

## QUASIADFINITAS W PRAWIE RZYMSKIM

W nauce współczesnej nie ma jednomyślności co do tego, czy zaręczyny powodowały powstanie powinowactwa między zaręczonymi lub ich kognatami. Guarino<sup>1</sup>, który tą kwestią zajmował się wnikliwie w latach czterdziestych, doszedł do wniosków negatywnych. *Adfinitas*, jego zdaniem, powstaje jedynie między małżonkami oraz pomiędzy jednym z małżonków a kognatami drugiego. Volterra<sup>2</sup> znów krótko przed badaniami Guarino pisał na marginesie D. 33, 10, 8, że nie da się ustalić czy *Servius... volesse dichiarare che gli sponsali fanno veramente sorgere un vero e proprio rapporto di affinità fra i parenti dei fidanzati con tutti gli effetti giuridici ad esso connessi*. Interpretując zaś D. 22, 1, 38, 1 stwierdził, że *il testo dimostra chiaramente come, una volta sciolti gli sponsali non esiste più adfinitas fra gli sponsi*<sup>3</sup>. W ostatnich publikacjach uczony ten podziela raczej poglądy Guarino<sup>4</sup>.

Wielu uczonych wypowiedziało się w tej sprawie przy okazji interpretacji Fr. Vat. 302. Dumont przypuszcza, że *la désignation d'une adfinitas entre époux ou fiancés semble appartenir seulement au langage courant*<sup>5</sup>. Aru<sup>6</sup> mówi znów o trzech grupach osób we Fr. Vat. 302: *adfines, vir et uxor, sponsus, sponsa*. Przeciwno *adfinitas* pomiędzy małżonkami wypowiedział się ostatnio także Cassavola<sup>7</sup>. Oryginalną interpretację Fr. Vat. 302 zaproponował Biondi<sup>8</sup>. *In Fr. Vat. 302 — pisze on — la frase vir et uxor, sponsus, sponsa si deve ricollegare non all'elenco delle adfinium personae ma ad excipiuntur, in guisa che vengono eccettuate tre categorie di persone: affini, coniugi, fidanzati*. Do poglądu Biondiego skłania się Archi<sup>9</sup>. O wiele ostrożniej wypowiedział się Kaser<sup>10</sup>: *vir et uxor, sponsus sponsa sind vermutlich nicht adfines; die Worte könnten ein falches Glossem sein, und vielleicht nur sagen wollen, dass*

<sup>1</sup> Por. *Adfinitas*, (1939), s. 13 nast.

<sup>2</sup> *Ricerche intorno agli sponsali*, s. 11 (Cytuję wedle odbitki z BIDR 4, 1932).

<sup>3</sup> Op. cit., s. 57.

<sup>4</sup> Por. *Dir. di famiglia*, s. 337 n., gdzie na podstawie D. 38, 10, 8 przyjmuje, że zaręczyny rodziły *adfinitas* w czasach Augusta.

<sup>5</sup> *Les donations entre époux*, (1928), s. 11.

<sup>6</sup> *Donazione fra coniugi*, (1938), s. 17 nn.

<sup>7</sup> *Lex Cincia. Contributo alla storia delle origini della donazione romana*, (1960), s. 64 nn.

<sup>8</sup> *Successione testamentaria e donazioni*, (1955)<sup>2</sup>, s. 635, uw. 3.

<sup>9</sup> *La donazione*, (1960), s. 196 nn. szczególnie 198.

<sup>10</sup> RPR 1, s. 283.

die vorher aufgezählten Verwandten des andern Ehegatten gleichgültig ob Mann oder Frau, ebenso auch die Verlobten, personae exceptae sind. Wreszcie Pringsheim<sup>11</sup> w recenzji książki Archiego zestawia ponownie wszystkie źródła mówiące o *ad finitas* przy *sponsalia* i narzeczonych zalicza do *ad fines*.

## I

Nim przejdziemy do analizy kompleksu źródeł, dotyczących dyskutowanej sprawy, chcemy dać wyraz naszemu przekonaniu, że *ad finitas* nie powstaje ani pomiędzy małżonkami, ani też pomiędzy narzeczonymi. Stosunek, jaki powstaje w pierwszym wypadku, jest *matrimonium*, w drugim *sponsalia*. Słusznie, naszym zdaniem, zauważył B. Biondi<sup>12</sup>, że *l'affinità non riguarda i coniugi tra di loro, vincolati dal particolare rapporto matrimoniale. Ad finitas* jest ubocznym skutkiem małżeństwa względnie zaręczyn i powstaje nie pomiędzy małżonkami lub narzeczonymi, a jedynie pomiędzy każdym z nich a kognatami drugiego. Stosunek powinowactwa powstaje *ipso facto* zawarcia małżeństwa względnie zaręczyn, bez względu na ich wolę. Ten pogląd znajduje całkowite uzasadnienie we fragmencie Modestynusa l. 12 pand. (D. 38, 10, 4, 3): *ad fines sunt viri et uxoris cognati, dicti ob eo, quod due cognationes, quae diversae inter se sunt, per nuptias copulantur, et altera ad alterius cognationis finem accedit. namque coniugendae ad finitatis causa fit ex nuptiis*<sup>13</sup>.

Guarino<sup>14</sup> dowodząc, że małżonkowie są w stosunku do siebie spowinowaceni oparł się na trzech ustępach *Fragmenta Vaticana*. Oto one:

262: (Papinian l. 12 resp.). *Sponsae res simpliciter donatae non insecutis nuptiis non repetuntur. Sed et si ad finitatis contrahendae causa donationes factae sunt et nuntium sponsus culpa sua remiserit, aequae non repetuntur.*

218: (Ulpian l. de off. pr. tutel.). *Lege autem Papia ii ad fines excipiuntur, qui v[ir et uxor et gener et nurus] et socer et socrus umquam fuerunt.*

302: (Paulus l. 71 ad ed.). *Excipiuntur et ad finium personae ut privignus privigna, noverca vitricus, socer socrus, gener nurus, vir et uxor; sponsus sponsa.*

Jest charakterystyczne, że Guarino na poparcie swych wywodów nie przytoczył żadnego ustępu z digestów. Zdaniem znów Pringsheima<sup>15</sup> o *ad finitas* między małżonkami mówi Paulus w l. 6 ad Plaut. zachowane w D. 22, 1, 38, 1:

<sup>11</sup> ZSS 78 (1961), s. 477 nn.

<sup>12</sup> *Ist. di dir. rom.*, (1956)<sup>3</sup>, s. 549 z polemiką contra Guarino w uw. 35.

<sup>13</sup> Por. do tego Guarino, op. cit., s. 14, 33 nn.

<sup>14</sup> Por. *Ad finitas*, s. 28 nn.

<sup>15</sup> Por. ZSS 78, s. 477.

*Et quidem si fundus ob rem datus sit, veluti dotis causa, et renuntiata adfinitas, fructus quoque restituendi sunt, utique hi qui percepti sunt eo tempore quo sperabatur adfinitas, sed et posteriores, si in re mora fuit, ut ob illo, qui reddere debeat, omnimodo restituendi sunt. sed et si per mulierem stetit, quominus nuptiae contrahantur, magis est, ut debeat fructus recipere: ratio autem haec est, quod, si sponsus non conveniebatur restituere fructus, licuerat ei neglegere fundum.*

Ustęp ten jest przez wielu uczonych podejrzany o interpolację<sup>16</sup> Pringsheim<sup>17</sup> podchodzi do tych podejrzeń szczególnie wysuniętych przez Levy'ego<sup>18</sup> sceptycznie, ale przyjmuje za nim, że *adfinitas* występuje tutaj w podwójnym znaczeniu: *für das Verlobtsein und dann für die Ehe*. Sceptycyzm Pringsheima wydaje nam się uzasadniony. Nie wykluczone, że tekst uległ przeróbce, ale myśl, którą wyraził Paulus, jest do zrekonstruowania. Niesłuszny natomiast wydaje się nam pogląd Levy'ego o podwójnym znaczeniu *adfinitas*. Przede wszystkim jednak wątpliwą rzeczą jest dla nas, czy ten fragment może służyć za dowód na *adfinitas* pomiędzy małżonkami lub narzeczonymi. Wszystko zależy tutaj od rozstrzygnięcia pytania, kto ustanowił posag. Paulus na to pytanie nie udziela odpowiedzi, a mówi jedynie, kiedy można domagać się restytucji *fructus*. Jeżeli jednak założymy, że posag został ustanowiony przez kognata kobiety, a nie wykluczone, że Paulus taki przypadek miał przed oczyma, stanie się jasne dlaczego jest tu mowa nie o *matrimonium*, lecz o *adfinitas*. Pomiedzy kognatem kobiety a jej mężem powstaje właśnie skutek zawarcia małżeństwa *adfinitas*. Przez *id tempus quo sperabatur adfinitas* należy rozumieć czasokres, w którym posag został już ustanowiony, a małżeństwo jeszcze nie zawarte. W tym bowiem czasie kognat kobiety ustanawiający posag był w sytuacji, w której *sperabatur adfinitas* pomiędzy nim a narzeczonym. Wyrażenie *renuntiata adfinitas* wskazuje na zerwanie związku małżeńskiego, a tym samym ustanie *adfinitas* pomiędzy ustanawiającym posag kognatem żony a jej mężem. Na pytanie, za jaki okres można domagać się restytucji *fructus*, odpowiada Paulus, że zarówno za ten, w którym małżeństwo było już zaplanowane i posag wręczony, jak i za ten, kiedy małżeństwo było rozwiązane a posag jeszcze nie zwrócony. Ponieważ, jak założyliśmy, posag był ustanowiony przez kognata żony, Paulus rozpatruje całą kwestię z pozycji stosunku, jaki powstał pomiędzy nim a mężem kobiety. A tym stosunkiem jest nie małżeństwo, a *adfinitas* powstała wskutek małżeństwa jako następstwo konieczne. Konkludując powiemy, że nasza interpretacja jest tylko jedną z możliwych. Jak długo jednak nie uda się wykluczyć, że ustanawiającym po-

<sup>16</sup> Por. *Ind. Interp. ad h. l.*

<sup>17</sup> Por. ZSS 78, s. 478.

<sup>18</sup> Por. ZSS 36 (1915), s. 38, uw. 8.

sag jest krewnym kobiety<sup>19</sup>, tak długo dyskutowany fragment nie może być wykorzystywany jako dowód na istnienie *adfinitas* pomiędzy małżonkami.

Przejdźmy z kolei do przytoczonych wyżej fragmentów watykańskich. W 262 podejrzana jest fraza *si adfinitatis contrahendae causa*<sup>20</sup>. Nie może ona pochodzić od Papiniana. Nie jest bowiem do pomyślenia, by prawnik tej klasy nie zdawał sobie sprawy z tego, że *adfinitas* nie może być *contracta*. Można *contrahere matrimonium*; co się tyczy *adfinitas*, powstaje ona, jak już powiedzieliśmy, jako skutek uboczny małżeństwa pomiędzy każdym z małżonków a kognatami drugiego, bez względu na to czy oni tę *adfinitas* zamierzali i chcieli, czy też nie. Wieacker<sup>21</sup> odnośnie do tego fragmentu wysunął przypuszczenie, że stanowi on próbę dopasowania jego pierwotnej treści, której nie znamy, do cesarskich konstytucji. Konkretnie stanowi on rodzaj *interpretatio* do C. Th. 3, 5, 2<sup>21a</sup>. Fragment 218 w interesującym nas miejscu jest tylko uzupełnieniem, a jak zauważył Cassavola<sup>22</sup> proponowana korektura jest *lungi dall'essere „sicurissima”* i ostatecznie pozbawiona sensu. Wreszcie fragment 302 stanowi komentarz do Fr. Vat. 298 i mówi, że od zakazu *legis Cinciae* są wyjęci *adfines, vir et uxor, sponsus sponsa*. Podany tu katalog *adfines* pokrywa się z katalogiem Modestynusa 1. 12 pand. (D. 38, 10, 4, 4): *Nomina vero eorum (scil. adfinium) haec sunt: Socer socrus, gener nurus, noverca vitricus, privignus privigna*. Mąż, żona i narzeczeni stanowią oddzielne grupy osób, wyjętych spod zakazu *legis Cinciae* obok *adfines*.

Jedynym źródłem, które zdaje się przemawiać za *adfinitas*, pomiędzy narzeczonymi jest Neratiusa 1. 2 membran. (D. 12, 4, 8): *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*

<sup>19</sup> Ze ustanawiającym posag był ojciec, można wnosić *per analogiam* z D. 23, 1, 10; por. do tego Schwar z, *Condictio*, s. 149.

<sup>20</sup> Biondi, *Successione*, s. 635<sup>2</sup> pisze: *nè l'adfinitas si riferisce al rapporto coniugale; comunque adfinitas qui è chiamato il matrimonio non il rapporto personale che intercede tra coniugi*.

<sup>21</sup> Por. *Textstufen der klassischen Juristen*, (1960), s. 364 nn. i cyt. tam literaturę.

<sup>21a</sup> Interesujące jest, że wspomniana przez nas wyżej konstytucja Konstantyna (C. Th. 3, 5, 2 a. 319) została przejęta przez C. J. 5, 3, 15. W pr. po spójniku *ut* frazę *sive in potestate patris degere sive ullo modo proprii videantur esse iuris et interpolowano w następujący sposób: sive adfinitatis coeundae causa sive non ita, vel in potestate patris degentes vel ullo modo proprii iuris constituti*. Przypuszczam, że słowa *adfinitatis coeundae causa* zostały wtrącone pod wpływem lektury Fr. Vat. 262. Być może autorami tej zmiany nie są kompilatorowie, lecz jakiś glosator z czasów wcześniejszych.

<sup>22</sup> Por. *Lex Cincia*, s. 63, uw. 34 a także Biondi, *Successione* 635, uw. 3, Beseler, ZSS 43 (1922) 539.

*eius pecuniae repetitio, donec autem in eodem habitu matrimonii permanēt, non magis id repeti possit, quam quod sponsa sponso dotis nomine dederit donec maneat inter eos adfinitas: quod enim ex causa nondum coito matrimonio datur, cum sic detur tamquam in dotem perventurum, quamdiu pervenire potest, repetitio eius non est.* Fragment ten był już wielokrotnie komentowany. Bonfante<sup>23</sup>, Pernice<sup>24</sup>, de Francisci<sup>25</sup>, Ehrhard<sup>26</sup> uważają go za klasyczny. Guarino<sup>27</sup> dowodzi znów, że fraza *si divortium intercessit* oraz *donec autem rell.* pochodzą od jakiegoś poklasycznego glosatora. Powstrzymując się od analizy całego fragmentu i rozstrzygnięcia, które jego człony są pochodzenia klasycznego, a które glosemą lub interpolacją, ograniczymy się do następującego stwierdzenia. Ulpian na określenie trwania zaręczyn posługuje się czasownikiem *durare: si praecesserint sponsalia, durare ea* (D. 23, 1, 9); *si praecsserint sponsalia durent* (D. 24, 1, 32, 27). Autor naszego fragmentu mówi nie o trwaniu zaręczyn, ale o istnieniu pomiędzy narzeczonymi *adfinitas: donec maneat inter eos adfinitas*. Z całości fragmentu wynika jednak, że jurysta miał na myśli zaręczyny. Sposób, w jaki się wyraził, jest bardzo zbliżony do tego, jaki już spotkaliśmy w Fr. Vat. 262: *adfinitatis contrahendae causa*, z tym że tutaj *adfinitas* występuje w miejsce *matrimonium*. Właśnie owo pokrewieństwo w wyrażaniu się każe nam przypuszczać, że fraza *donec rell.* nie pochodzi od Neratiusa. Ma się wrażenie, że jest ona zbędnym dodatkiem; po jej wykreśleniu sens pozostaje niezmienny. Być może została dopisana ręką podobną do tej, która przerabiała tekst Papiniana w Fr. Vat. 262. Jest to tym bardziej prawdopodobne, że fragment pochodzi z *membranarum libri*<sup>28</sup>.

*Adfinitas* użyta na określenie *matrimonium* lub *sponsalia* nie dowodzi również, by w okresie poklasycznym powinowactwo powstawało pomiędzy małżonkami lub narzeczonymi; mamy tu raczej do czynienia z prawniczym wulgaryzmem.

## II

Rozważmy teraz naturę stosunku, jaki powstaje między każdym z narzeczonych a krewnymi drugiego. Wyżej już stwierdziliśmy, że *matrimonium* powodowało powstanie *adfinitas* pomiędzy jednym z małżonków a krewnymi drugiego. Czy taki sam skutek miały *sponsalia*? Dla prawa przedklasycznego jest to bardzo możliwe. W *Trin.* Plauta<sup>29</sup>

<sup>23</sup> Por. Corso 1, s. 245, uw.

<sup>24</sup> Por. Labeo 3, 1, s. 269.

<sup>25</sup> Por. Synallagma 2, s. 382; idem, Atti Verona 1, s. 115.

<sup>26</sup> Por. Iusta causa traditionis, (1930), s. 81.

<sup>27</sup> Por. Adfinitas, s. 15 nn. szczególnie 20.

<sup>28</sup> Do libri VII membranarum Neratiusa por. Schulz, History, s. 228 (Geschichte (1961), s. 289); Wieacker, Textstufen, s. 105 z powołaniem literatury; inaczej Wenger, Quellen, s. 90, uw 14.

<sup>29</sup> Por. Trin. w. 1151, 1163; Costa, Il dir. rom. priv. nelle comedie di Plauto, (1890), s. 221.

dowiadujemy się, że niejaki Lizyteles został zaręczony z dziewczyną w czasie nieobecności jej ojca Charmidesa. Po jakimś czasie spotyka on powracającego z podróży przyszłego teścia i wita go słowami: *Charmidem socerum suum Lisiteles salutat*. Wywiązuje się rozmowa, w której Lizyteles prosi Charmidesa o wyrażenie zgody na małżeństwo z jego córką. Gdy Charmides wyraził zgodę, Lizyteles do niego i do Kaliklesa (którego córka za chwilę będzie zaręczona z Lesbionikiem synem Charmidesa) wykrzykuje: *Salvete adfines mei!* W innej komedii (Trucul.<sup>30</sup>) niejaki Diniarchus ujrzawszy ojca swej byłej narzeczonej Kaliklesa mówi: *video senem, meus qui adfinis fuit*. Tenże Kalikles, skoro się okazało, że Diniarchus pojmie jego córkę za żonę, postanawia zerwać zaręczyny córki, jakie w międzyczasie zawarł. Mówi on: *iam illic remittam nuntium adfini meo: dicam ut alian conditionem filio suo inveniat*.

Z przytoczonych przykładów zaczerpniętych z komedii Plauta wynikałoby, że *sponsalia* powoływały pomiędzy jednym z narzeczonych a krewnymi drugiego *adfinitas*. Nie jest wykluczone, że pozostaje to w związku z tym, iż w tych czasach zaręczyny były jeszcze aktem prawnym, rodzącym *actio ex stipulatu*.

Jakie pod tym względem skutki rodziły zaręczyny w okresie prawa klasycznego, informują nas juryści tego czasu. Oto ich wypowiedzi:

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

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

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

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

A więc rodzice jednego z narzeczonych w stosunku do drugiego są nazywani teściami (*socerorum appellatione continentur*); każde z narzeczonych w stosunku do rodziców drugiego jest nazywane zięciem, synową (*generorum appellatione continentur*). Jest rzeczą charakterystyczną, że to ujęcie pochodzi od czterech prawników należących do różnych generacji klasyków. W nauce nowszej i współczesnej ów stosunek pomiędzy rodzicami jednego z narzeczonych a drugim narzeczonym jest często określany jako *quasiadfinitas*<sup>31</sup>. Ta nazwa aczkol-

<sup>30</sup> Por. Truc. 770—771, 848—849; Costa, op. cit., s. 221.

<sup>31</sup> Por. np. Costa, *Storia del dir. rom.*, (1925), s. 42; Insa dowski, *Rzymskie prawo małżeńskie a chrześcijaństwo*, (1935), s. 44 z dalszą lit. w uw. 3—4; Weiss, *Institutionen des röm. PR*<sup>2</sup>, (1948), s. 98; Cohen, *On the Theme of Betrothal in Jewish and Roman Law* (*Proc. of Am. Academy for Jewish Research* 18 (1949) 114) mówi o *affinity*, a dodaje, że była

wiek źródłom nieznana, jest naszym zdaniem bardzo trafna — podkreśla bowiem sama przez się, że powstały tutaj stosunek jest pod względem intensywności słabszy od tego, jaki w analogicznej sytuacji powoduje *matrimonium*, od *adfinitas* właściwej. Z definicji Modestinususa wynika jeszcze jedna różnica między *adfinitas* a *quasiadfinitas*. Otóż pierwsza powstaje między jednym z małżonków a krewnymi drugiego: *adfines sunt viri et uxoris cognati*. Tymczasem *quasiadfinitas* powstaje jedynie pomiędzy rodzicami jednego z narzeczonych a drugim narzeczonym. O *quasiadfinitas* w linii bocznej źródła milczą<sup>32</sup>. Także nie sposób jest ustalić czy *quasiadfinitas* wygasła po zerwaniu zaręczyn<sup>33</sup>.

### III

Powstała przez zaręczyny *quasiadfinitas* nie była pozbawiona pewnej doniosłości w sferze stosunków prawnych. Przede wszystkim *quasiadfines* nie mogli zawierać ze sobą związków małżeńskich: Ulp. l. 26 ad Sab. (D. 23, 2, 12, 1—2): *Inter me et sponsam patris mei nuptiae contrahi non possunt: quamquam noverca mea non proprie dicatur, Sed et per contrarium sponsa patri meo nubere non poterit, quamvis nurus non proprie dicatur*.

Paul. l. 35 ad. ed. (D. 23, 2, 14, 4): *Nunc videamus quomodo noverca et privigna et socrus et nurus intellegantur, ut sciamus quas non liceat ducere item eius matrem, quam sponsam habui, non posse me uxorem ducere Augustus interpretatus est: fuisse enim eam socrum*.

Odnosnie do pierwszego z cytowanych źródeł Volterra<sup>34</sup> wysunął podejrzenie interpolacji, a na poparcie tego przytoczył dwa argumenty: językowy i rzeczowy. Argumentem formalnym jest *l'espressione „per contrarium“ che ricorre spesso in passi interpolati*<sup>35</sup>. Jak małą wartość ma ten argument, łatwo się przekonać na podstawie *Voc. Jurispr. Rom.*<sup>36</sup> Wyrażenie *per contrarium* występuje w digestach 31 razy, mianowicie dwa razy u Marcjana i dwadzieścia dziewięć razy u Ul-

ona pod pewnymi względami *similar to that following marriage*. Kaser nie chce mówić o *quasiadfinitas* a tylko *von einer Art Schwägerschaft*. (por. *RPR* 1, s. 275).

<sup>32</sup> Por. Liv. 1, 46; Dion. 4, 79 i do tych źródeł Costa, op. cit., 42; Inśadowski, op. cit., s. 191. Obaj uczeni przypuszczają, że powinowactwo w linii bocznej zostało wykształcone w prawie cesarskim przypuszczalnie pod wpływem chrześcijaństwa, por. C. Th. 3, 12, 3 = C. I. 3, 5, 6 (Arc. Hon. 396); C. Th. 3, 12, 4 (Hon. Theod. 415); C. I. 5, 5, 5 (Valentin. Theod. Arc. 393); C. I. 5, 5, 8 (Zeno 475); C. I. 5, 5, 9 (Zeno 476—484); do tego Biondi, *Il dir. rom. christiano*, (1954), 3, s. 95.

<sup>33</sup> Cytowane fragmenty Plauta przemawiałyby za tym, że pokrewieństwo istniało tak długo, jak długo istniały zaręczyny. We wszystkich wypadkach, w których zaręczyny zostały zerwane, jest mowa o *adfinis* w czasie przeszłym. Jeśli idzie o prawo klasyczne z pewnością można powiedzieć, że jeśli sama *adfinitas* wygasła, nie wygasły jej skutki.

<sup>34</sup> Op. cit., s. 55 n.

<sup>35</sup> Op. cit., s. 55 i literatura w uw. 2.

<sup>36</sup> Por. vol. 1, szpalta 1006 s. v *contrarius*.

piana. Dowodzi to w sposób nie budzący żadnych wątpliwości, że owo podejrzone wyrażenie *per contrarium* jest właściwością językową Ulpiana. Nie jest bowiem do pomyślenia, by kompilatorowie byli w stanie w sposób systematyczny wtrącić to wyrażenie w teksty Ulpiana, unikając tego w tekstach innych prawników.

Argumentu rzeczowego na nieulpianowskie pochodzenie dyskuutowanego fragmentu dostarcza Volterra zestawienie go z innym fragmentem tegoż prawnika w D. 38, 10, 6, 1: *L'affermazione contenuta in questa legge* (tj. D. 23, 2, 12, 1—2) *quamvis nurus non proprie dicatur* — pisze on — *non si accorda poi perfettamente con quanto afferma lo stesso Ulpiano in un passo del suo commento alla lex Iulia et Papia Poppaea... Ora data la dichiarazione qui espressa dal giuriconsulto, sarebbe logico pensare che Ulpiano dovesse far dipendere il divieto delle nozze fra la sponsa e il padre del fidanzato dall'estensione del significato di nurus: invece nella L. 12 § 2 D. 23, 2 la dichiarazione quamvis nurus non proprie dicatur mostra che il divieto enunciato era indipendente dal significato giuridico di nurus e nello stesso tempo prova che fra la L. 6 § 1 D. 38, 10 e la L. 12 § 1 D. 23, 2 non esiste quell' unità di pensiero, la quale sarebbe naturale se entrambe le leggi appartenessero al medesimo autore*<sup>37</sup>.

Wbrew temu co sugeruje Volterra utrzymujemy, że wyrażenie *non verca non proprie dicatur, nurus non proprie dicatur* ma tę samą wartość co określenie, że rodzice jednego z narzeczonych lub jedno z narzeczonych w stosunku do rodziców drugiego narzeczonego *socero-rum, generorum appellatione continentur*. W obu bowiem wypadkach chodzi o podkreślenie, że *sponsalia* rodzą pomiędzy krewnymi jednego z narzeczonych a drugim narzeczonym stosunek podobny do tego, jaki rodzi małżeństwo. Na oznaczenie tego stosunku nie wykształciła się jakaś specjalna terminologia. Dlatego Ulpian uciekł się do takiego sposobu określenia, który z jednej strony zaznaczałby jego analogię do stosunku powstającego w takim przypadku z małżeństwa, a z drugiej nie czyniłby go z nią identycznym. Zwroty *non proprie dicari*<sup>38</sup> i *appellatione contineri*<sup>39</sup> są często przez klasyków używane na określenie takich sytuacji.

W drugim fragmencie przez nas przytoczonym mówi Paulus, że mężczyzna nie może poślubić matki swej byłej narzeczonej. Odnośnie do tego ustępu Volterra pisze: *Come dimostra il verbo interpretari qui*

<sup>37</sup> Por. op. cit., s. 54 n.

<sup>38</sup> Por. D. 50, 16, 58: *liberorum libertos non recte nostros libertos dicimus*; D. 47, 15, 1, 1: *ceterum advocatus non proprie praevaricator dicitur*; D. 47, 8, 4, 3: *quia duo turba non proprie dicitur*.

<sup>39</sup> Por. np. D. 22, 62: *appellatione servorum etiam servae plerumque continentur*; D. 9, 2, 2, 2: *sed an sues pecudum appellatione continentur, queritur: et recte Labeoni placet contineri*; D. 7, 5, 10, 1: *quia in hac specie usus appellatione etiam fructum contineri magis accipiendum est*. Dalsze przykłady por. VIR 1 s. v. *appellatione contineri* szp. 247.



*usato, deve trattarsi di una disposizione isolata di Augusto per un caso speciale, che ben si accorda con l'importanza data ancora agli sponsali in quell'epoca, disposizione ricordata dal giuraconsulto classico senza annettervi l'importanza di una norma ancora effettivamente vigente*<sup>40</sup>.

Twierdzenie, że Paulus referuje tutaj stan rzeczy z czasów Augusta, nie wydaje nam się przekonywujące ani dostatecznie uzasadnione. Nie widać bowiem powodów, dla których miałby się on wdawać w rozważania historyczne. Cel, dla którego Paulus tą kwestią się zajmuje (*ut sciamus quas nos liceat ducere*), przemawia, naszym zdaniem, bardzo mocno za tym, że idzie mu o przepisy prawa aktualnie obowiązujące<sup>41</sup>. Powołanie się na cesarza nadaje wypowiedzianemu pogłędowi mocniejszy fundament<sup>42</sup>. Również użycie czasownika *interpretari* nie dowodzi, że rozstrzygnięcie cesarskie miało obowiązywać tylko w odniesieniu do rozpatrzonego przypadku. Ten czasownik wskazuje natomiast, że wchodzi tu w grę reskrypt cesarski<sup>43, 44</sup>. Zresztą jeśli byśmy za Volterrą przyjęli, że August miał na uwadze wypadek szczególny, to użycie przez Paulusa formy *me* nadaje jego wypowiedzi charakter generalny. Dodatkiem poklasycznym wydaje się być zdanie końcowe: *fuisse enim eam socrum*. Jest ono zbędne<sup>45</sup>. Ponadto Paulus napisałby raczej, że ona *socrus non proprie dicatur*, albo że ona *appellatione socrus continetur*.

Tak więc przyjmując analizowane teksty za oryginalne dochodzimy do konkluzji, że w prawie klasycznym ojciec nie mógł pojąć za żonę narzeczonej syna, syn narzeczonej ojca i wreszcie, że mężczyzna

<sup>40</sup> Por. op. cit., s. 55.

<sup>41</sup> W tym fragmencie omawia Paulus naprzód kogo (spośród tych, z którymi mężczyznę wiąże, *ad finitas* powstała wskutek małżeństwa) nie może pojąć za żonę, a następnie przechodzi do zaręczyn. Tym się tłumaczy, że o *socrus* jest tu mowa dwa razy.

<sup>42</sup> Do działalności ustawodawczej Augusta por. Vollk mann, *Zur Rechtssprechung im Prinzipat des Augustus*, (1935), s. 211 nn.; F. de Robertis, *Efficacia normativa delle costituzioni imperiali* (Annali Bari, 4 (1941), s. 285 nn.); Wlassak, *Die Theorie der Rechtsquellen*, (1884), s. 153 nn.; R. Orestano, *Il potere normativo degli imperatori e le costituzioni imperiali*, (1937); idem, *Gli editti imperiali*, (BIDR 44(1937) 3 nn.).

<sup>43</sup> Por. D. 33, 8, 7; 34, 1, 13, 1; 50, 15, 8, 7; por. także Krüger, *Röm. Rechtsquellen*, 1912, s. 103 nn.; Wenger, *Quellen*, s. 429; Schwind, *Zur Frage der Publikation*, 1940, s. 140 n.; Guarino, *Ad finitas*, s. 23 uważa ten fragment za interpolowany, ponieważ w tekście występuje *interpretari*, a nie *rescribere*. Do *interpretari* u klasyków patrz obecnie Mayer-Maly, *Das Putativtitelproblem bei Usucapio*, (1962), s. 58 nn.

<sup>44</sup> Guarino za dalszą wskazówkę za interpolacją uważa brak predikatu *divus*: *La menzione di Augusto (non denominato come di solito, divus Augustus) piove improvvisamente dal cielo*. Do uzasadnienia interpolacji taki argument nie wystarcza, ponieważ juryści często przy powoływaniu się na cesarzy zmarłych i konsekrowanych opuszczają predikat *divus*. Por. np. *Enchiridion Pomponiusa* a także Mommsen, *Gesammelte Schriften*, 2, s. 156, uw. 3.

<sup>45</sup> Por. Beseler, *Beiträge*, 4, s. 195; Perozzi, *Istituzioni*<sup>2</sup> 1, s. 342<sup>1</sup>.

nie mógł zawrzeć związku małżeńskiego z matką swej byłej narzeczonej <sup>46</sup>.

Co się natomiast tyczy § 9 Inst. Just. 1, 10 stanowi on bezsensowny zlepek trzech różnych fragmentów Ulpiana i dla rekonstrukcji prawa klasycznego nie posiada większej wartości.

I. J. 1, 10, 9

Ulp. 1. 26 ad Sab. (D. 23, 2, 12, 1—3)

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.

1 Inter me et sponsam patris mei nuptiae contrahi non possunt: quamquam noverca mea non proprie dicitur. 2 Sed et per contrarium sponsa mea patri meo nubere non poterit, quamvis nurus non proprie dicitur. 3 Si uxor mea post divortium alii nupserit et filiam susceperit, putat Iulianus hanc quidem privignam non esse, verum nuptiis eius abstinendum.

Po spójniku *nam nec* w cytowanym fragmencie Instytucji należałoby spodziewać się raczej jakiegoś uzasadnienia do stanu faktycznego zaprezentowanego w zdaniu *si uxor tua*. Tymczasem po spójniku *nam* następuje przedstawienie stanów faktycznych, które ze zdaniem *si uxor tua* nie mają nic wspólnego. Zestawienie fragmentów Ulpiana i Instytucji daje doskonałą próbkę pracy kompilatorów.

Inny jeszcze skutek powoduje *quasiadfinitas* w dziedzinie prawa procesowego. *Lex Iulia et Papia* zawierała postanowienie, że teść i zięć nie mogli być zmuszani do składania zeznań przeciwko sobie. Gaius w komentarzu do tej *lex* podaje, że w rozumieniu tej ustawy ojciec narzeczonej i narzeczony byli traktowani jak teść i zięć: *In legibus, quibus excipitur, ne gener aut socer invitus testimonium dicere cogeretur, generi appellatione sponsum quoque filiae contineri placet: item soceri sponsae patrem* (D. 22, 5, 5) <sup>47</sup>.

<sup>46</sup> Por. Cohen, op. cit., s. 114 — Cic. *pro Cluentio* 5—6 podaje: o małżeństwie Sassia ze swym zięciem Melinusem: *Tum vero illa egregia ac praecleara mater palam exultare laetitia, triumphare gaudio cepit, victrix filiae non libidinis; diutius suspicionibus obscuris laedi famam suam noluit; lectum illum genialem quem biennio ante filiae suae nubenti straverat, in eadem domo sibi ornari et sterni expulsa atque exturbata filia iubet. Nubit genero socrus nullis auspiciis, nullis auctoribus, funestis omnibus omnium. O mulieris scelus incredibile et praeter hanc unam in omni vita inauditum! O libidinem effrenatam et indomitam! O audaciam singularem!* — Rzecz dzieje się w *municipium Larino* i dlatego trudno wyciągać z tego opowiadania jakieś wnioski dla prawa rzymskiego. Jak przypuszcza Costa, *Storia*, 42, uw. 1 i 6 w tym *municipium* panował inny ustrój rodzinny niż w Rzymie. — In sadowski przypuszcza, że ten wypadek musiał spowodować wydanie jakiejś ustawy, która zakazywała małżeństw pomiędzy *adfines*. Kiedy taka ustawa została wydana — pisze on — nie wiadomo; konstytucja wydana przez Dioklecjana i Maksymiana (C. J. 5, 4, 17) nazywa ją już *ius antiquum*.

<sup>47</sup> Por. Volterra, op. cit., s. 82; Kaser, *RPR*, 1, s. 275.