Das Lebensrecht des ungeborenen Kindes und die Fruchtabtreibung in de Bewertung der heidnischen und christlichen Antike*, „Antike und Christentum” 4 (1934), s. 1 i n.
- » Ganzin M., *L'avortement dans a Rome antique*, [w:] *Études offertes à Alfred Jauffret, professeur honoraire à la Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille*, Marseille 1981.
- » Gaudemet J., *Les institutions de l'Antiquité*, Paris 1967.
- » Insadowski H., *Res sacrae w prawie rzymskim*, Lublin 1931.
- » Insadowski H., *Rzymskie prawo małżeńskie a chrześcijaństwo*, Lublin 1935.
- » Jurewicz A.R., *Problem domniemania w rzymskim ius quod ad personas pertinet*, Olsztyn 2009.

- » Jurewicz O., Winniczuk L., *Starożytni Grecy i Rzymianie w życiu prywatnym i państwowym*, Warszawa 1973.
- » Kolańczyk K., *Prawo rzymskie*, Warszawa 1976.
- » Longosz S., *Ojcowie Kościoła a przerywanie ciąży, cz. I: Przerywanie ciąży w okresie przedchrześcijańskim*, „Vox Patrum” t. 5, z. 8–9 (1985), s. 231–273.
- » Łapicki B., *Prawo rzymskie*, Warszawa 1948.
- » Łapicki B., *Ustawy królewskie w starożytnym Rzymie. Zagadnienie ich autentyczności*, Lwów 1933.
- » Łapicki B., *Władza ojcowska w starożytnym Rzymie*, Warszawa 1933.
- » Nardi E., *Procurato aborto nel Mondo greco-romano*, Milano 1971.
- » Niczyporuk P., Talecka-Niczyporuk A., *Prawne aspekty czasu trwania ciąży w starożytnym Rzymie*, [w:] E. Ozorowski, R.Cz. Horodeński (red.), *Kobieta – Etyka – Ekonomia*, Białystok 2009, s. 107–125.
- » Niczyporuk P., *Prywatnoprawna ochrona dziecka poczętego w prawie rzymskim*, Białystok 2009.
- » Niczyporuk P., *Rzymskie regulacje prawne związane z ochroną dziecka poczętego*, „Miscellanea Historico-Iuridica”, t. 8, Białystok 2009, s. 27–40.
- » Niczyporuk P., *Stwierdzenie ciąży (inspectio ventris) jako środek ochrony interesów dziecka poczętego w prawie rzymskim*, „Miscellanea Historico-Iuridica”, t. 9, Białystok 2010, s. 29–40.
- » Osuchowski W., *Zarys rzymskiego prawa prywatnego*, Warszawa 1967.
- » Rominkiewicz J., *Czy w prawie ateńskim istniał zakaz aborcji?*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Prawo”, nr 314, Wrocław 2012, s. 17–40.
- » Schulz F., *Prinzipien des Römischen Rechts*, München 1934.
- » Taubenschlag R., Kozubski W., *Historia i instytucje rzymskiego prawa prywatnego*, Warszawa 1947.
- » Taubenschlag R., *Rzymskie prawo prywatne na tle praw antycznych*, Warszawa 1955.
- » Van Zyl D.H., ‘Custodia ventris’ and ‘custodia partus’, „Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg” 32(1969), s. 43.
- » Waldstein W., *Problem interpretacji źródeł a status dziecka w łonie kobiety (nasciturus)*, „Zeszyty Prawnicze” [UKSW], t. 6, nr 2 (2006), s. 7 i n.
- » Wołodkiewicz W., *Greckie wpływy na powstanie ustawy XII tablic (na marginesie glosy Accuriusa do D.1,2,2,4)*, „Prawo Kanoniczne. Kwartalnik prawno-historyczny”, t. 37, nr 3–4 (1994), s. 39–45.
- » Wołodkiewicz W., Zabłocka M., *Prawo rzymskie. Instytucje*, Warszawa 2014.
- » Wycisk F., *Obowiązek alimentacyjny i wychowawczy w prawie rzymskim okresu królewskiego*, „Roczniki Teologiczno-Kanoniczne”, t. 10, z. 4 (1963), s. 215–245.
- » Zabłoccy M. J., *Ustawa XII Tablic. Tekst, tłumaczenie, objaśnienia*, Warszawa 2003

- » Zabłocki J., *Postumus w Noctes Atticae Aulusa Gelliusa*, „Prawo Kanoniczne. Kwartalnik prawno-historyczny”, t. 40, nr 1–2 (1997), s. 255–262.
- » Zabłocki J., Tarwacka A., *Publiczne prawo rzymskie*, Warszawa 2005.
- » Ziółkowski A., *Historia powszechna. Starożytność*, Warszawa 2009.

## ABSTRAKT

W artykule podjęto refleksję na temat pozycji, jaką dziecko poczęte zajmowało w starożytnym prawie rzymskim. Analizie poddane zostały wybrane rzymskie źródła publicznoprawne: ustawy królewskie (*leges regiae*) oraz regulacje z zakresu ciąży i porodu. Prawo rzymskie wskazuje, że *nasciturus* był chroniony jako przyszły spadkobierca i potomek ojca, a z omawianych źródeł wynika, że chroniło go także prawo publiczne, które upatrywało w dziecku poczętym przyszłego obywatela rzymskiego. Co więcej, z analizowanych materiałów wyłania się obraz porządku prawnego, w którym w kwestii życia dziecka poczętego *utilitas publica* pełni nadrzędną rolę nad *utilitas singulorum*.

## ABSTRACT

The article discusses the position of the conceived child in ancient Roman law. Selected Roman public law sources were analyzed: royal laws (*leges regiae*) and regulations in the field of pregnancy and childbirth. Roman law indicates that *nasciturus* was protected as the future heir and the descendant of the father, and according to the discussed sources he was protected by public law, considered the conceived child as a future Roman citizen. Moreover, the analyzed material shows the legal order in which *utilitas publica* plays a superior role over *utilitas singulorum* in the matter of the life of a conceived child.

## SŁOWA KLUCZOWE:

Prawo rzymskie, *leges regiae*, ciąża, poród, *inspectio ventris*, *custodia*, dziecko poczęte

## KEYWORDS:

*inspectio ventris*, *custodia*, *leges regiae*, Roman law, pregnancy, conceived child, childbirth