

SŁAWOMIR PATRYCJUSZ KURSA

**POWODY WYDZIEDZICZENIA DESCENDENTÓW
WG NOWELI 115. CESARZA JUSTYNIANA**

Ogłoszona w 542 r. Nowela 115. stanowi istotny element podjętej przez cesarza Justyniana reformy prawa spadkowego. Ogranicza ona w najwyższym stopniu uświęconą blisko tysiącletnią tradycją swobodę testowania, która czerpała swoje uzasadnienie prawne z przepisu Ustawy XII Tablic: *Uti legassit superpecunia tutelave suae rei, ita ius esto* (Rozporządzenie [testatora] co do majątku i opieki nad swym mieniem, niech będzie prawem)¹.

Innowacje wprowadzone w jej rozdziałach trzecim i czwartym ogniskują się wokół dwóch katalogów słusznych przyczyn wydziedziczenia. Pierwszy z tych rozdziałów zawiera katalog czternastu przyczyn wydziedziczenia zstępnych. Drugi zaś podaje osiem powodów wydziedziczenia wstępnym. Wszystkie określone w nich przyczyny *exheredationis* Justynian wywodzi z braku wdzięczności występującej bądź po stronie zstępnych, bądź też wstępnym.

Ze względu na rozpiętość materiału badawczego i specyfikę wspomnianych katalogów drugi z nich został wyłączony z niniejszego opracowania.

Będący przedmiotem niniejszego artykułu katalog słusznych przyczyn wydziedziczenia descendentów obejmuje następujące powody: 1) podniesienie ręki na swoich wstępnym, 2) wyrządzenie im ciężkiej i upokarzającej zniewagi, 3) oskarżenie ich o popełnienie przestępstwa prawa publicznego (*crimen*), które nie godziło w osobę cesarza lub państwo, 4) uprawianie czarów, 5) próba otrucia wstępnym albo usiłowanie pozbawienia ich życia w inny sposób, 6) faktyczny związek o podłożu seksualnym syna z macochą lub konkubiną ojca, 7) denuncjacja rodziców przez syna i narażenie ich na poniesienie z tego powodu poważnych wydatków, 8) bezduszna odmowa poręczenia przez męskich descendentów za uwięzionych wstępnym, 9) usiłowanie udaremnienia wstępnym sporządzenia testamentu, 10) wstąpienie do trupy gladiatorów lub mimów i wykonywanie tych zawodów wbrew woli wstępnym, 11) odmowa zamażpójścia przez córkę lub wnuczkę połączona z wyborem rozwiązłego trybu życia, mimo ustanowienia przez rodziców lub dziadków stosownego posagu, 12) zaniedbanie opieki i pomocy wstępnym w czasie ich choroby psychicznej, 13) zaniedbanie wykupu pojmanego wstępnego, 14) wżgarda wyznawanej przez

¹ Tab. 5,3.

wstępnego wiary katolickiej przez praktykowanie herezji i nieutrzymywanie więzi z Kościołem.

Przyczyny te zostaną wyjaśnione w porządku podanym przez Justyniana, w drodze analizy dogmatyczno-prawnej i historyczno-prawnej, na tle zagranicznych i polskich komentarzy do Nov. 115,3.

I. PODNIESIENIE RĘKI NA SWOICH WSTĘPNYCH

Pierwszą z przyczyn wydziedziczenia zstępnych, jakie Justynian umieścił w swoim ekskluzywnym katalogu, było podniesienie ręki na swoich wstępnych:

Nov. 115,3,1: *Si quis parentibus suis manus intulerit* (Jeśli ktoś podniósłby rękę na swoich wstępnych).

Według zamieszczonego w Digestach fragmentu tekstu Ulpiana pochodzącego z pierwszej księgi Opinii:

D. 37,15,1,2: (*Ulpianus, lib. 1 opinionum*) *Si filius matrem aut patrem, quos venerari oportet, contumeliis adficit vel impias manus eis infert, praefectus urbis delictum ad publicam pietatem pertinens pro modo eius vindicat* (Jeżeli syn urągał swojej matce lub ojcu, których powinien czcić, lub podniósł na nich bezbożnie rękę, prefekt miasta ma ukarać to przestępstwo naruszające publiczną pobożność, stosownie do ciężkości przypadku)

podniesienie ręki na ojca lub matkę stanowiło obok innych form zniewagi wstępnych jeden z przejawów braku pobożności² i było uważane za przestępstwo podlegające sankcji nieokreślonej, której wymiar w czasach cesarstwa został powierzony prefektowi miasta. Aplikacja tej kary nie obowiązywała jednak wstępnego w żaden sposób do wydziedziczenia jego sprawcy, lecz jedynie stwarzała taką możliwość.

Fieffe-Lacroix uważa, że „podniesienie ręki” oznaczało spoliczkowanie lub wymierzenie pogardliwych ciosów³. Według H. Delanglade polegało ono na zadaniu ascendentom ciosów lub ran⁴. Podobnie P. Voci⁵ i A. Manfredini⁶ utożsamiają je z wymierzeniem ascendentom uderzeń. W tym samym duchu wypowiada się również M. Zabłocka, która uważa, że mogło ono przybrać jakąkolwiek postać „nastawiania

² Pobożność (*pietas*) była jedną z cnót, którą Rzymianie cenili bardzo wysoko. W okresie politeizmu doszło nawet do jej personifikacji i podniesienia do rangi bóstwa. W praktyce oznaczała ona postawę polegającą na skrupulatnym wypełnianiu obowiązku czci i szacunku zarówno wobec bogów, jak i ojczyny, rodziców oraz przyjaciół. W czasach chrześcijańskich identyfikowano ją z czcią oddawaną Trójcy Świętej, patriotyzmem i miłością względem najbliższych. Zob. J.A. Hild, *Virtus*, w: *Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines* [dalej DAGR], t. V, Paris 1929, s. 926–927; J.C. Fredouille, *Pietas*, w: *Dictionnaire de la Civilisation romaine*, Paris 1999, s. 122.

³ Fieffe-Lacroix, *Exheredatio*, w: *La clef des lois romaines, ou dictionnaire analytique et raisonne de toutes les matieres contenues dans le Corps de Droit*, t. 1, Metz 1809, s. 210: „si le fils met la main sur son père, comme s’il lui a donné un soufflet, ou quelque coup par mepris”.

⁴ H. Delanglade, *Du testament inofficieux et de la legitime en droit romaine*, Marseille 1884, s. 109: „Si l’enfant a portée à ses parents des coups ou blessures”.

⁵ P. Voci, *Diritto ereditario romano*, t. II, Milano 1963, s. 739: „percosse”.

⁶ A. Manfredini, *Istituzioni di diritto romano*, Torino 2003, s. 228: „le percosse contro il genitore”.

na zdrowie” ascendentą⁷. W. Osuchowski ujmuje tę przyczynę najszerzej, pisząc, że podstawą wydziedziczenia była „czynna zniewaga cielesna”⁸.

Z powyższego wynika, że wszyscy wymienieni komentatorzy Nov. 115,3,1 zgadzają się co do tego, że podstawy wydziedziczenia zstępnych dostarczało ascendentowi naruszenie jego nietykalności cielesnej, mieszczące się w dobrze określonym w źródłach prawa pojęciu zniewagi czynnej, czyli realnej (*iniuria realis*). Według Digestów Justyniańskich do tego rodzaju zniewagi mogło wszakże dojść nie tylko przez popchnięcie, uderzenie, pobicie, ale również poprzez użycie groźby bezprawnej dla wywołania uczucia ciężkiej bojaźni (np. grożąc zabiciem)⁹. W tym kontekście wydaje się, że najpełniej myśl rzymskiego prawodawcy oddał W. Osuchowski¹⁰.

W świetle I. 4,4,11 należy przyjąć, że podstawy do wydziedziczenia zstępnego dostarczał nie tylko fakt osobistego podniesienia ręki na wstępnego, lecz także wyrządzenie zniewagi realnej przez osobę trzecią, naklonioną przez descendantą do popełnienia tego rodzaju czynu podstępem lub innymi staraniami¹¹.

II. WYRZĄDZENIE WSTĘPNYM CIĘŻKIEJ I UPOKARZAJĄCEJ ZNIEWAGI

Justynian, nawiązując do tradycji prawnej, uznał wyrządzenie wstępnym ciężkiej i upokarzającej zniewagi za odrębną przyczynę wydziedziczenia:

Nov. 115,3,2: *Si gravem et inhonestam iniuriam eis ingesserit* (Jeśli wyrządziłby im ciężką i upokarzającą zniewagę).

Zniewaga (*iniuria*) od najdawniejszych czasów była traktowana w prawie rzymskim jako przestępstwo przeciwko dobremu obyczajom¹². Można było jej dokonać czynem (*re*), słowami (*verbis*)¹³ lub pismem (*litteris*) bądź w inny sposób¹⁴.

⁷ Zob. W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, *Prawo rzymskie. Instytucje*, Warszawa 2001, s. 186.

⁸ Zob. W. Osuchowski, *Rzymskie prawo prywatne. Zarys wykładu*, Warszawa 1981, s. 462.

⁹ D. 47,10,15,1: (*Ulpianus, lib. 77 ad edictum*) *Si quis pulsatus quidem non est, verum manus adversum eum levatae et saepe territus quasi vapulaturus, non tamen percussit: utili iniuriarum actione tenetur* (Jeżeli ktoś nie został w rzeczywistości uderzony, ale zostały na niego podniesione ręce i doznał strachu, jakby był uderzony, przysługuje mu skarga użyteczna o zniewagę).

¹⁰ Wymieniając omawianą przyczynę wydziedziczenia zstępnego, W. Osuchowski, podobnie jak P. Voci i A. Manfredini łączy ją z innymi postaciami zniewagi, wyczerpującymi treść przyczyny omówionej w NOY. 115,3,2.

¹¹ I. 4,4,11: *Non solum autem is iniuriarum tenetur qui fecit iniuriam, hoc est quipercussit: verum ille quoque continebitur, qui dolo fecit vel qui curavit, ut cui mala pugno percuteretur* (Odpowiada z tytułu zniewag nie tylko ten, kto wyrządził zniewagę, to jest, który uderzył, lecz zaprawdę także ten, kto sprawił podstępnie lub zatroszczył się, aby kogoś pięścią uderzono).

¹² Coli. 2,5,2: (*Paulus*) *Commune omnibus iniuriis est, quod semper adversus bonos mores fit [...]* (Wspólne dla wszystkich zniewag jest to, że zawsze są przeciwko dobremu obyczajom [...]); zob. także D. 47,10,15,2.

¹³ D. 47,10,1,1: (*Ulpianus, lib. 56 ad edictum*) *Iniuriam autem fieri Labeo ait aut re aut verbis: re, quotiens manus inferuntur: verbis autem, quotiens non manus inferuntur, convicium fit* (Labeo mówi, że zniewagi dokonuje się czynem albo słowami; czynem, ilekroć używa się rąk; słowami ilekroć nie używa się rąk, gdy zaś słowa stają się obelżywe).

¹⁴ Zob. I. 4,4,1. Zdaniem Ulpiana wszelka zniewaga była zamachem na ciało albo godność albo sławę: D. 47,10,1,2: (*Ulpianus, lib. 56 ad edictum*) *Omnemque iniuriam aut in corpus inferri aut ad dignitatem aut ad infamiam pertinere [...]*.

Przy ocenie rodzaju i ciężkości zniewagi brano pod uwagę następujące okoliczności: 1) rodzaj czynu; 2) pozycję społeczną osoby, która doznała zniewagi; 3) pozycję społeczną osoby, która ją wyrządziła; 4) miejsce i czas, w którym jej dokonano; 5) ewentualnie część ciała, którą zraniono¹⁵.

W odróżnieniu od pierwszej przyczyny wydziedziczenia, która sprowadzała się do wyrządzenia zniewagi realnej, źródłem zniewagi określonej w Nov. 115,3,2 mogły być słowa lub pismo, uwłaczające godności osobistej lub dobrej sławie ascendentów.

Spośród komentatorów Nov. 115,3 najpełniej drugą przyczynę wydziedziczenia określa M. Zabłocka, pisząc, że stanowi ją „nastawianie na cześć i dobre imię”, chociaż zamach na nie wiąże tylko z rodzicami i nie odnosi ich do pozostałych ascendentów, o których wzmiankuje Justynian w *principium* Nov. 115,316. H. Delanglade¹⁷, P. Voci¹⁸, A. Manfredini¹⁹ i W. Osuchowski²⁰, nie wchodząc w szczegóły, tej przyczyny wydziedziczenia upatrują w ciężkiej zniewadze lub zniewagach wyrządzonych wstępnym, które odróżniają jednak od zniewagi realnej. Mało precyzyjne są natomiast w tej materii poglądy B. Biondiego i Fieffe-Lacroix. B. Biondi, zaliczając bowiem do przyczyny wydziedziczenia descendentów ciężką zniewagę wyrządzoną ascendentem, nie dokonuje żadnych rozróżnień²¹. Z kolei Fieffe-Lacroix z jednej strony bezpodstawnie zawęża podmiot czynny przestępstwa ciężkiej zniewagi do syna, a podmiot bierny do osoby ojca, z drugiej zaś strony zaciera różnicę między przyczyną drugą i pierwszą, twierdząc, że w całym rozdziale trzecim chodzi o zniewagę słowną i realną²².

Do słownej zniewagi (*iniuria verbalis*) mogło dojść na skutek znieważającej wypowiedzi bądź w obecności, bądź pod nieobecność osoby znieważonej. Natomiast zniewaga pisemna (*iniuria litteralis*) następowała poprzez upublicznienie jakiegoś znie-

¹⁵ Por. I. 4,4,9: *Atrox iniuria aestimatur vel ex facto, veluti si quis ab aliquo vulneratus fuerit vel fustibus caesus: vel ex loco, veluti si cui in theatro vel in foro vel in conspectu praetoris iniuria facta sit: vel ex persona, veluti si magistratus iniuriam passus fuerit, vel si senatori ab humili iniuria facta sit, aut parenti patronoque fiat a liberis vel libertis: aliter enim senatoris et parentis patronique, aliter extranei et humilis personae iniuria aestimatur. Nonnumquam et locus vulneris atrocem iniuriam facit, veluti si in oculo quis percussus sit. Parvi autem refert, utrum patri familias an filio familias talis iniuria facta sit: nam et haec atrox aestimabitur* (Zniewagę ocenia się jako ciężką bądź ze względu na czyn, na przykład jeśli ktoś zostanie przez kogoś zraniony albo pobity kijami; bądź ze względu na miejsce, na przykład jeśli zniewaga zostanie wyrządzona komuś w teatrze albo na rynku lub przed pretorem; bądź ze względu na osobę, na przykład jeśli dozna zniewagi urzędnik lub wyrządzona zostanie zniewaga senatorowi przez osobę postawioną nisko, lub wstępnemu czy patronowi przez zstępnych czy wyzwolenców. Inaczej bowiem oceniane jest znieważenie senatora oraz wstępnego i patrona, inaczej osoby postronnej i osoby niskiego stanu. Czasem i miejsce rany czyni zniewagę ciężką, na przykład jeśli ktoś został uderzony w oko. Małe zaś ma znaczenie, czy taka zniewaga została wyrządzona ojcu rodziny, czy synowi podległemu władzy ojcowskiej, i w tym ostatnim przypadku bowiem uważa się ją za ciężką); zob. także D. 47,10,7,7–8; 47,10,8; 47,10,15,28; 47,10,17,3.

¹⁶ W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, op. cit., s. 186.

¹⁷ H. Delanglade, op. cit., s. 109: „S'il s'est rendu coupable envers eux d'injures graves”.

¹⁸ P. Voci, op. cit., s. 739: „altre gravi offese”.

¹⁹ A. Manfredini, op. cit., s. 228: „ricordiamo le gravi ingiurie”.

²⁰ W. Osuchowski, op. cit., s. 462: „ciężka obraza słowna”.

²¹ B. Biondi, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1972, s. 749: „offesa grave”.

²² Fieffe-Lacroix, op. cit., s. 210: „si le his a fait une injure atroce à son père: l'injure dont il est parle dans ce chapitre s'étend de l'injure verbale et réelle”.

sławiającego pisma lub poematu skierowanego przeciwko danej osobie²³. Istotnym elementem przestępstwa zniewagi był zły zamiar po stronie sprawcy. Dlatego z braku winy umyślnej (*dolus*) nie mogły go popełnić osoby chore psychicznie, niedojrzałe, które były *dolo incapaces*²⁴ oraz osoby, które utraciły świadomość²⁵.

Zniewaga uczyniona rodzicom przez descendantą była zawsze uważana za wyjątkowo ciężką. Określano ją przymiotnikiem *atrox*, a więc była odbierana jako okropna, straszna, przejmująca zgrozą²⁶. Zniewagę dokonaną za pomocą zniesławiających pism uważano za cięższą od zniewagi słownej, ponieważ to, co zostało napisane, mogło trwać dłużej i roznosiło się szybciej niż słowa. W przypadku udowodnienia komuś, że sporządził pismo zniesławiające, opublikował je lub polecił opublikować w celu zaszkodzenia komuś na honorze i dobrej sławie, orzekano w wyroku, że jest on niezdolny do składania zeznań i sporządzenia testamentu²⁷ oraz dotknięty infamią prawną. Od czasów cesarzy Walentyniana i Walensa ten rodzaj zniewagi karany był śmiercią. Edykt wydany w 365 r. w Konstantynopolu przez wymienionych cesarzy, dotyczący zniesławiających pism, zachęcał do denuncjacji tego przestępstwa władzy publicznej dla dobra wspólnego i jednocześnie przestrzegał fałszywego oskarżyciela, że spotka go ta sama kara, jeżeli nie udowodni swego donosu²⁸.

Gdy zniewaga w jednej z wymienionych form była dokonana względem rodziców, nie była ścigana sądownie, zgodnie z zasadą, że między osobami, które łączą stosunek podległości, niemożliwe jest żadne powództwo²⁹, ale stanowiła ona dostateczny powód wydziedziczenia na długo przed Nowelą 115. Justyniana. Świadczy o tym fragment reskryptu cesarza Aleksandra Sewera z roku 230, skierowanego do Juwencjusza:

C. 2,12,13: (*Imp. Alex. A. Juventio*) *Ea, quae pater testamento suo filios inrepans scripsit, infames quidem filios iure non faciunt, sed apud bonos et graves opinionem eius, qui patri displicuit, onerant* (Te [słowa], które ojciec w swoim testamencie napisał, ganiąc synów, nie czynią wprowadzić synów prawnie zniesławionymi, lecz podważają u dobrych i poważanych [obywateli] opinię tego, który nie był ojcu miły).

Z owego reskryptu wynika, że jeden z synów czujący się pokrzywdzony rozporządzeniem testamentowym swojego ojca usiłował dowieść przed sądem, że złajanie go wraz z jego braćmi w testamencie przez ojca, któremu nie był miły, nie może stanowić podstawy do naruszenia jego praw do dziedziczenia po zmarłym rodzicu, ponieważ żaden z wymienionych w testamencie braci nie został za swoje zachowanie skazany

²³ D. 47,10,5,9: (*Ulpianus, lib. 56 ad edictum*) *Si quis librum ad infamiam alicuius pertinentem scripserit copposuerit ediderit dolove malo facerit, quo quid eorum fieret, etiamsi alterius nomine ediderit vel sive nomine, uti de ea re agere liceret [...]* (Jeżeli ktoś napisał książkę w celu zniesławienia kogoś, ułożył ją, wydał lub umyślnie nakłonił kogoś do uczynienia tego, także kiedy wydał ją w cudzym imieniu albo bez podania autora może być ścigany z tego powodu [...]).

²⁴ D. 47,10,3,1.

²⁵ D. 48,19,11,2.

²⁶ D. 47,10,9,2.

²⁷ D. 22,5,21 pr.; 28,1,18,1; 47,10,5,9.

²⁸ C. 9,36,1.

²⁹ G. 4,78; I. 4,8,6.

sądownie i ukarany infamią prawną. Można przypuszczać, że wszczęty przez syna proces toczył się na podstawie *querela inofficiosi testamenti*. Cesarz, rozróżniając w swoim reskrypcie infamię prawną i faktyczną, stwierdził, że chociaż synowie nie popadli w infamię prawną, to surowa ocena wystawiona swoim synom przez ojca podważa opinię skarżącego syna (*opinionem eius*) u prawych i poważanych obywateli. Wydaje się, że biorąc pod uwagę użyte w reskrypcie wyrażenie *quipatri displicuit* (który był nie miły ojcu), przyczyną pozbawienia skarżącego syna należnego działu spadkowego bądź całkowitego wydziedziczenia mogło być, jak słusznie przypuszcza B. Sitek, „złorzeczenie ojcu, ułożenie na niego paszkwilu – *carmina*, czy po prostu brak szacunku lub troski o starego ojca”³⁰. W swoim reskrypcie cesarz udzielił tym samym sędziemu wiążącej odpowiedzi, że powodem odrzucenia powództwa może być nie tylko *iniuria* dowiedziona sądownie i ukarana infamią prawną, lecz również nieukarana zniewaga, która rodziła infamię faktyczną.

III. OSKARŻENIE WSTĘPNYCH O POPEŁNIENIE PRZESTĘPSTWA PRAWA PUBLICZNEGO (*CRIMEN*), KTÓRE NIE GODZIŁO W OSOBĘ CESARZA LUB PAŃSTWO

Trzecia z kolei przyczyna, jaką znajdujemy w omawianym katalogu, dotyczyła oskarżenia wstępnych o popełnienie jakiegoś przestępstwa prawa publicznego, z wyjątkiem przestępstw przeciwko cesarzowi lub państwu:

Nov. 115,3,3: *Si eos in criminalibus causis accusaverit, quae non sunt adversus principem, seu rempublicam* (Jeżeli [descendent] oskarżyłby ich [wstępnych] w sprawach karnych, które nie są przeciwko cesarzowi lub państwu).

W pojmowaniu tej przyczyny istnieją daleko idące rozbieżności między jej komentatorami. Co więcej, wyrażane przez nich opinie wydają się odbiegać zarówno od ustaleń rzymskiego prawa materialnego, jak i procesowego. Wątpliwości budzi przede wszystkim opinia Fieffe-Lacroix³¹ i H. Delanglade³², według której źródłem tej przyczyny wydziedziczenia było oskarżenie wstępnego o popełnienie przestępstwa publicznego, za które groziła kara główna, ponieważ nie wszystkie przestępstwa były taką karą zagrożone³³. R. Voci³⁴ i B. Biondi³⁵ są bardziej powściągliwi w swoich opiniach i mówią wyłącznie o oskarżeniu w sprawach karnych. W. Osuchowski³⁶,

³⁰ B. Sitek, *Infamia w ustawodawstwie cesarzy rzymskich*, Olsztyn 2003, s. 82.

³¹ Fieffe-Lacroix, op. cit., s. 210: „si le fils a accusé son père de crime Capital, excepté le crime de lèse majeste, ou de trahison contre la patrie”.

³² H. Delanglade, op. cit., s. 109: „S’il a soulevé contre eux une accusation capitale, autre que celle qui viserait l’empereur ou l’Etat”.

³³ Zob. D. 48,1,2.

³⁴ P. Voci, op. cit., s. 739: „accusa penale, eccettuati i delitti contro lo Stato o l’imperatore”.

³⁵ B. Biondi, op. cit., s. 749: „accusa”.

³⁶ W. Osuchowski, op. cit., s. 462: „denuncjacja o popełnieniu przestępstwa z wyjątkiem zdrady stanu (obraza majestatu cesarskiego)”.

W. Litewski³⁷ i A. Manfredini³⁸ zdają się sugerować, że podstawę do wydziedziczenia dawało tylko formalne wniesienie powództwa karnego. Opinie tych ostatnich autorów nie uwzględniają okoliczności, że prawo rzymskie wzbraniało niektórym osobom występowania z oskarżeniem karnym.

Rzymianie rozróżniali w swoim porządku prawnym przestępstwa prawa prywatnego, określane terminem *delicta*³⁹, i przestępstwa o charakterze publicznym, zwane *crimina*⁴⁰.

Do pierwszych zaliczano następujące przestępstwa: *furtum* (kradzież)⁴¹, *rapina* (rabunek)⁴², *iniuria* (zniewaga)⁴³, *damnum iniuria datum* (bezprawne wyrządzenie szkody w cudzym majątku)⁴⁴, *dolus* (rozmyślne wprowadzenie w błąd)⁴⁵, *metus* (wywołanie bojaźni wskutek bezprawnej groźby)⁴⁶, *firaus creditorum* (działanie na szkodę wierzycieli)⁴⁷, *servi corruptio* (deprawacja cudzego niewolnika)⁴⁸.

Należy zauważyć, że *iniuria* i *metus* mieściły się w koncepcji dwóch omówionych wcześniej przyczyn wydziedziczenia, określonych w Noweli 115.

W szerokim spektrum przestępstw o charakterze publicznym, zważywszy na rodzajowe dobro chronione, mieściły się następujące:

- 1) przestępstwa przeciwko mieniu: a) kwalifikowane postaci kradzieży – *raptus de incendio, ruina, naufragio, ratę vel nave expugnata* (przywłaszczenie rzeczy pochodzących z pożaru, katastrofy budowlanej, katastrofy morskiej łodzi lub statku)⁴⁹, *crimen rapinae* (zabór cudzego majątku przemocą)⁵⁰, *abigeatus* (kradzież trzody chlewnej)⁵¹, *expilatio* (spłodrowanie cudzej własności), *effractio* (kradzież z włamaniem)⁵², *plagium* (uprowadzenie człowieka wolnego lub kradzież cudzego niewolnika)⁵³, *crimen expilatae hereditatis* (kradzież rzeczy należących do cudzego spadku)⁵⁴; b) inne przestępstwa przeciwko mieniu – *servi corruptio* (deprawacja niewolnika)⁵⁵, *stellionatus* (oszustwo)⁵⁶, *violatio sepulchri* (zbezczeszczenie grobu)⁵⁷;

³⁷ W. Litewski, *Rzymskie prawo prywatne*, Warszawa 1994, s. 320: „w zasadzie skarga kama wniesiona przeciw spadkodawcy”.

³⁸ A. Manfredini, op. cit., s. 228: „l’averlo accusato di un crimine”.

³⁹ Szerzej na ten temat zob. O.F. Robinson, *The Criminal Law of Ancient Rome*, Baltimore 1995, s. 23 i n.; M. Kuryłowicz, *Prawo i obyczaje w starożytnym Rzymie*, Lublin 1994, s. 182 i n.

⁴⁰ Szerzej na ten temat zob. ibidem, s. 148 i n.

⁴¹ 1.4.1.

⁴² 1.4.2.

⁴³ 1.4.4.

⁴⁴ 1.4.3.

⁴⁵ 1.4.16.2.

⁴⁶ I. 4.6.27; C. 9.47.22.

⁴⁷ I. 4.6.6.

⁴⁸ 1.4.1.8.

⁴⁹ D. 47.9.

⁵⁰ C. 9.33.3 i n.

⁵¹ D. 47.14.1.1–2.

⁵² D. 47.18.

⁵³ C. 9.20.

⁵⁴ D. 47.19.

⁵⁵ D. 47.11.5.

⁵⁶ D. 47.20.

⁵⁷ D. 47.12.8.

- 2) przestępstwa fałszu – *falsi testamentorum vel codicilliorum* (fałszerstwa związane z testamentami lub kodycyłami), *falsatio signorum* (fałszowanie pieczęci)⁵⁸, *falsum nominis vel cognominis* (sfalszowanie imienia lub nazwiska)⁵⁹;
- 3) przestępstwa przeciwko życiu i wolności osoby – *homicidium* (zabójstwo człowieka wolnego lub niewolnika)⁶⁰, *parricidium* (zabójstwo najbliższych krewnych lub patrona)⁶¹, *abortus* (spędzenie płodu)⁶², *crimen vis privatae* (użycie przemocy fizycznej względem osoby, na przykład: wyzucie kogoś siłą zbrojną z posiadania domu lub majątku, wyegzekwowanie siłą wierzytelności, uprowadzenie narzeczonej lub uwięzienie syna)⁶³, *castratio* (kastrowanie)⁶⁴, *circumcissio personae non ejusdem religionis* (obrzezanie osoby odmiennej religii)⁶⁵;
- 4) przestępstwa na tle seksualnym – *incestum* (kazirodstwo)⁶⁶, *bigamia* (dwużeństwo)⁶⁷, *adulterium* (cudzołóstwo)⁶⁸, *stuprum* (nierząd)⁶⁹, *lenocinium* (stręczycielstwo, prostytutka)⁷⁰, *luxuria contra naturam* (praktyki homoseksualne)⁷¹, *vis et raptus* (gwałt i uprowadzenie w celach lubieżnych)⁷².

Z przytoczonych źródeł prawa wynika, że Justynian dokonał zasadniczej systematyki przestępstw prawa prywatnego i publicznego w księgach 47. i 48. Digestów oraz księdze 9. Kodeksu. Zawarte tam regulacje nie miały jednak charakteru zupełnego, ponieważ z określeniem innych przestępstw spotykamy się w różnych miejscach jego kodyfikacji, a także w późniejszych Nowelach.

Ze sformułowania *quae non sunt adversus principem, seu rempublicam* wynika, że nie mogło być przyczyną wydziedziczenia przez wstępnych oskarżenie ich, dokonane przez własnych zstępnych, o popełnienie przestępstw przeciwko cesarzowi i państwu. Do takich zaś należały: *seditio et tumultus* (próba secesji lub wzniecenie i udział w buncie)⁷³, przynależność do zabronionych stowarzyszeń, *crimen vis publicae* (nadużycie siły godzące w porządek publiczny, na przykład gromadzenie broni w dużej ilości, skazywanie na tortury lub śmierć obywatela rzymskiego bez możliwości apelacji)⁷⁴, wymuszanie nienależnych świadczeń przez urzędników, *peculatus* (sprzeniewierzenie mienia państwa)⁷⁵, *sacrilegium* (świętokradztwo)⁷⁶, *annonae* (przestęp-

⁵⁸ I. 4,18,7; D. 48,10,2.

⁵⁹ D. 48,10,13.

⁶⁰ Paul. Sent. 5,23,10; D. 48,8; C. 9,14,1.

⁶¹ Paul. Sent. 5,25,24; I. 4,18,6; D. 48,9; C. 9,17.

⁶² D. 47,11,4; 48,8,8.

⁶³ Paul. Sent. 5,26,3–4; D. 48,7; C. 9,12.

⁶⁴ Paul. Sent. 5,22,3–4; D. 48,8,4,2; 48,8,5–6; C. 1,9,16; 1,10; 4,42,1–2; Nov. 142.

⁶⁵ D. 48,8,11.

⁶⁶ D. 48,5,38–39; C. 5,5.

⁶⁷ D. 3,2,1; C. 5,5,2; 9,9,18.

⁶⁸ D. 48,5; C. 9,9.

⁶⁹ D. 47,11,1,2; 48,5; C. 9,9.

⁷⁰ D. 3,2,1; 48,5,2; C. 4,56,1–3; 9,9,2; Nov. 14.

⁷¹ Nov. 77.

⁷² D. 48,5,13,7; 48,6,5,2; 48,6,6; C. 9,13; Nov. 143.

⁷³ Paul. Sent. 5,22,1; D. 48,6,5 pr.

⁷⁴ Paul. Sent. 5,23,7; 5,26,1–2; D. 48,6.

⁷⁵ D. 48,13; C. 9,28,1.

⁷⁶ D. 48,13; C. 9,29. Szerzej na ten temat A. Dębiński, *Sacrilegium w prawie rzymskim*, Lublin 1995, s. 55 i n.

stwa związane z zaopatrzeniem w żywność⁷⁷, *ambitus* (bezprawne wpływanie na wynik wyborów lub wyrok sądowy)⁷⁸, *falsum monetarum* (fałszowanie monet)⁷⁹, *crimen laese majestatis* (działanie przeciwko ludowi rzymskiemu i jego bezpieczeństwu, na przykład poprzez krzywoprzysięstwo, szpiegostwo, zdradę tajemnicy państwowej)⁸⁰, *maledixio imperatori* (złorzeczenie przeciwko cesarzowi)⁸¹.

Rozpatrując wydziedziczenie z powodu popełnienia przestępstwa prawa publicznego, trzeba też uwzględnić przepisy, na jakich się opierało postępowanie w takich przypadkach. Generalnie każdy, któremu prawo wyraźnie tego nie zabraniało, mógł oskarżyć inną osobę o popełnienie takiego przestępstwa. Procedura obejmowała obowiązek sporządzenia przez oskarżyciela pisemnej skargi karnej (*libellus accusationis*), w której należało określić właściwość sądową, wskazać podstawę prawną oraz opisać okoliczności popełnienia przestępstwa. Skarga karna musiała być podpisana własnoręcznie przez oskarżyciela lub osobę towarzyszącą mu, gdy *accusator* nie potrafił pisać. Oskarżyciel musiał również złożyć przyrzeczenie (*fideiussum*), że będzie uczestniczył w postępowaniu karnym aż do jego formalnego zakończenia. W przypadku niedopełnienia tych formalności oskarżenie było oddalane⁸².

Mimo istnienia zasady ogólnej, że każdy z obywateli może wnieść powództwo karną, w prawie istniały przepisy czyniące szereg osób niezdolnymi do wystąpienia przed sądem karnym w charakterze oskarżyciela. Za niezdolne do złożenia oskarżenia o przestępstwo prawa publicznego, z niektórymi wyjątkami, w szczególności przestępstw przeciwko państwu, w prawie justyniańskim zostały uznane kobiety⁸³, osoby, nad którymi sprawowano opiekę, małoletni poniżej szesnastego roku życia, żołnierze, osoby, których majątek nie przekraczał pięćdziesięciu aureusów, krzywoprzysięzcy oraz inne osoby dotknięte infamią prawną. Wśród tych osób, którym odmawiano prawa do oskarżenia kogoś o przestępstwo, wymieniono również dzieci i wyzwolenców, ale to ograniczenie odnosiło się tylko do spraw przeciwko rodzicom lub patronowi⁸⁴. Inaczej mówiąc, dzieciom nie wolno było oskarżać swoich rodziców, a wyzwolenców swoich patronów o popełnienie przestępstwa prawa publicznego, chyba że w grę wchodził ich własny interes, np. jeżeli zostali przez nich usunięci siłą z własnego posiadania. Jednakże w tym przypadku proces nie miał charakteru procesu karnego, lecz był procesem posesoryjnym⁸⁵.

Z powyższego wynika, że przyczyną wydziedziczenia nie mogło być formalne oskarżenie przez descendantę swojego wstępnego o popełnienie przez niego przestępstwa prawa publicznego, ponieważ prawo na to nie przyzwalało. Dlatego przyczynę określoną przez Justyniana w Nov. 115,3,3 stanowiło w istocie rzeczy usiłowanie, czy też nieskuteczna próba wszczęcia sprawy karnej. Natomiast zaznaczony

⁷⁷ D. 48,12.

⁷⁸ D. 48,14.

⁷⁹ D. 48,10,9; C. 9,24.

⁸⁰ Paul. Sent. 5,29; D. 12,2,13,6; 48,4; 49,16,6,4; C. 9,8; 9,47,25,

⁸¹ D. 9,7.

⁸² D. 48,2,3; 48,2,7; C. 9,1,3.

⁸³ D. 48,2,1; W. Litewski, *Podstawowe wartości prawa rzymskiego*, Kraków 2001, s. 180.

⁸⁴ D. 48,2,1; 48,2,8.

⁸⁵ D. 48,2,11,1.

w omawianym zdaniu wyjątek co do przestępstw przeciwko cesarzowi i państwu należy tłumaczyć tym, że w ich przypadku rzymskie prawo karne traktowało dobro państwa wyżej od dobra rodziny. W konsekwencji, jeżeli zachodziła podstawa faktyczna, zstępni mogli oskarżać wstępnych o tego rodzaju przestępstwa⁸⁶.

Sprawcom wspomnianych przestępstw z zasady groziła konfiskata majątku. Stąd też kwestia wydziedziczenia w takim wypadku była bezprzedmiotowa. To, czy zstępni skazanego wstępnego za przestępstwo przeciwko państwu lub cesarzowi otrzymali jakąś część majątku po nim, zależało wyłącznie od szczególnych przepisów prawa lub cesarskiej łaski.

IV. UPRAWIANIE CZARÓW

Do przestępstw, których skutków obawiano się w Rzymie w najwyższym stopniu, należało uprawianie czarów. Było ono zawsze podejrzane i napiętnowane. Od Ustawy XII Tablic aż po ustawodawstwo cesarza Teodozjusza obok *veneficium* pod to przestępstwo podciągano coraz więcej niekonwencjonalnych praktyk i systematycznie zaostrzano kary za ich uprawianie⁸⁷. Paulus, komentując ustawę *Cornelia de sicariis et veneficiis* z 84 r. p.n.e., pisał, że wspólnicy czarowników podlegają karze śmierci przez rzucenie na pożarcie zwierzętom lub ukrzyżowanie, samych zaś czarowników pali się żywcem⁸⁸. Zdecydowaną walkę uprawianiu czarów wypowiedzieli cesarze chrześcijańscy, m.in. cesarz Konstantyn w 321 r. polecił karać i zwalcząć za pomocą najsurowszych ustaw tych, którzy stosując czary, niszczyli zdrowie ludzi albo pobudzali osoby wstydliwe do czynów rozwiązłych⁸⁹. Także cesarze Walentynian, Teodozjusz i Arkadiusz nakazywali wydać winnego czarów władzy publicznej jako społecznego wroga, celem skazania go na śmierć w postępowaniu sądowym⁹⁰. Wszystkie te przepisy karne zostały utrzymane w mocy przez cesarza Justyniana. Nietrudno domyśleć się, że w tym przypadku zarówno na wprowadzenie ich w życie, jak i utrzymanie w mocy prawnej miała wpływ religia chrześcijańska, która zabraniała wszelkich bałwochwalczych i zabobonnych praktyk.

W tym kontekście nie dziwi fakt, że cesarz Justynian uznał w Noweli 115. uprawianie czarów za dostateczną przyczynę wydziedziczenia (czwartą z rzędu). Z określającego tę przyczynę zdania:

⁸⁶ Także osoby *pro regula* uznane za niezdolne do złożenia oskarżenia, takie jak kobiety, osoby niegodne, a nawet niewolnicy, były uznane za zdolne do złożenia formalnej denuncjacji o popełnieniu przestępstwa przeciwko państwu, a nawet spotykała ich za to nagroda, jak na przykład w przypadku oskarżenia lub denuncjacji przestępstwa fałszowania monet czy też uprawiania czarów. Zob. C. 9,24,1–2; 9,18,3 *in fine*.

⁸⁷ Zob. H. Hubert, *Magia*, w: DAGR, t. III, cz. II, Paris 1896, s. 1494–1521.

⁸⁸ Paul. Sent. 5,23,11: *Magicae artis conscios summo supplicio adfici placuit, idest bestiis obici aut cruci suffigi. Ipsi autem magi vivi exuruntur*.

⁸⁹ C.Th. 9,16,3 = C. 9,18,4 pr.: *Eorum estscientiapunienda et severissimis merito legibus vindicanda, qui magicis adincti artibus aut contra salutem hominum moliti aut pudicos animos ad libidinem deflexisse deteguntur*. Zob. także konstytucję *adpopulum* cesarzy Konstantyna i Juliana z 357 roku (C. Th. 9,16,4 = C. 9,18,5).

⁹⁰ C. Th. 9,16,11 = C. 9,18,9.

Nov. 115,3,4: *Si cum maleficis ut maleficus versatur* (Jeżeli ktoś z czarownikami praktykuje czary)

wynika, że do wydziedziczenia kogoś z tego powodu Justynian nie wymagał, aby czynności i praktyki zmierzające do sprowadzenia zła na człowieka lub społeczność ludzką odnosiły się bezpośrednio do ascendentów.

Niektórzy komentatorzy przytoczonego zdania tłumaczą użyty w nim dwukrotnie termin *maleficus*, za pierwszym razem przymiotnikowo, tj. w zwrocie *cum maleficis* (ze źle czyniącymi), a za drugim razem rzeczownikowo, w takim znaczeniu, w jakim występował on w literaturze romanistycznej, i w efekcie przyjmują, że chodzi w nim o obcowanie w charakterze złooczyńcy ze złooczyńcami⁹¹. Należy zauważyć, że tego rodzaju interpretacja terminu *maleficus* ma charakter rozszerzający. W tekstach prawnych od czasów Dioklecjana⁹², w szczególności tych pochodzących z czasów panowania Teodozjusza i Justyniana, występuje on bowiem wyłącznie w znaczeniu „czarownik”, „czary”⁹³.

Stąd wydaje się, iż w zdaniu *si cum maleficis ut maleficus versatur* chodzi o uprawianie czarów. Gdy więc descendent testatora uprawiał wspólnie z innymi czary, stanowiło to przyczynę wydziedziczenia, natomiast przynależność do jakiejś grupy zbrodniarzy nie dawała podstawy do wydziedziczenia. Za taką interpretacją przemawia również restrykcyjny charakter tekstu Noweli 115. i fakt, że w prawie rzymskim nie było generalnego zakazu utrzymywania kontaktów z przestępcami, choć z pewnymi wyjątkami. Jeden z nich dotyczył właśnie osób uprawiających czary⁹⁴. Tak też rozumie omawianą przyczynę wydziedziczenia Voci, chociaż jej szerzej nie komentuje⁹⁵.

V. PRÓBA OTRUCIA WSTĘPNYCH ALBO USIŁOWANIE POZBAWIENIA ICH ŻYCIA W INNY SPOSÓB

Na piątym miejscu wśród przyczyn wydziedziczenia descendantów Justynian umieścił usiłowanie pozbawienia życia swoich wstępnych przez otrucie ich albo nastawanie na nie w inny sposób.

⁹¹ Tego rodzaju pogląd wyrażają: Fieffe-Lacroix, op. cit., s. 210: „s’il s’associe avec des gens de mauvaise vie, comme sont les voleurs et le brigands” (jeżeli stowarzyszył się z ludźmi wiodącymi złe życie, jak złodziejami i bandytami); H. Delanglade, op. cit., s. 109: „S’il a formé une association avec des malfaiteurs” (Jeżeli utworzył stowarzyszenie ze złooczyńcami). Także M. Zabłocka w komentarzu do rozdziału trzeciego Noweli 115. stwierdza, że przyczyną wydziedziczenia descendantów było „obracanie się wśród złooczyńców”. Zob. W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, op. cit., s. 186.

⁹² H. Hubert, op. cit., s. 1500: „Le mot *maleficus*, usuellement employé pour designer le magicien ne devient un terme de droit qu’a partir de Diocletien”.

⁹³ C. Th. 9,16; 9,38,3; 9,38,8; C. 9,18; C. 1,4,3. Niemniej jednak obok terminu *maleficus* nadal funkcjonował w prawie justyniańskim termin *veneficium*, który oznaczał szkodzenie czarami osobie lub jej dobrom. Zob. Nov. 22,15,1–2.

⁹⁴ C. Th. 9,16,9.

⁹⁵ P. Yoci, op. cit., s. 739: „il frequentare awelenatori e persone dedite alla magia”.

Generalnie rzymskie prawo karne nie przewidywało sankcji za usiłowanie dokonania przestępstwa. Istniała jednak tendencja do karania usiłowania popełnienia najcięższych przestępstw, a nawet wyjątkowo podjęcia czynności przygotowawczych zmierzających do ich dokonania⁹⁶. Wyjątek ten dotyczył w szczególności przestępstwa zabójstwa osób najbliższych określanego *terminemparricidium*. Ponadto należy dodać, że choć rzymskie prawo nie stworzyło pojęcia usiłowania nieudolnego, niemniej jednak w niektórych przypadkach, jak w razie nieudolnego usiłowania otrucia osoby najbliższej (*parricidium per venenum*), jego sprawcę spotykała również kara⁹⁷.

Rozpatrując tę przyczynę wydziedziczenia descendantów określoną w zdaniu:

Nov. 115,3,5: *vel vitaeparentum suorum per renenum aut alio modo insidiari temptaverit* (lub usiłowałby pozbawić życia swoich wstępnych za pomocą trucizny lub w inny sposób)

można stwierdzić, że nie stanowiło podstawy wydziedziczenia usiłowanie zabójstwa lub zabójstwo innej osoby najbliższej, podpadające pod pojęcie *parricidium*, zagrożone karą worka (*poena cullei*)⁹⁸, określone przez ustawę *Pompeia de parricidiis*, w myśl której popełniali je także ci, którzy dopuszczali się zabójstwa innych najbliższych krewnych, powinowatych lub patrona⁹⁹.

W analizowanym zdaniu Justynian, wskazując na możliwość usiłowania popełnienia różnymi sposobami *parricidium* względem wstępnych, *expressis verbis* wymienia tylko usiłowanie zabójstwa za pomocą trucizny (*per venenum*).

Ten fakt nie dziwi, ponieważ zwłaszcza na początku istnienia cesarstwa rzymskiego posługiwanie się trucizną w celu usunięcia niewygodnej osoby było powszechnie stosowane przez różne klasy społeczne, bardzo często w celu zdobycia spadku po zmarłym¹⁰⁰. Niewątpliwie podkreślenie tego sposobu usiłowania zabójstwa wstępnego było także skutkiem podzielenia przez Justyniana przeświadczenia jego współczesnych o szczególnej ciężkości tego rodzaju przestępstwa ze względu na jego podstępny charakter, co wyrażano w zdaniu: *magis est kominem extinguere*

⁹⁶ Por. W. Litewski, *Podstawowe...*, op. cit., s. 171.

⁹⁷ D. 48,9,1: (*Marcianus, lib. 14 institutionum*) [...] *et praeterea qui emit venenum, ut patri daret, quamvis non potuerit dare* [...] i poza tym ten, kto kupił truciznę, aby dać ojcu, chociaż nie mógłby [jemu] podać); por. także D. 48,9,7.

⁹⁸ I. 4,18,6; D. 48,9,9; C. 9,17. Między innymi kara ta spotkała około 600 roku od założenia Rzymu pewnego Lucjusza Hostyliusza za zabójstwo swojego ojca, czy jak wzmiankuje Tytus Liwiusz Publiusza Malleolusa, który dopuścił się zabójstwa swej matki. Zob. Fieffe-Lacroix, *Parricide*, w: *La clef des lois romaines...*, op. cit., t. II, Metz 1810, s. 210.

⁹⁹ Paul. Sent. 5,24; D. 48,9,1; C. 9,17.

¹⁰⁰ C. Lecrivain, *Yeneficium, venenum*, w: DAGR, t. V, Paris 1929, s. 715. Autor wzmiankuje o roli trucizny na dworze cesarskim. Przypomina między innymi otrucie Druzusa, Klaudiusza, Brytanika, proces Pizona oskarżonego o otrucie Germanika czy zbrodnie lub usiłowania dokonane w ten sam sposób przez Nerona, Agryppę, Kaligulę, Domicjana, Kommodusa, Karakallę i Heliogabala. Zaznacza, że na dworze cesarskim obawa przed otruciem była aż tak wielka, że wzorem królów perskich utworzono na nim *officium procuratoris praegustatorum* (urząd zarządcy próbujących posiłki), który wyznaczał spośród kolegów niewolników i wyzwolenców osobę do uprzedniego próbowania podawanych cesarzowi napojów i posiłków. Zob. Tac. Ann. 12,66.

veneno quam interficere gladio! (o wiele cięższą rzeczą jest kogoś otruć, niż zgładzić mieczem!))¹⁰¹.

Komentatorzy Nov. 115,3,5 bez wdawania się w szersze dywagacje określają opisaną tam przyczynę wydziedziczenia jako: „nastawanie na życie rodziców”¹⁰², „targnięcie się na życie wstępnego”¹⁰³, „nastawanie na jego życie”¹⁰⁴, „zamach na życie”¹⁰⁵, „zasadki na życie”¹⁰⁶, „nastawanie na życie swoich rodziców trucizną lub w inny sposób”¹⁰⁷, „przygotowanie zasadzek na życie swojego ojca”¹⁰⁸. Wszyscy oni z wyjątkiem Fieffe-Lacroix, H. Delanglade i M. Zabłockiej odnoszą przestępną czynność prawną descendantą do każdego wstępnego. H. Delanglade i M. Zabłocka uważają, że działanie przestępne miało być wymierzone w życie rodziców, natomiast Fieffe-Lacroix najbardziej zawęża podmiot bierny przestępnego usiłowania zabójstwa, mówiąc wyłącznie o zagrożeniu życia ojca. Żaden z autorów nie próbuje dociekać, w jaki sposób, oprócz usiłowania zabicia trucizną, mogło nastąpić nastawanie na życie ascendentą. Chociaż źródła prawa generalnie milczą na ten temat, Kodeks justyniański zawiera wzmiankę, że takim sposobem mogło być użycie zbrojnego oręża (*gladio*)¹⁰⁹. Należy też przywołać tekst pochodzący od Ulpiana, w którym ów jurysta wskazuje na możliwość usiłowania zabicia wstępnego przez nakłonięne do tego osoby trzecie, np. przez złodziei lub płatnych morderców¹¹⁰.

Wobec ewentualności, że do usiłowania zabójstwa wstępnego mogło dojść także na skutek podżegania lub współsprawstwa czy pomocnictwa, wydaje się, że na wydziedziczenie zasługiwały również te dzieci, które w jakikolwiek sposób przyczyniły się do realizacji zamiaru pozbawienia życia swojego rodzica¹¹¹.

Powstaje pytanie, czy podstawą wydziedziczenia mogło być niepodjęcie próby zapobieżenia temu przestępstwu przez innego descendantą, który wiedział o takim zamiarze. W odpowiedzi należy stwierdzić, że w świetle reguły prawa *nullum crimen patitur is, qui non prohibet, cum prohibere potest* (żadnego przestępstwa nie popełnia ten, który mu nie zapobiega, gdy zapobiec może)¹¹² samo posiadanie wiedzy przez innego descendantą o zamiarze dokonania przestępstwa nie rodziło współnictwa w tym przestępstwie.

Rzymskie prawo karne przewidywało natomiast karę nadzwyczajną w postaci relegacji za zawinioną bierność w przypadku opisanym w D. 48,9,2, dotyczącym syna, który wiedział, że jego brat kupił truciznę, aby zabić ojca, a nie odwiódł go od tego.

¹⁰¹ V.M. Palmieri, *Tossicologia forense*, w: *Novissimo Digesto Italiano* [dalej NNDI], t. XIX, Torino 1973, s. 433; por. C. 9,18,1.

¹⁰² W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, op. cit., s. 186.

¹⁰³ W. Osuchowski, op. cit., s. 462.

¹⁰⁴ W. Litewski, *Rzymskie...*, op. cit., s. 320.

¹⁰⁵ B. Biondi, op. cit., s. 749: „attentato alla vita”.

¹⁰⁶ P. Voci, op. cit., s. 739: „insidie alla vita”.

¹⁰⁷ H. Delanglade, op. cit., s. 110: „S’il a attenté à la vie de ses parents par le poison ou autrement”.

¹⁰⁸ Fieffe-Lacroix, *Exheredatio*, w: *La clef des lois romaines...*, op. cit., t. I, Metz 1809, s. 210: „si le fils a dressé des embûches à la vie de son père”.

¹⁰⁹ C. 5,17,8,2.

¹¹⁰ D. 48,9,7.

¹¹¹ D. 48,9,6.

¹¹² D. 50,17,109: (*Paulus, lib. 5 ad edictum*).

Bez wątpienia w tego rodzaju bierności można dopatrywać się moralnego współudziału w przestępstwie. Z tego powodu, choć nie ma na to dowodów w źródłach, wydaje się, że także w przypadku usiłowania zabójstwa ascendentą, wydziedziczenie byłoby usprawiedliwione, zwłaszcza jeżeli zważymy na to, że osoby, które nie zapobiegły zabójstwu spadkodawcy, były uważane za niegodne spadkobrania (*personae indignae*).

VI. FAKTYCZNY ZWIĄZEK O PODŁOŻU SEKSUALNYM SYNA Z MACOCHĄ LUB KONKUBINĄ OJCA

W punkcie szóstym katalogu powodów wydziedziczenia Justynian wymienia specyficzną zniewagę, jaką syn mógł wyrządzić swojemu ojcu, której źródłem była, wymagająca wyjaśnienia, relacja syna ze swoją macochą albo konkubiną ojca. Przyczynę tę Justynian opisał słowami:

Nov. 115,3,6: *Si novercae suae aut concubinae patris filius sese miscuerit* (Jeżeli syn zjednoczyłby się ze swoją macochą albo konkubiną ojca).

Podstawowy problem interpretacyjny, jaki nasuwa przytoczony tekst, wiąże się z użytym w nim wyrażeniem *sese miscuerit*. Większość komentatorów uważa, że oznaczało ono współżycie seksualne¹¹³, ale są i tacy, którzy utrzymują, iż oznaczało ono bliżej nieokreślone relacje syna z konkubiną lub żoną ojca¹¹⁴.

Tekst ten ponadto prowokuje do postawienia następujących pytań: 1) czy w Nov. 115,3,6 chodzi o relacje syna z macochą z czasu trwania jej małżeństwa z ojcem albo z konkubiną w trakcie trwania jej konkubinatu z ojcem, czy też o relacje syna z macochą albo konkubiną po ustaniu ich związków z ojcem; 2) czy w Nov. 115,3,6 chodzi o relację odosobnioną, czy też nacechowaną stałością.

W odpowiedzi na powyższe pytania należy stwierdzić, że w czasie trwania związku małżeńskiego mogło dojść do odosobnionego współżycia seksualnego macochy z synem jej męża. W świetle prawa syn popełniłby z macochą podwójne przestępstwo – cudzołóstwo i kazirodztwo. Na skutek denuncjacji tych przestępstw, czy to przez ojca, czy też przez inne osoby¹¹⁵, cudzołożny syn z całą pewnością poniósłby karę

¹¹³ Fieffe-Lacroix, op. cit., s. 210: „si le fils commet un inceste avec la femme en secondes nocces de son père, ou avec sa concubine, parce que c'est une injure atroce”; P. Voci, op. cit., s. 739: „adulterio eon la moglie deH'ascendente”; W. Osuchowski, op. cit., s. 462; M. Zabłocka, w: W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, op. cit., s. 186.

¹¹⁴ H. Delanglade, op. cit., s. 110: „S'il a eu des relations avec sa belle mère ou avec la concubine de son père”; A. Manfredini, op. cit., s. 228: „il figlio, una relazione eon la matrigna o eon la concubina del padre”.

¹¹⁵ Zdradzony mąż, jeżeli nie chciał być posądzonym o współnictwo i popieranie nierządu, powinien był rozwieść się z cudzołożną żoną. Gdy się na to zdecydował w ciągu sześćdziesięciu dni, on lub jego zwierzchnik rodzinny (*pater familias*) mogli zadenuncjować stwierdzone cudzołóstwo. Gdy zaś tego nie uczynili, po upływie sześćdziesięciu dni od dokonanego rozvodu, prawo do oskarżenia cudzołożników przysługiwało każdemu obywatelowi w ciągu czterech miesięcy użytecznych. Gdy nikt tego nie uczynił w ciągu pięciu lat od popełnienia cudzołóstwa, skarga kama ulegała przedawnieniu. Zob. D. 48,5; M. Kuryłowicz, op. cit., s. 114.

śmierci, natomiast cudzołożna macocha od wejścia w życie Noweli 134. w najlepszym wypadku po poddaniu torturom byłaby relegowana do klasztoru¹¹⁶. Natomiast gdyby ojciec wybaczył cudzołożnikom ich czyn i nie oddaliłby cudzołożnej macochy, ani syn, ani macocha nie podlegaliby karom, które należało wymierzyć cudzołożnikom¹¹⁷. Wynika stąd, że w pierwszym przypadku wydziedziczenie byłoby niemożliwe i bezcelowe, w drugim zaś byłoby sprzeczne z uprzednim darowaniem winy. Podstawą wydziedziczenia mógł więc być tylko niedarowany i niezadenuncjowany odosobniony fakt cudzołóstwa syna z macochą w czasie trwania jej małżeństwa z ojcem.

Także w przypadku trwania konkubinatu mogło się zdarzyć, że syn dopuścił się stosunku seksualnego z konkubiną ojca. Stosunek taki w myśl prawa rzymskiego również stanowił *adulterium*. W takim przypadku, jeżeli więc doszłoby do stosunku seksualnego między konkubiną ojca i jego synem, ojciec jako partner konkubiny, chociaż nie miał prawa oskarżenia jej o cudzołóstwo, gdyż to przysługiwało wyłącznie mężowi, mógł wystąpić z oskarżeniem przeciwko niej po jej uprzednim oddaleniu, tak jak każdy inny obywatel, to jest po upływie sześćdziesięciu dni od ustania konkubinatu. W konsekwencji należy przyjąć, że również w przypadku cudzołóstwa syna z konkubiną ojca w trakcie trwania ich konkubinatu, jeżeli syn zostałby oskarżony przez ojca lub innego obywatela, groziła mu kara śmierci. Tym samym i wówczas wydziedziczenie było niemożliwe. Podobnie podstawa wydziedziczenia odpadała wtedy, gdy ojciec wybaczył synowi taką zuchwałość. Możliwe więc było tylko wydziedziczenie syna za niedarowany i niezadenuncjowany występek współżycia z konkubiną ojca.

Teoretycznie związek syna z macochą lub konkubiną ojca mógłby przybrać postać relacji nacechowanej większą stałością, jaką charakteryzował się konkubinatu. *Ex definitione* był on, podobnie jak małżeństwo, związkiem monogamicznym, z tą różnicą, że między konkubentami nie było *conubium* lub woli zawarcia małżeństwa (*mens coeuntium, affectio maritalis*). W czasach justyniańskich konkubinatu stanowił prawnie uznany związek między mężczyzną i kobietą, niższy od małżeństwa, możliwy z każdą osobą, która nie była karana za nierząd, w tym również z osobami wolno urodzonymi i cieszącymi się sławą. Osoby żyjące w konkubinacie były zobowiązane do wzajemnej wierności¹¹⁹. Aplikowano również do nich wszystkie przeszkody odnoszące się do małżeństwa, gdy chodzi o pokrewieństwo i powinowactwo¹²⁰, dlatego nie mógł on współistnieć ani z innym konkubinatem¹²¹, ani też

¹¹⁶ C. 9,47,16; Nov. 134,10.

¹¹⁷ D. 48,5,2,3: (*Ulpianus, lib. 8 disputationum*) [...] *poena adulterum non infligitur* ([...] kary na cudzołożników nie wymierza się).

¹¹⁸ Przywołana w Digestach 48,5,14 pr. wypowiedź Ulpiana wskazuje, że przez pojęcie *adulterium* rozumiano również stosunek seksualny konkubiny z innym mężczyzną niż jej konkubent. Por. G. Kuleczka, *Prawo rzymskie epoki pryncypatu wobec dzieci pozamałżeńskich*, Wrocław–Warszawa–Kraków 1969, s. 46.

¹¹⁹ Zob. szerzej na temat konkubinatu E. Volterra, *Concubinatus*, w: NNDI, t. III, Torino 1959, s. 1052–1053.

¹²⁰ D. 23,2,56; 25,7,1,3; E. Volterra, op. cit., s. 1053.

¹²¹ Paul. Sent. 2,20: *Eo tempore, quo quis uxorem habet, concubinam habere non potest* [...] (W tym samym czasie, gdy ktoś ma żonę, nie może mieć konkubiny [...]).

z małżeństwem¹²². Stąd syn nie mógł w tym samym czasie formalnie trwać w konkubinacie ani z aktualną konkubiną ojca, ani z macochą będącą aktualną żoną jego ojca. Nie wykluczało to jednak możliwości faktycznego współżycia seksualnego na sposób stały, zarówno z macochą, jak i z konkubiną ojca, i to także mogło stanowić podstawę wydziedziczenia.

Ze względu na przeszkodę powinowactwa (*affinitas*) nie było możliwe w prawie justyniańskim ani zawarcie małżeństwa, ani ustanowienie formalnego konkubinatu przez syna z byłą żoną lub konkubiną ojca. Świadczą o tym dwa fragmenty Instytucji Justyniana (I. 1,10,6–7) oraz co najmniej trzy inne dyspozycje prawa justyniańskiego, zamieszczone w: D. 38,10,4,4 i 7; D. 12,7,5,1 i C. 5,4,4. Brzmiały one następująco:

D. 38,10,4,4: (*Modestinus, lib. 12 pandectarum*) *Nomina vero eorum haec sunt: socer socrus, gener nurus, noverca vitricus, privignusprivigna* (Ich nazwy zaś są następujące: teść, teściowa, zięć, synowa, macocha, ojczym, pasierb, pasierbica); D. 38,10,4,7: *Hos itaque inter se, quod affinitatis causa parentium liberorumque loco habentur, matrimonio copulari nefas est* (Tak więc nie godzi się, żeby osoby te żyły ze sobą w małżeństwie, ponieważ z powodu powinowactwa zajmują względem siebie pozycję rodziców i dzieci);

D. 12,7,5,1: (*Papinianus, lib. 11 quaestionum*) *Noverca privigno, nurus socero pecuniam dotis nomine dedit neque nupsit. cessare condictio prima facie videtur, quoniam iure gentium incestum committitur [...]* (Chociażby macocha pasierbowi czy synowa teściowi przekazała majątek tytułem posagu, również nie poślubiłaby; na pierwszy rzut oka wydaje się, że nie ma roszczenia o zwrot, ponieważ [w tym przypadku] popełnia się w świetle prawa narodów kazirodztwo [...]);

C. 5,4,4: (*Imp. Alex. A Perpetuo*) *Liberi concubinas parentum suorum uxores ducere non possunt, quia minus religiosam et probabilem rem facere videntur. Qui si contra hoc fecerint, crimen stupri committunt* (Synowie nie mogą poślubić konkubin swoich ojców, ponieważ uważa się, że dopuściliby się rzeczy uwłaczającej pobożności i nieprzyzwoitej. Ci, jeżeli wbrew temu postąpiliby, popełniają przestępstwo nierządu).

W świetle powyższego należy przyjąć, że jedną z podstaw wydziedziczenia opisaną w Nov. 115,3,6 mógł być także faktyczny trwały związek o charakterze seksualnym syna z byłą żoną lub konkubiną ojca. Związek taki w pierwszym przypadku, zważywszy na zdanie Papiniana, stanowił *incestum iuris gentium*, w drugim zaś, zgodnie z przytoczoną wcześniej konstytucją cesarza Aleksandra Sewera¹²⁴ – *stu-*

¹²² C. 5,26,1: (*Imp. Constantinus A. ad Populum*) *Nemini licentia concedatur constante matrimonio concubinam penes se habere* (Nikommu nie zezwala się, aby w czasie trwania małżeństwa miał u siebie konkubinę). *Per analogiam* należy wnosić to samo w stosunku do konkubenta; G. Humbert, *Concubinatus*, w: DAGR, I.1, cz. I, Paris 1887, s. 1436: „Le concubinat éteut une union durable ne pouvait coexister ni avec un autre concubinat, ni surtout avec un mariage, sans quoi il y avait adultere, et la concubine était dite alors *pellex*”.

¹²³ D. 12,7,5,1; 48,5,39,2. Wnikliwe studium kazirodztwa i zakazanych małżeństw przeprowadził P. Moreau oraz J. Misztal-Konecka. Zob. P. Moreau, *Incestus etprohibitae nuptiae. L'inceste à Rome*, Paris 2002; J. Misztal-Konecka, *Incestum w prawie rzymskim*, Lublin 2007. Zob. także U. Brasiello, *Incesto*, w: NNDI, t. VIII, Torino 1962, s. 499–500.

¹²⁴ C. 5,4,4.

prum. Trwając w takim związku, syn wykraczał przeciwko przyzwoitości publicznej oraz należnej ojcu *pietas*.

Incestum nie miało w zasadzie, jak słusznie zauważa G. Kuleczka, „charakteru związku o skryształizowanej formie, tak jak konkubinat, czy *contubernium*, mogło bowiem być równie dobrze związkiem trwałym, jak i przelotnym, przypadkowym”¹²⁵.

Incestum, które było powiązane z *adulterium*, karano tymi samymi sankcjami, jakie prawo przewidywało za *adulterium*¹²⁶. Jednakże *incestum*, zwłaszcza zaistniałe na skutek nielegalnego małżeństwa, podlegało z woli cesarza Justyniana łagodniejszym sankcjom karnym¹²⁷. Mężczyźnie trwającemu w takim małżeństwie groziła kara wygnania (najprawdopodobniej relegacji)¹²⁸, pozbawienie urzędu, konfiskata mienia. Kobieta podlegała tym samym karom, jeżeli świadomie trwała w tego rodzaju związku¹²⁹. Skarga kama przeciwko sprawcom *incestum*, nawet gdy było połączone z *adulterium*, przedawniała się po upływie pięciu lat¹³⁰. Z przepisów justyniańskiego prawa karnego wynika, że za *incestum* połączone z *adulterium* groziła kara śmierci.

Każde niezadenuncjowane i nieukarane karą śmierci *incestum* lub *stuprum* mogło zatem stać się przyczyną wydziedziczenia, o ile nie zostało wybaczone przez testatora.

Reasumując, należy stwierdzić, że znamiona przyczyny wydziedziczenia opisanej w Nov. 115,3,6 wyczerpywał każdy zabroniony prawem seksualny związek, tak przelotny, jak i stały (*adulterium*, *incestum*, *stuprum*), zarówno z aktualną żoną lub konkubiną ojca, jak i z jego byłą żoną lub konkubiną, który nie został przez niego synowi wybaczony. Żaden z tych związków nie mógł być ani małżeństwem, ani konkubinatem.

VII. DENUNCJACJA RODZICÓW PRZEZ SYNA I NARAŻENIE ICH NA PONIESIENIE Z TEGO POWODU POWAŻNYCH WYDATKÓW

Termin *delator* (donosiciel), użyty w Nov. 115,3,7, miał w prawie rzymskim kilka znaczeń, jednakże zawsze wiązał się z oskarżeniem o dokonanie przestępstwa (*crimen*). Oznaczał przede wszystkim oskarżyciela, który wskazywał przewodniczącemu trybunału sądowego (*quaestiones perpetuae*) sprawcę, miejsce i okoliczności dokonania przestępstwa. W niektórych wypadkach za swoje doniesienie otrzymywał on nagrodę, jeżeli udowodnił w postępowaniu sądowym winę oskarżonemu. W drugim znaczeniu odnosił się do tych, którzy poszukiwali majątków wakujących i innych dóbr, należnych z mocy prawa fiskusowi (*res fisci*), w celu doniesienia o nich urzędnikom skarbu państwa i otrzymaniu dzięki temu gratyfikacji w postaci *praemium delatorum*¹³¹. W sensie szerokim nazywano delatorami tych, którzy bez wnosze-

¹²⁵ G. Kuleczka, op. cit., s. 45.

¹²⁶ D. 48,5,39 pr.

¹²⁷ D. 48,5,39,3.

¹²⁸ Por. C. 10,59,2.

¹²⁹ Nov. 12,1; G. Humbert, *Incestum, incestus*, w: DAGR, t. III, cz. 1, Paris 1896, s. 456.

¹³⁰ D. 48,5,40,5.

¹³¹ D. 44,3,10 pr.

nia osobistego oskarżenia *per inscriptionem* informowali urzędnika państwowego o dokonaniu przez kogoś przestępstwa¹³².

Z największą odrazą Rzymianie odnosili się do tych donosicieli, którzy występowali przeciwko swoim krewnym, donosząc na nich z zemsty lub zawiści. Upatrywali bowiem w tym działanie niemoralne i zasługujące na potępienie i karę¹³³. Zachowanie syna, który bez skrupułów miał odwagę zadenuncjować własnych rodziców, tak że w konsekwencji spowodowało to poniesienie przez nich znacznych wydatków, Justynian uznał za dostateczną przyczynę do wydziedziczenia. Przyczynę tę określił w zdaniu:

Nov. 115,3,7: *Si delator contra parentes filius extiterit et per suam dilationem gravia eos dispendia fecerit sustinere* (Jeżeli syn okazałaby się donosicielem przeciwko rodzicom i przez swoje doniesienie spowodowałaby poniesienie przez nich poważnych strat [materialnych]).

Tekst ten nasunął komentatorom poważne trudności interpretacyjne. Zdaniem Fieffe-Lacroix według Nov. 115,3,7 przyczynę wydziedziczenia stanowiło dokonanie przez syna denuncjacji swojego ojca i spowodowanie w ten sposób dla niego niepowetowanej straty¹³⁴. Z kolei H. Delanglade uważa, że w analizowanym tekście chodzi o okazanie się przez syna donosicielem na swoich rodziców i spowodowanie dla nich wydatków powodujących ciężki uszczerbek w ich majątku¹³⁵. Natomiast P. Voci stwierdza, że przyczyną tą była „fałszywa denuncjacja, jeżeli wypłynęła z niej ciężka szkoda”¹³⁶. Podobnie pisze W. Osuchowski: „fałszywa denuncjacja, z której wstępny poniósł poważną szkodę”¹³⁷. W wypowiedziach każdego z tych autorów można się dopatrzeć przeświadczenia, że Justynian uznał za siódmą w kolejności przyczynę wydziedziczenia łączne spełnienie dwóch warunków: 1) uprzednią denuncjacją, 2) spowodowanie doznania przez zadenuncjowanych rodziców niepowetowanych strat.

Chociaż w tekście Nov. 115,3,7 mowa jest o denuncjacji dokonanej przeciwko rodzicom, co zauważa H. Delanglade, Fieffe-Lacroix utożsamia ją z denuncjacją przeciwko ojcu, a P. Voci w ogóle nie precyzuje, przeciwko komu miała być skierowana. Wydaje się, że poczynione przez Fieffe-Lacroix zawężenie podmiotu, przeciwko któremu syn miałby skierować ostrze swojej denuncjacji, do osoby ojca jest nieuzasadnione, ponieważ Justynian jako legislator jasno wyraził swoją myśl. Gdyby bowiem

¹³² Szerzej na ten temat zob. G. Humbert, *Delator*, w: DAGR, t. II, cz. I, Paris 1892, s. 54–55.

¹³³ Paul. Sent. 5,13,1.

¹³⁴ Fieffe-Lacroix, op. cit., s. 210: „si le fils a été le delateur de son père, et que par sa denonciation il lui ait causé une perte considerable” (jeżeli syn był donosicielem na swojego ojca i z powodu swojej denuncjacji wyrządził mu niepowetowaną stratę).

¹³⁵ H. Delanglade, op. cit., s. 110: „S’il s’est porté delateur contre ses parents et leur a occasionné des depenses d’où est résulté un prejudice grave pour leur fortune” (Jeżeli on [syn] okazał się donosicielem na swoich rodziców, i spowodował konieczność poniesienia przez nich wydatków, powodujących ciężki uszczerbek w ich majątku).

¹³⁶ P. Voci, op. cit., s. 739: „falsa denuncia, da cui sia derivato grave danno”.

¹³⁷ W. Osuchowski, op. cit., s. 462.

rzeczywiście chciał wprowadzić takie zawężenie, z pewnością użyłby w tekście wyrażenia *contra patrem*. Stąd nie należy wykluczać, że oskarżonymi o popełnienie przestępstwa mogli być oprócz samego ojca oboje rodzice czy matka. Z tych samych racji należy odrzucić opinię P. Vociego, który nie określając osoby, przeciwko której denuncjacja miała być skierowana, sugeruje, że jakakolwiek denuncjacja skierowana przeciwko komukolwiek była wystarczającym powodem wydziedziczenia. Poza tym tego rodzaju sugestia pozostaje w całkowitej sprzeczności z treścią analizowanego zdania.

Należy podkreślić, że żaden z wymienionych autorów nie postawił sobie pytania, dlaczego określony w Nov. 115,3,7 powód wydziedziczenia odnosi się tylko do syna i co mogło stanowić przedmiot jego doniesienia.

Generalnie każdy obywatel rzymski miał prawo zarówno do wniesienia formalnego oskarżenia, jak również do poinformowania organów władzy publicznej (*magistratus*) o popełnieniu przestępstwa. Jednakże prawo wzbraniało urzędnikom państwowym, zwłaszcza tym, którzy czuwali nad przychodami skarbu państwa, przyjmowania denuncjacji od osób ustawowo wykluczonych od ich składania¹³⁸. Wśród osób, którym od czasów Trajana odmawiano prawa złożenia denuncjacji przeciwko innym obywatelom, znajdowały się kobiety, chociaż mogły one zadenuncjować siebie same, gdy chodziło o ich rozliczenia z fiskusem¹³⁹. Marcjanus w księdze „O denuncjatorach” pisał, że zgodnie z obowiązującymi konstytucjami kobiety nie mogą składać denuncjacji z powodu słabości ich płci¹⁴⁰. W tym kontekście zrozumiałe jest użyte przez Justyniana w analizowanym zdaniu, określającym siódmą przyczynę wydziedziczenia, wyrażenie *si delator [...] filius extiterit*, które wskazuje, że wydziedziczonym z powodu denuncjacji mógł być tylko syn.

Poza tym ścisłą interpretację powyższego wyrażenia nakazuje zamieszczona w Digestach wypowiedź Kalistrata:

D. 50,16,220 pr.: (*Callistratus, lib. 2 quaestionum*) [...] *totiens enim leges necessarium ducunt cognationam singulorum nominibus uti (veluti filii, nepotes, pronepotes ceterorumve qui ex his descendunt) quotiens non omnibus, qui post eos sunt, praestitum voluerint, sed solis his succurrent, quos nominatim enumerent [...]* ([...] kiedy bowiem ustawy uważają za konieczne zaznaczenie poszczególnych nazw pokrewieństwa, na przykład synów, wnuków, prawnuków lub innych, którzy po nich następują wtedy ich intencją nie jest rozciągać [zastosowanie przepisu] na wszystkich, którzy po nich następują lecz do tych, którzy są imiennie wyliczeni [...]).

Złożone doniesienie musiało powodować *gravia dispendia*. Mogło do nich dojść przede wszystkim na skutek wyroku skazującego, pociągającego za sobą znaczne uszczuplenie majątku rodziców. Tego rodzaju skutek mogła wywołać także fałszywa denun-

¹³⁸ D. 49,14,18.

¹³⁹ D. 49,14,16: (*Ulpianus, lib. 18 ad legem Juliam et Papiam*) *Ait divus Traianus: 'quicumque professus fuerit'. 'quicumque' accipere debemus tam masculinum quam feminam: nam feminis quoque, quamvis delationibus prohibentur, tamen ex beneficio Traiani deferre se permissum est [...]*.

¹⁴⁰ D. 49,14,18 pr.: (*Marcianus, lib. singulari de delatoribus*) *Deferre non possunt mulieres propter sexus infirmitatem, et ita sacris constitutionibus cautum est.*

cjacja rodziców o popełnienie czynu karalnego. Jednakże zawężenie siódmej przyczyny wydziedziczenia do fałszywej denuncjacji, jak utrzymują P. Voci i W. Osuchowski, nie znajduje potwierdzenia w analizowanym sformułowaniu Nov. 115,3,7.

Z treści Nov. 115,3,7 wynika, że przedmiotem denuncjacji dokonanej przez syna mogły być tylko takie przestępstwa, za które groziła sankcja kama w postaci kary pieniężnej lub faktyczna utrata części posiadanego majątku. Motywy, dla których działał denuncjator, mogły być różne, np. zemsta lub chęć otrzymania *praemium delatorum*, przyobiecane denuncjatorom przestępstw przeciwko skarbowi państwa.

Sama denuncjacja syna mogła polegać na przykład na oskarżeniu ojca o zaniechanie ścigania morderców jego żony. Jeżeli takie przestępstwo zarzucane ojcu zostało udowodnione, wtedy posag, którego był właścicielem, przepadał na rzecz skarbu państwa¹⁴¹. Wydziedziczenie syna usprawiedliwiało także fakt doniesienia przez niego, że rodzic lub rodzice nielegalnie zawłaszczyli skarb¹⁴² znaleziony na cudzym gruncie lub w miejscu publicznym. W pierwszym przypadku rodzice musieli oddać połowę skarbu właścicielowi gruntu¹⁴³, a w drugim cały znaleziony skarb przypadłał fiskusowi¹⁴⁴.

VIII. BEZDUSZNA ODMOWA PORĘCZENIA PRZEZ MĘSKICH DESCENDENTÓW ZA UWIĘZIONYCH WSTĘPNYCH

Ósmy powód wydziedziczenia Justynian określił w następujący sposób:

Nov. 115,3,8: *Si quemlibet depraeditis parentibus inclusum esse contigerit, et liberi qui possunt ab intestato ad eius successionem renire, petiti ab eo, vel unus ex his in sua eum noluerit fideiussione suscipere vel pro persona vel debito, in quantum esse qui petitur probatur idoneus. Hoc tamen quod de fideiussione censuimus ad masculos tantummodo liberos volumus pertinere* (Jeżeli zdarzyłoby się, że któryś ze wspomnianych wstępnych zostałby uwięziony, a zstępni, którzy mogą beztestamentowo dziedziczyć po nim, lub jeden z nich, proszony przez niego odmówiłby jemu wniesienia w jego [sprawie] poręczenia za osobę lub dług, o ile dowiedziono, że poproszony był zdolny [je wnieść]. To jednak, co sędzimy o poręczeniu, chcemy odnieść tylko do zstępnych płci męskiej).

Przytoczony tekst Justyniana, z pozoru jasny, nasuwa cały szereg pytań: 1) Kogo oznaczają użyte w nim terminy *parentes* i *liberii*? 2) Jak należy interpretować użyte w pierwszym zdaniu przytoczonego fragmentu *participium perfecti passivi* „*inclusum*”? 3) Dlaczego odmowa poręczenia odnosiła się tylko do descendantów płci męskiej? 4) Kiedy descendant spełniał warunek zdolności do złożenia stosownego poręczenia za osobę lub dług ascendentu? 5) Czy podstawę wydziedziczenia stanowiła odmowa poręczenia sądowego czy także pozasądowego?

¹⁴¹ D. 49,14,27.

¹⁴² Szerzej na ten temat zob. F. Bossowski, *Znalezienie skarbu wedle prawa rzymskiego*, Kraków 1925.

¹⁴³ C. 10,15.

¹⁴⁴ D. 49,14,3,11.

Postawione pytanie: kogo oznaczają terminy *parentes* i *liberi*, użyte w analizowanym tekście, jest uzasadnione w kontekście opinii komentatorów, którzy nadają tym terminom różne znaczenia. Fieffe-Lacroix uważa, że terminy *parentes* i *liberi* odnoszą się wyłącznie do relacji zachodzącej między ojcem i synem¹⁴⁵. H. Delanglade nie precyzuje, kogo oznacza termin *parentes*, przez *liberi* natomiast rozumie descendantów¹⁴⁶. Dla P. Vociego *parentes* oznaczają ascendentów, a *liberi* descendantów¹⁴⁷.

W odpowiedzi na postawione pytanie należy stwierdzić, że w analizowanym tekście z całą pewnością nie chodzi tylko o pokrewieństwo pierwszego stopnia. Gdyby Justynian miał je na myśli, z pewnością użyłby w omawianym tekście terminu *filius*¹⁴⁸. Dlatego należy opinię Fieffe-Lacroix uznać za wąską i tym samym nieadekwatną do możliwych przypadków, jakie suponuje analizowany tekst Nov. 115,3,8. Istnieją natomiast racje, by opowiedzieć się za opinią P. Vociego, który utrzymuje, że chodzi w nim o wszystkich ascendentów. Opinię tę potwierdza w sposób wyraźny przede wszystkim *principium* rozdziału trzeciego Noweli 115., a także fragmenty Digestów zawierające wyjaśnienia terminu *parentes*. W ich świetle termin ten oznacza bowiem ascendentów zarówno w linii męskiej, jak i żeńskiej *ad infinitum*¹⁴⁹.

Tak samo należałoby w świetle źródeł szeroko rozumieć termin *liberi* i odnosić go do wszystkich descendantów bez względu na stopień pokrewieństwa i płeć¹⁵⁰, gdyby nie poczynione w treści Nov. 115,3,8 zastrzeżenie Justyniana, że stanowiąca przyczynę wydziedziczenia odmowa poręczenia odnosi się tylko do *masculos liberos*. Tak więc w analizowanym tekście chodzi wyłącznie o descendantów płci męskiej uprawnionych do dziedziczenia beztestamentowego.

Gdy chodzi o odpowiedź na drugie pytanie: jak należy interpretować użyte w pierwszym zdaniu omawianego fragmentu *participium perfecti passivi inclusum*, przytoczeni komentatorzy zgodnie uważają, że w zdaniu zależnym *quemlibet depraeditis parentibus inclusum esse* (że któryś ze wspomnianych rodziców został uwięziony) imiesłów *inclusum* odnosi się do stanu uwięzienia¹⁵¹. Innymi słowy, są oni przekonani, że w tekście chodzi o rodzica znajdującego się w więzieniu. Zauważyć jednak trzeba, że opinia ta jest kontrowersyjna.

Byłaby ona jasna i całkowicie przekonująca, gdyby przebywanie w więzieniu było zawsze możliwe dla wszystkich desygatów nazwy *parentes*, czyli dla ascenden-

¹⁴⁵ Fieffe-Lacroix, op. cit., s. 210: „si le père étant en prison pour dettes, son fils a refusé de lui servir de caution pour Pen faire sortir; mais, parce que le fammes ne peuvent pas s'obliger pour d'autres, l'empeur declare que cette cause n'a lieu que pour les males, et non pour les fammes”.

¹⁴⁶ H. Delanglade, op. cit., s. 110: „S'il refuse de servir de caution à l'un de ses parents retenu en prison pour dettes. Cette cause d'exclusion n'est, ainsi que Justinien le dit expressément, applicable qu'aux descendants mules, les fammes ne povant, en vertu de sénatus consulte Velleien, s'obliger pour autrui”.

¹⁴⁷ P. Voci, op. cit., s. 739: „rifiuto di cauzione in favore delfascendente, che si trovi in prigione (ciò vale solo per i discendenti maschi)”.

¹⁴⁸ D. 50,16,220 pr.

¹⁴⁹ D. 2,4,4,2; 37,5,1; 50,16,51.

¹⁵⁰ D. 37,5,1; 50,16,220 pr.

¹⁵¹ Fieffe-Lacroix, op. cit., s. 210: „étant en prison”; H. Delanglade, op. cit., s. 110: „retenu en prison”; P. Voci, op. cit., s. 739: „si trovi in prigione”; A. Manfredini, op. cit., s. 228: „non averlo riscattato dalia prigionia”.

tów obojga płci. Tymczasem z całą pewnością już za czasów Konstantyna Wielkiego obowiązywał zakaz wtrącania do więzienia matron (*mater familias*)¹⁵² za niespłacone długi¹⁵³. Niemniej z innych powodów kobieta mogła się znaleźć w więzieniu, w szczególności z powodu ciężkiej zbrodni. Jednakże cesarz Konstantyn Wielki nakazał w 340 r., by kobiety nie były odtąd umieszczane razem z mężczyznami, lecz w odrębnych celach więziennych¹⁵⁴. Takie prawo obowiązywało w chwili wejścia w życie Noweli 115. Natomiast od Noweli 134. obowiązywał całkowity zakaz umieszczania kobiet w więzieniu, bez względu na rodzaj sprawy¹⁵⁵. W przypadku gdy kobieta została pozwana za zaległości podatkowe albo w jakiejś sprawie prywatnej, jej mąż lub ktokolwiek inny mógł poręczyć za nią. Gdyby jednak nikt nie chciał być poręczycielem lub stanąć w jej obronie, wierzyciele mogli wyegzekwować swoje prawa majątkowe na dłużnicze. Jeżeli zaś została oskarżona o takie przestępstwo, które wymagało konieczności strzeżenia jej, nie zostawiano jej na wolności. W innych wypadkach, jeżeli kobieta przedstawiła sądowi swego poręczyciela lub gdy go nie mogła dać, ale przyrzekła pod przysięgą, że stawia się przed sądem na każde żądanie, odpowiadała z wolnej stopy. Jednakże jeżeli została oskarżona o ciężkie przestępstwo, należało ją umieścić w klasztorze mniszek lub w żeńskim domu zakonnym albo oddać ją pod straż osób tej samej płci do ogłoszenia wyroku¹⁵⁶.

Z powyższego wynika, że w prawie justyniańskim odmowa poręczenia za dług ascendentki, celem uchronienia jej przed uwięzieniem lub uwolnienia jej z więzienia, nie mogła być przyczyną wydziedziczenia descendentu, ponieważ obowiązywał w tym czasie absolutny zakaz więzienia matron z tego powodu. Do czasu wydania Noweli 134. odmowa poręczenia przez descendentu wchodziła jednak w grę, jeżeli ascendentka została oskarżona o przestępstwo, które wymagało zatrzymania podejrzanej. W kontekście słów Antoninusa Piusa *parentum necessitatibus liberos succurrere iustum est*¹⁵⁷ tego rodzaju odmowa była traktowana jako zachowanie niemoralne i niesprawiedliwe, i zgodnie z Nov. 115,3,8 zasługujące na wydziedziczenie, gdyby ascendentka w braku poręczenia przez descendentu została uwięziona.

Po wejściu w życie Nov. 134. z uwagi na to, że poręczenie nie było absolutnie konieczne do uchronienia się kobiety przed przewencyjnym zatrzymaniem, ponieważ mogła ona sama swoją przysięgą zagwarantować stawiennictwo w sądzie, odmowa takiego poręczenia przez descendentu przestała być przyczyną wydziedziczenia.

Gdy natomiast chodzi o ciężkie przestępstwa, w ich przypadku poręczenie było niedopuszczalne. Stąd, nawet gdyby ascendentka poprosiła descendentu o nie, jego

¹⁵² D. 50,16,46,1.

¹⁵³ C. 1,48,1.

¹⁵⁴ C. 9,4,3. Racją, dla której wydał powyższe zarządzenie, była obawa, że przebywając w więzieniu z mężczyznami, mogły być zhańbione jakimś lubieżnym czynem.

¹⁵⁵ Nov. 134,9. Należy nadmienić, że niezgodne z prawem umieszczenie kobiety w więzieniu było surowo karane. W czasach Konstantyna Wielkiego winnych tego wykroczenia karano śmiercią, według Noweli 134. zaś sędziom za tego rodzaju wykroczenie groziły kary pieniężne, a tych co ich do tego skłonili należało pozbawić wszelkich godności i zesłać na wygnanie.

¹⁵⁶ Nov. 134,9.

¹⁵⁷ C. 5,25,1.

odmowa również nie mogła być powodem wydziedziczenia, ze względu na niemożliwość prawną jego dokonania.

W świetle przeprowadzonych rozważań opinia P. Vociego okazuje się nieprecyzyjna, skoro do Noweli 134. nie w każdym wypadku ascendenci płci żeńskiej mogli być więzieni, a z chwilą wejścia jej w życie więzienia dla kobiet zostały zniesione. Natomiast opinia H. Delanglade jest całkowicie błędna, ponieważ sugeruje, że odmowa poręczenia mogła dotyczyć każdego ascendentu znajdującego się w więzieniu za długi, a więc także i kobiety, a te, jak zostało udowodnione, nie mogły z tego tytułu być ani aresztowane, ani więzione. Także Fieffe-Lacroix się myli, ponieważ uważa, że tylko odmowa udzielenia poręczenia ojcu znajdującemu się w więzieniu za długi mogła być przyczyną wydziedziczenia, zupełnie zaś pomija innych ascendentów, w tym również kobiety.

Gdy chodzi o ascendentów płci męskiej, prawo justyniańskie przewidywało możliwość zarówno ich prewencyjnego osadzenia w areszcie¹⁵⁸, jak i wtrącenia do więzienia po wydaniu wyroku skazującego¹⁵⁹. Z zasady decyzja o prewencyjnym zatrzymaniu pozwanego lub oskarżonego o dokonanie przestępstwa należała do prefekta miasta albo do prefekta pretorianów, w prowincjach zaś do prokonsula lub namiestnika. Zwyczajowo uwzględniali oni przy podjęciu decyzji wielkość popełnionego przestępstwa, pozycję społeczną oskarżonego, wielkość jego majątku, dobrą opinię lub jego godność¹⁶⁰. W każdym przypadku oskarżony o popełnienie przestępstwa lub zbrodni, z powodu których należało go umieścić w więzieniu, musiał być przesłuchany przez sędziego, zanim go do niego wtrącono¹⁶¹.

Podjęcie przez wyżej wymienione organy władzy publicznej decyzji o pozostawieniu pozwanego lub oskarżonego na wolności, po uwzględnieniu wspomnianych okoliczności, mogło nastąpić albo na podstawie złożonego poręczenia ze strony innych osób, albo osobistego przyrzeczenia stawiennictwa przed sądem¹⁶².

Poręczenie mogło dotyczyć samego stawiennictwa przed sądem (*in iudicio sisti*), wówczas poręczyciel gwarantował obecność strony w postępowaniu sądowym lub osobiste stawiennictwo (gdyby pozwany nie mógł stawić się przed sądem)¹⁶³. Jeżeli zawierało trzy klauzule: uznania obowiązku zapłaty długu w przypadku zasądzenia, uczciwego prowadzenia obrony i niedopuszczenia się *dolus*, nosiło nazwę *cautio iudicatum solvi*¹⁶⁴. Pierwsze z tych poręczeń było wymagane, jeżeli oskarżonemu groził prewencyjny areszt z powodu dokonania przestępstwa. Tym bardziej wyma-

¹⁵⁸ C. 9,3,2; D. 48,3,5.

¹⁵⁹ C. 7,71,1; 10,19,2. Prawo rzymskie nie traktowało zatrzymania w więzieniu przed lub po wyroku skazującym jako kary. Wtrącenie do więzienia albo miało cel prewencyjny, albo służyło wyegzekwowaniu wyroku, czyli miało charakter funkcjonalny. Zob. U. Brasiello, *Pena (diritto romano)*, w: NNDI, t. XII, Torino 1965, s. 813.

¹⁶⁰ D. 48,3,1; G. Humbert, *Custodia*, w: DAGR, 1.1, cz. II, Paris 1887, s. 1672.

¹⁶¹ C. 9,4,2.

¹⁶² D. 48,3,1; 48,3,3.

¹⁶³ I. 4,11,2.

¹⁶⁴ D. 46,7,6: (*Ulpianus, lib. 78 ad edictum*) *Iudicatum solvi stipulatio tres clausulas in unum collatas habet: de re iudicata, de re defendenda, de dolo malo*. Zob. także E. Cuq, *Stipulatio*, w: DAGR, t. IV, cz. II, Paris 1926, s. 1520.

gano go, jeżeli przyznał się do jego popełnienia¹⁶⁵. Natomiast drugi typ poręczenia służył zarówno do uwolnienia pozwanego lub oskarżonego od aresztu, jak i uwolnienia z więzienia skazanego za długi z zobowiązań wynikających z kontraktów bądź przestępstw¹⁶⁶.

Chociaż Justynian w Noweli 115,3,8 mówi wyraźnie, że odmowa poręczenia mogła dotyczyć osoby ascendentą lub jego długu (*noluerit fideiussione suscipere, vel pro persona, vel pro debito*), P. Voci nie wyjaśnia, o jaki rodzaj poręczenia tutaj chodzi, a Fieffe-Lacroix i H. Delanglade utożsamiają je tylko z poręczeniem za długi. Nie można więc poprzestać na ich opiniach, lecz należy przyjąć, że wobec możliwości znalezienia się ascendentą męskiego w areszcie lub w więzieniu po wyroku, prośba do descendentą o poręczenie za osobę mogła być skierowana tylko przez aresztowanego, natomiast prośba o poręczenie za dług zarówno z aresztu, jak i z więzienia. Jej odmowa w każdym z tych przypadków stanowiła przyczynę wydziedziczenia.

Syntetycznej odpowiedzi natrzecie pytanie, tj. dlaczego odmowa poręczenia odnosiła się tylko do descendentów płci męskiej, udzielił H. Delanglade. Autor ten trafnie zauważa, że Justynian przyczynę wydziedziczenia mającą swoje źródło w odmowie udzielenia poręczenia za osobę lub dług rodzica ograniczył *expressis verbis* tylko do descendentów płci męskiej, przy czym prawidłowo uzasadnił jego stanowisko tym, że kobiety nie mogły na mocy *senatus consultum Vellaeantum*¹⁶⁷ zobowiązywać się za inne osoby¹⁶⁸. Tego samego zdania jest Fieffe-Lacroix z tą różnicą, że nie wskazuje on racji, dla której Justynian utrzymał to ograniczenie¹⁶⁹. Podobnie P. Voci stwierdza, że odmowa poręczenia dotyczyła tylko męskich descendentów¹⁷⁰. Należy zauważyć, że stanowisko Justyniana wyrażone w sposób zwięzły w Nov. 115,3,8 koresponduje z jego interpretacją zawartą w D. 16,1,1 pr. i C. 4,29,14.

Gdy chodzi o czwarte z postawionych wyżej pytań (Kiedy descendent spełniał warunek zdolności do złożenia stosownego poręczenia za osobę lub dług ascendentą?), żaden z komentatorów nie zauważa, że wydziedziczenie descendentą z powodu odmowy złożenia przez niego stosownego poręczenia było usprawiedliwione tylko pod warunkiem, że proszony o poręczenie był zdolny do jego złożenia.

Według źródeł od poręczyciela za osobę w przypadku osób bliskich żądano jedynie zdolności procesowej, natomiast w przypadku poręczenia za dług oczekiwano od niego także odpowiedniej zdolności majątkowej.

¹⁶⁵ D. 48,3,5.

¹⁶⁶ Na temat poręczenia za skazanego zob. D. 2,8,5 pr.

¹⁶⁷ Była to uchwała senatu z 46 r., która ze względu na niedoświadczenie kobiet zakazywała im zobowiązywać się na rzecz innych osób (D. 16,1; C. 4,29). W istocie rzeczy był to przywilej udzielony kobietom, który chronił je przed wykorzystaniem jako poręczycielek za cudze długi. Niemniej kobieta mogła zrzec się tego przywileju, zarówno w sądzie, jak i poza sądem (D. 16,1,32,4; C. 4,29,21) lub z własnego powodu utracić go, np. jeżeli pożyczyła pieniądze rzekomo na swój cel, a w rzeczywistości dla innej osoby (D. 16,1,2,3). Zob. E. Volterra, *Senatus consultum*, w: NNDI, t. XVI, Torino 1969, s. 1066–1067.

¹⁶⁸ H. Delanglade, op. cit., s. 110: „Cette cause d'exclusion n'est, ainsi que Justinien le dit expressément, applicable qu'aux descendants males, les femmes ne pouvant, en vertu de sénatus consulte Velleien, s'obliger pour autrui”.

¹⁶⁹ Fieffe-Lacroix, op. cit., s. 210: „parce que les femmes ne peuvent pas s'obliger pour d'autres, l'empereur declare que cette cause n'a lieu que pour les males, et non pour les femmes”.

¹⁷⁰ P. Voci, op. cit., s. 739: „ciò vale solo per i discendenti maschi”.

Paulus w księdze pierwszej *ad edictum* pisze:

D. 2,6,1: (*Paulus, lib. 1 ad edictum*) [...] *fideiussor iudicio sistendi causa datus pro rei qualitate locuples detur exceptis necesariis personis: ibi enim qualemcumque accipi iubet: veluti, pro parente, patrono* ([...] poręczyciel dany w celu zagwarantowania obecności pozwanego w sądzie powinien być bogaty, proporcjonalnie do ważności sprawy, z wyjątkiem osób bliskich, na przykład ojca, patrona; w tych bowiem przypadkach nakazuje, że każdy [poręczyciel] ma być uznany).

Myśl tę jeszcze bardziej rozwinął Ulpian, stwierdzając w księdze piątej *ad Edictum*, że poręczycielem uczestnictwa w rozprawie sądowej mógł być ktokolwiek w przypadku pozwania przed sąd jego ascendent, patrona, patronki, descendent albo ascendent patrona lub patronki, descendentów, żony, synowej lub tych, których miał pod władzą, nawet jeżeli nie był bogaty¹⁷¹. Dlatego poproszony nie mógł się tłumaczyć tym, że nie stać go na ewentualną *cautionem iudicatum solvi*, czyli na pokrycie długu w przypadku zasądzenia pozwanego ascendent.

Jeżeli jednak rzeczony descendent podjął się obrony pod nieobecność ascendent, w wypadku przegranego procesu musiał uiścić za niego wspomnianą kaucję, o czym świadczy opisany w księdze drugiej Odpowiedzi przypadek syna, który bronił nieobecnego ojca:

D. 2,8,14: (*Paulus, lib. 2 responsorum*) *Filiusfamilias defendit absentempatrem: Quaero an iudicatum solvi satisdare debeat. Paulus respondit eum qui absentem defendit, etiam si filius velpater sit, satisdare petituro ex forma edicti debere.*

Na pytanie, czy powinien on zapłacić zasądzoną sumę pieniędzy za ojca, Paulus stwierdza, że ten, kto broni nieobecnego, chociażby był jego synem, powinien uiścić kaucję stosownie do wymogów edyktu, jeżeli ta jest wymagana. W takim przypadku mógł on również wnieść apelację przeciwko wyrokowi, który zasądzał poręczaną przez niego osobę¹⁷².

Inaczej przedstawiała się sprawa, gdy przedmiotem poręczenia był zaciągnięty przez ascendent dług. W takim przypadku poręczyciel musiał być wypłacalny. Zamieszczony w Digestach fragment pochodzący od Paulusa:

D. 2,8,10: (*Paulus, lib. 75 ad edictum*) [...] *quod si medio tempore calamitas fideiussoribus insignis vel magna inopia accidit, causa cognita ex integro satisdandum erit*

wskazuje, że gdyby zdarzyło się, że poręczyciel będący w momencie złożenia poręczenia wypłacalnym, stałby się następnie z jakiegokolwiek przyczyny niewypłacalny, pozwany dłużnik był zobowiązany ustanowić innego.

Z powyższego należy wnosić, że jeżeli ascendent zwrócił się do descendent z prośbą o sądowe poręczenie jego długu, gdy z jakiegoś powodu miał trudności z jego pokryciem, musiał się liczyć z tym, że poproszony mógł nie mieć takich moż-

¹⁷¹ Por. D. 2,8,2,2; 2,8,2,4.

¹⁷² D. 49,1,5.

liwości. Wtedy swoją prośbę mógł skierować do wielu adresatów, co potwierdzają użyte w analizowanym tekście słowa *petiti ab eo vel unus ex his* (proszeni przez niego lub któreś z nich), suponujące możliwość solidarnej spłaty długu ascendent¹⁷³.

Reasumując, należy stwierdzić, że ascendent mógł wydziedziczyć swojego descendent¹⁷⁴, gdy bezskutecznie poprosił go o poręczenie jego obecności w sądzie, bez względu na jego stan majątkowy. W przypadku zaś niezrealizowanej prośby o poręczenie zapłaty jego długu tylko wówczas, gdy poproszony descendent był zdolny do jego zapłacenia.

Zupełnie poza orbitą refleksji naukowej cytowanych wcześniej autorów pozostała piąta kwestia, czy podstawą wydziedziczenia descendentów mogła być według Nov. 115,3,8 także dokonana z ich strony pozasądowa odmowa poręczenia za dług ascendent¹⁷⁵. Biorąc pod uwagę powyższe analizy, w odpowiedzi należy stwierdzić, że jakkolwiek możliwe było poręczenie pozasądowe, odmowa udzielenia go poza sądem w żadnym wypadku nie skutkowała aresztem lub więzieniem, a więc nie mogła być podstawą wydziedziczenia zstępnego.

IX. USIŁOWANIE UDAREMNIENIA WSTĘPNYM SPORZĄDZENIA TESTAMENTU

Dziewiąta przyczyna wydziedziczenia została określona przez Justyniana w pierwszym zdaniu paragrafu dziewiątego rozdziału trzeciego Noweli 115.174 Treść tego paragrafu jest następująca:

Nov. 115,3,9: *Si convictus fuerit aliquis liberorum, quia prohibuit parentes suos condere testamentum, ut si quidem postea facere potuerint testamentum, sit eis pro tali causa filium exheredandi licentia; si autem in ipsa prohibitione, sine testamento aliquis ex parentibus decesserit, et alii sive qui ab intestato ad hereditatem defuncti aut cum ipso filio qui testamentum fieri prohibuit aut post illum vocantur, sive illi quos heredes aut legatarios habere volebat, vel qui laesionem aliquam ex prohibitione testamenti sustinuerunt, hoc ipsum approbaverint, secundum alias leges super hoc positas talia negotia terminentur* (Jeżeli któremuś ze zstępnych udowodniono by, że przeszkodził swoim wstępnym w sporządzeniu testamentu, a ci mogliby później sporządzić testament, niech mają z takiej przyczyny prawo do wydziedziczenia zstępnego; jeżeli zaś któryś ze wstępnych zmarłby bez testamentu z powodu rzeczonego przeszkodzenia, a ci, którzy bądź są powołani do dziedziczenia beztestamentowego po zmarłym, albo z samym zstępnym, który przeszkodził w sporządzeniu testamentu, albo po nim, bądź ci, których [zmarły] chciał mieć za dziedziców albo legatariuszy, lub ci, którzy ponieśliby jakąś szkodę z [powodu] przeszkodzenia w sporządzeniu testamentu, to właśnie udowodniliby, tego rodzaju działania należy osądzić według innych ustaw wydanych w tej sprawie).

¹⁷³ Poręczenie z natury rzeczy miało charakter akcesoryjny, czyli wiązało poręczyciela, o ile i na ile nie mógł wywiązać się z długu pozwany lub skazany ascendent. Zob. D. 45,1,5,4; C. 8,41,3; Nov. 4,1.

¹⁷⁴ Zdanie drugie tego paragrafu, jakkolwiek nawiązuje do określonej w zdaniu pierwszym przyczyny wydziedziczenia, odnosi się do uznania osoby za niegodną dziedziczenia po zmarłym, któremu przeszkodził w sporządzeniu testamentu.

Przytoczone zdanie nasuwa następujące pytania: 1) Na czym polegało *prohibitio condere testamentum*, czyli przeszkodzenie ascendentowi w sporządzeniu testamentu? 2) Z jaką winą musiał dokonać go descendant? 3) Kto z descendantów mógł być wydziedziczony z tego powodu?

W kwestii, na czym polegało przeszkodzenie ascendentowi w sporządzeniu testamentu, wypowiedzi autorów są bardzo lakoniczne. P. Voci i W. Litewski ograniczają się tylko do stwierdzenia, że dziewiątą przyczyną wydziedziczenia było „przeszkodzenie w sporządzeniu testamentu”¹⁷⁵. Podobnie W. Osuchowski określa tę przyczynę jako „powstrzymanie go [wstępnego] od sporządzenia testamentu”¹⁷⁶. H. Delanglade pisze o przeszkodzeniu woli sporządzenia testamentu¹⁷⁷. Według M. Zabłockiej przez pojęcie *prohibitionis condere testamentum* należy rozumieć „zniszczenie testamentu lub uniemożliwienie sporządzenia go”¹⁷⁸. Zdaniem Fieffe-Lacroix w analizowanym tekście chodzi o „przeszkadzanie z użyciem siły fizycznej i przemocy w sporządzeniu testamentu”¹⁷⁹.

W świetle źródeł prawa justyniańskiego przeszkodzenie w sporządzeniu testamentu mogło przybrać różną formę i być mniej lub bardziej występne. Działanie to odnosiło się bądź do sytuacji, w której ascendent chciał sporządzić testament, bądź do tej, w której próbował on dokonać zmiany testamentu już istniejącego¹⁸⁰.

Z analizowanego tekstu wynika, że warunkiem wydziedziczenia było jednak przeszkodzenie nieskuteczne¹⁸¹, ponieważ gdyby osiągnęło ono swój cel, czyli ascendent nie sporządziłby testamentu, nie doszłoby do wydziedziczenia.

Przeszkodzenie w sporządzeniu testamentu mogło polegać na bezpośrednim lub pośrednim działaniu na osobę ascendentą.

Bezpośrednie przeszkadzanie miało miejsce, gdy descendant przymuszał swojego ascendentą do tego, by nie sporządził on testamentu lub nie zmieniał już istniejącego. Do takiej sytuacji dochodziło, gdy descendant znał zamiar ascendentą i nie chciał, by potencjalni dziedzice lub współdziedzice byli przez niego ustanowieni lub wydziedziczni. Tym bardziej mógł on działać w tym kierunku, jeżeli obawiał się, że sam z jakiegoś powodu może być wydziedziczony. Działania te musiały być na tyle brutalne, że w chwili ich podjęcia całkowicie paraliżowały wolę ascendentą. Bezpośrednim i wyjątkowo obraźliwym sposobem przeszkodzenia ascendentowi w sporządzeniu testamentu było zabronienie mu jego sporządzenia z udziałem świadków, który prawo justyniańskie jeszcze przed Nowelą 115. uważało za usprawiedliwiony motyw wydziedziczenia¹⁸².

¹⁷⁵ P. Voci, op. cit., s. 739: „impedimento alla confezione di un testamento”; W. Litewski, *Rzymskie...*, op. cit., s. 320.

¹⁷⁶ W. Osuchowski, op. cit., s. 462.

¹⁷⁷ H. Delanglade, op. cit., s. 110: „S’il est convaincu d’avoir apporté des entraves à leur volonté de tester”.

¹⁷⁸ W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, op. cit., s. 186.

¹⁷⁹ Fieffe-Lacroix, op. cit., s. 210: „si le fils a empaché par force et violence son père de tester”.

¹⁸⁰ D. 34,9,19.

¹⁸¹ Descendent, który wskutek przeszkodzenia ascendentowi w zamierzonym sporządzeniu testamentu został powołany do spadku, jako niegodny, mógł być pozbawiony spadku lub swojego udziału spadkowego. Zob. zdanie drugie Nov. 115,3,9.

¹⁸² C. 3,28,23: (*Imp. Dioclet. et Maxim. AA. et CC. Philippo, aliis*) *Testamenti factionem per testationem vos interdixisse matri profitentes iustitiam causam offensae manifeste testamini*.

W kontekście C. 6,34,3 i D. 29,6,3 nie stanowiły przestępstwa przeszkodzenia w sporządzeniu testamentu prowokujące słowa ani robione wyrzuty, którymi descendent zdradzał swoje oczekiwania, jeżeli nie łączyło się z nimi użycie siły fizycznej lub podstęp.

Nie wydaje się, by w pojęciu przeszkadzania w sporządzeniu testamentu mieściły się czyny przeciwko istniejącym testamentom, które wyczerpywały znamiona przestępstwa fałszu (*crimen falsi*)¹⁸³. Zaliczano do nich ukrycie, dokonanie kradzieży, odebranie przemocą, otwarcie przez zerwanie pieczęci, zniszczenie¹⁸⁴, podłożenie lub podrobienie testamentu¹⁸⁵. Stosownie do *lex Cornelia de falsi* groziły za nie kara deportacji i konfiskaty majątku¹⁸⁶. Deportacja zaś wykluczała możliwość wydziedziczenia, ponieważ powodowała *capitis deminutio media*.

Pośrednie przeszkadzanie w sporządzeniu testamentu miało miejsce wtedy, gdy descendent dla osiągnięcia swojego celu wpływał na inne osoby, np. czynił wszystko, by do chcącego sporządzić testament nie dotarli wymagani świadkowie¹⁸⁷.

Żaden z komentatorów Noweli 115., omawiając przyczynę wydziedziczenia, nie zastanawia się nad rodzajem i stopniem winy, z jaką musiał działać descendent, aby jego czyn polegający na przeszkadzaniu spełniał znamiona czynu zasługującego na wydziedziczenie. W świetle słów *si convictus fuerit aliquis liberorum* (jeżeli któremuś z descendentów udowodniono by winę) czyn polegający na przeszkadzaniu musiał być zawiniony. Justynian nie mówi jednak w tym miejscu, z jaką winą (umyślną czy nieumyślną) descendent miał dopuścić się czynu bezskutecznego przeszkodzenia w sporządzeniu testamentu. Być może dlatego, że rodzaj i stopień winy w tym przypadku określały już wcześniejsze ustawy. Wynika z nich, że descendent musiał działać *cum dolo malo*, czyli w złym zamiarze, a sam czyn stanowił przestępstwo¹⁸⁸. O konieczności złego zamiaru po stronie descendenta świadczą wprost użyte w nich słowa: *malus dolus*¹⁸⁹, *dolus*¹⁹⁰, *vis*¹⁹¹. Zaznaczyć należy, że żadna z tych ustaw nie sugerowała nawet, by do wydziedziczenia z omawianej przyczyny wystarczało działanie z winą nieumyślną (*cum culpa*).

¹⁸³ C. 9,22,14.

¹⁸⁴ Inaczej w odniesieniu do czynu zniszczenia testamentu zob. W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, op. cit., s. 186.

¹⁸⁵ D. 48,10,2.

¹⁸⁶ D. 48,10,1,13: (*Marcianus, lib. 14 institutionum*) *Poena falsi vel quasi falsi deportatio est et omnium bonorum publicatio [...]*.

¹⁸⁷ D. 29,6,2 pr.

¹⁸⁸ Wynika to *a contrario* z C. 6,34,3: (*Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Eutychidi*) *Iudicium uxoris postremum in se provocare maritali sermone non est criminisum*.

¹⁸⁹ D. 29,6,2 pr.: (*Paulus, lib. 44 ad edictum*) *Si quis dolo malo fecerit, ut testes non veniant, et per hoc deficiatur facultas testamenti faciendi, denegandae sunt actiones ei qui dolo fecerit, sive legitimus heres sit sive priore testamento scriptus*.

¹⁹⁰ D. 29,6,1,2: (*Ulpianus, lib. 48 ad edictum*) *Si plures heredes instituti sint et omnes dolo fecerint, quo minus testamentum mutaretur, dicendum est actiones omnibus denegari, quia omnes dolo fecerunt*.

¹⁹¹ D. 29,6,3: (*Papinianus, lib. 15 responsorum*) *Virum, qui non per vim nec dolum, quo minus uxor, contra eum mutata voluntate, codicillos faceret, intercesserat, sed ut fieri adsolet, offensam aegrae mulieris maritali sermone placaverat, in crimen non indicisse respondi, nec ei quod testamento fuerat datum auferendum* zgodnie z zasadą wyrażoną w D. 47,8,2,8: [...] *qui vim facit, dolo malo facit [...]* ([...] kto używa siły, działa z winą umyślną [...]).

Tekst Nov. 115,3,9 nasuwa wątpliwość, kogo z descendantów można było wydziedziczyć za przeszkodzenie w sporządzeniu testamentu. Wątpliwość ta pojawia się w związku z użyciem w tym samym zdaniu terminów *liberi* i *filius* oraz wyrażenia *parentes sui*. Fieffe-Lacroix uważa, że w tekście chodzi tylko o przeszkodzenie przez syna w sporządzeniu testamentu swojemu ojcu. Natomiast z wypowiedzi H. Delanglade i W. Osuchowskiego wynika, że przeszkodzenie mogło dotyczyć każdego ascendentu, który chciał sporządzić testament, a sprawcą tego czynu mógł być każdy descendant. Inni komentatorzy nie podejmują tej kwestii.

Wyżej zostało wyjaśnione, że termin *liberi* w justyniańskich tekstach prawnych oznacza wszystkich własnych descendantów obojga płci i dowolnego stopnia. Z D. 50,16,84 wynika zaś, że to samo znaczenie ma również termin *filius*¹⁹². Upřednio wykazano także, że termin *parentes* odnosi się do wszystkich ascendentów, zarówno w linii męskiej, jak i żeńskiej. Stąd należy wnosić, że w analizowanym tekście chodzi o każdego ascendentu i descendantu, a nie, jak błędnie sugeruje Fieffe-Lacroix, wyłącznie o wydziedziczenie syna.

Oczywiście, w świetle ogólnych przepisów rzymskiego prawa, wydziedziczonym mógł zostać z zasady tylko dojrzały i świadomy swojego postępowania descendant, czyli działający *cum malo dolo* (ze złym zamiarem). Niedojrzały sprawca czynu przeszkodzenia w sporządzeniu testamentu podlegał natomiast wydziedziczeniu tylko wtedy, gdy był zdolny do popełnienia rzeczzonego czynu z winą umyślną¹⁹³.

X. WSTĄPIENIE DO TRUPY GLADIATORÓW LUB MIMÓW I WYKONYWANIE TYCH ZAWODÓW WBREW WOLI WSTĘPNYCH

Dziesiątą z rzędu przyczyną wydziedziczenia było wstąpienie przez descendantu do trupy cyrkowców lub komedianów wbrew woli ascendentów i uprawianie tego rodzaju zawodu. Justynian wskazał na nią w zdaniu:

Nov. 115,3,10: *Sipraeter voluntatem parentum inter arenarios aut mimos sese filius sociaverit et in hac professione permanserit, nisi forsitan etiam parentes eius professionis fuerunt* (Jeżeli zstępny wbrew woli wstępnych wstąpiłby do cyrkowców lub mimów i uprawiałby tego rodzaju zawód; chyba że zdarzyłoby się tak, że jego wstępni trudniliby się tym zawodem).

Z przytoczonego zdania wynika, że dziesiąta przyczyna wydziedziczenia zachodziła z chwilą spełnienia trzech warunków: 1) descendant musiał przystąpić do grupy cyrkowców lub mimów; 2) uprawiał taki zawód; 3) dokonywał tego wbrew woli ascendentu.

Przytoczone wyżej zdanie Justyniana, w którym można dopatrzeć się powyższych warunków nasuwa następujące pytania: 1) Czy przystąpienie do trupy jakichkolwiek cyrkowców lub aktorów stanowiło zadość pierwszemu warunkowi wydziedzicze-

¹⁹² D. 50,16,84: (*Iavolenus, lib. 2 ad Yitellium*) *Filii appellatione omnes liberos intelligimus.*

¹⁹³ Por. D. 47,10,3,1.

nia? 2) Czy tylko łączne spełnienie wszystkich trzech wyżej określonych warunków dawało podstawę do wydziedziczenia? 3) Dlaczego wydziedziczenie nie było możliwe w przypadku, gdy ascendenci sami uprawiali wymienione zawody?

W odpowiedzi na pierwsze pytanie należy zauważyć, że wymienione zawody mimo żywego zainteresowania występami w cyrkach i teatrach ze strony publiczności, która potrzebowała ich niemal jak chleba powszedniego (o czym świadczyła słynna formuła: *panem et circenses*), były u Rzymian w pogardzie. Uprawiali je bowiem przede wszystkim jeńcy wojenni, skazani na śmierć (w przypadku gladiatorów)¹⁹⁴, niewolnicy lub wyzwolenicy. Czasem podejmowali je także wolno urodzeni. Uprawiający je dla pieniędzy z mocy prawa popadali w infamię¹⁹⁵. Jednakże fortuna, jaką zdobywali, mimo ich deprecjacji w życiu publicznym, przyciągała do nich także wpływowych obywateli.

W sensie szerokim *arenarii* oznaczali wszystkich, którzy mieli coś wspólnego z areną, zarówno występujących na niej, jak i pracowników obsługi, np. zajmujących się równaniem piasku na arenie. W sensie ścisłym byli to uczestnicy walk z ludźmi (*gladiatori*) lub zwierzętami (*yenatori*)¹⁹⁶.

Kto nie był skazany na walki na arenie, lecz wybrał je dobrowolnie, zachowywał wolność, prawa obywatelskie i prawo do dziedziczenia. Jednakże, gdyby ascendent pominął go czy wydziedziczył w testamencie, nie przysługiwało mu prawo do wniesienia *querela inofficiosi* testamentu, jak również do przeciwtestamentowego dziedziczenia pretorskiego (*bonorum possessio contra tabulas*) po wstępnym, chyba że ascendent sam występował na arenie¹⁹⁷.

Do kategorii *arenarii* dotkniętych infamię zaliczano atletów (*athleti*), zapasników (*exystici*), muzyków (*thymelici*), powożących zaprzęgami w wyścigach kon-

¹⁹⁴ Zob. L. Winniczuk, *Ludzie, zwyczaje i obyczaje starożytnej Grecji i Rzymu*, Warszawa 2006, s. 545.

¹⁹⁵ D. 3,1,1,6; 3,2,1 i n.

¹⁹⁶ Zob. E. Saglio, *Arenarii*, w: DAGR, t. I, cz. I, Paris 1877, s. 395. Każdy wolno urodzony, który z własnej woli zdecydował się walczyć na arenie, czynił to zazwyczaj z niskich pobudek, celem szybkiego wzbogacenia się. Jednakże zdarzało się, chociaż bardzo rzadko, że mężczyźni angażowali się do walk na arenie, aby wspomóc w potrzebie przyjaciela albo osobę z rodziny.

Ochotnik przed wystąpieniem na arenie w roli gladiatora lub wenatora (*munera*) od czasów republiki był prawnie zobowiązany do złożenia deklaracji przed trybunem ludowym (*profiteri ad dimicandum*). Wspomniany urzędnik był zobowiązany wręczyć mu akt zaangażowania w obecności lanisty (nauczyciel gladiatorów) lub urządzającego igrzyska stosownie do przypadku, jednocześnie odnotowywał nazwisko, wiek i sumę przybiecanych pieniędzy (*gladiatorium*). Jest rzeczą wysoce prawdopodobną, że trybun miał również prawo odmówienia proponowanej rejestracji, jeżeli mężczyzna okazał się być za stary lub w oczywisty sposób niezdolny do bycia gladiatorem (*inabilior*). Decydujący się na bycie gladiatorem miał obowiązek przysięgę przed urzędnikiem państwowym, że gotów jest na to, by wypalono mu piętno, zakuto go w kajdany, biczowano i zabito mieczem (*uri, vinciri, ferberari, ferroque necari*). Zob. G. Lafaye, *Gladiator*, w: DAGR, t. II, cz. II, Paris 1896, s. 1574.

¹⁹⁷ C. 3,28,11. Ponadto gladiator lub wenator, wchodząc do kategorii zniesławionych, jeżeli uprzednio był żołnierzem, tracił prawo przynależności do stanu ekwitów, jak również prawo do przebywania w miejscach, gdzie rezydował cesarz. Nie mógł piastować godności publicznych, np. funkcji dekuriona, być powodem ani obrońcą, ani świadkiem w sprawach kryminalnych (chyba że poddano go torturom), ani wszczynać za innych spraw karnych. Gdyby był złapany na cudzołóstwie, mąż mógł go bezkarnie zabić. Pozbawiano go także prawa do pogrzebu z honorami, podobnie jak samobójców. Zob. C. 12,1,2; D. 3,2,2,4; 22,5,3,5; 22,5,21,2.

nych (*agitatores*), uczestników występów religijnych¹⁹⁸, ponieważ uważano, że nie przyświecały ich działalności zniesławiające cele.

Rzymianie uważali również zawód aktora za hańbiący¹⁹⁹. W sensie szerokim aktor oznaczał każdego, kto występował na scenie (*ludiones* lub *ludii*)²⁰⁰, a więc zarówno *histriones* (aktorów dramatycznych), jak i aktorów w sensie ścisłym (*actores*), czyli komediantów²⁰¹. Do tych ostatnich zaliczano między innymi mimów (*mimi*) i pantomimów (*pantomimi*). W odróżnieniu od pantomimów mimowie występowali bez masek, co więcej brali udział w najbardziej obscenicznym widowiskach, nierzadko zupełnie obnażeni, np. w czasie Floraliów. Wyróżniano wśród nich *planipes* (mimów odgrywających boso farsy)²⁰², *stupidii* i *parasiti*²⁰³, wyśmiewających głupotę, obżarstwo itd.

Według Antystiusza Labeona każdego obywatela, który pokazał się na scenie, zarówno w miejscu publicznym, jak i prywatnym, należało uważać za zniesławionego²⁰⁴. Innymi słowy, infamia dotykała zarówno aktorów dramatycznych, jak i komediowych. Była zaś skutkiem negatywnej opinii o sposobie ich życia, żądzy sławy i pieniędzy²⁰⁵.

W świetle powyższego na postawione pytanie, czy pierwszemu warunkowi wydziedziczenia zadośćuczyniło wstąpienie przez descendantą do jakiegokolwiek grupy cyrkowców lub aktorów, należy udzielić odpowiedzi negatywnej. Nie każdy bowiem zawód cyrkowca czy artysty mógł być przyczyną pośredniego zniesławienia ascendentów, a ono właśnie, jak słusznie zauważa Fieffe-Lacroix, stanowiło rdzeń zniewagi wyrządzonej ascendentowi w tym przypadku²⁰⁶. Restrykcyjny charakter analizowanego tekstu nakazuje przyjąć, że descendant mógł być wydziedziczony tylko wówczas, gdy jego wstąpienie do określonej trupy pociągało za sobą zniesławienie w najwyższym stopniu. Taką tezę potwierdza fakt, że w Nov. 115,3,10 Justynian ograniczył omawianą przyczynę wydziedziczenia tylko do mimów²⁰⁷. Po poczynio-

¹⁹⁸ D. 3,2,4 pr.; 3,2,4,1.

¹⁹⁹ D. 3,2,1; Augustyn, *De civitate Dei* 2,13.

²⁰⁰ Zob. J. Toutain, *Ludi publici*, w: DAGR, t. III, cz. II, Paris 1896, s. 1370–1378.

²⁰¹ Zob. O. Navarre, *Histrion*, w: DAGR, t. III, cz. I, Paris 1896, s. 223 i n.

²⁰² Zob. *Mała encyklopedia kultury antycznej*, Warszawa 1988, s. 594.

²⁰³ Zob. G. Boissier, *Mimus*, w: DAGR, t. III, cz. II, Paris 1896, s. 1906.

²⁰⁴ D. 3,2,5: (*Ulpianus, lib. 6 ad edictum Aitpraetor: 'qui in scaenam prodierit, infamis est'. scaena est, ut Labeo definit, quae ludorum faciendorum causa quolibet loco, ubi quis consistat moveaturque spectaculum sui praebiturus, posita sit in publico privato vel in vico, quo tamen loco passim homines spectaculi causa admittantur. eos enim, qui quaestus causa in certamina descendunt et omnes propter praemium in scaenam prodeuntes famosos esse Pegasus et Nerva filius responderunt*) (Pretor mówi: kto występuje na scenie, jest zniesławiony. Scena, jak definiuje Labeon, jest jakimkolwiek miejscem przeznaczonym dla urządzania widowisk, gdzie ktoś zatrzymuje się z zamiarem urządzenia widowiska, ustawiona w miejscu publicznym, prywatnym albo na placu miejskim; chodzi jednak o takie miejsce, gdzie ludzie mają swobodny dostęp do widowiska. Odnosnie do tych, którzy tam wiedzeni zyskiem decydują się na występy i dla nagrody wstępują na scenę, Pegasus i Nerva syn zgadzają się, że są dotknięci niesławą).

²⁰⁵ Więcej na temat infamii aktorów zob. B. Sitek, op. cit., s. 105 i n.

²⁰⁶ Fieffe-Lacroix, op. cit., s. 210: „car en se cas son père ne pourrait pas pretendre qu'il lui aurait fait injure et à sa famille”.

²⁰⁷ P. Voci błędnie rozszerza dziesiątą przyczynę wydziedziczenia na descendantów uprawiających jakiegokolwiek rodzaj sztuki teatralnej wbrew woli ascendentów. Zob. P. Voci, op. cit., s. 739: „esercizio del mestiere di artista da teatro, e simili, contro il volere dell'ascendente”.

nych wyjaśnieniach nie trzeba tłumaczyć, że właśnie wstąpienie do takich kome-diantów mogło najbardziej upokorzyć ascendentą, ze względu na bezpruderyjny cha-rakter ich zawodu. Ze względu na skutek w postaci infamii w najwyższym stopniu, należy przyjąć, że także w odniesieniu do cyrkowców wydziedziczenie uzasadniało tylko wstąpienie descendantą do gladiatorów, o czym trafnie wzmiankuje Fieffe-Lacroix²⁰⁸.

Przystępując do odpowiedzi na drugie pytanie, czy tylko łączne spełnienie wszyst-kich trzech wyżej określonych warunków dawało podstawę do wydziedziczenia, należy przede wszystkim odrzucić sugestię, że możliwe było wydziedziczenie descendantą za sam fakt wstąpienia, jak to zostało ustalone do trupy gladiatorów lub mimów. Z umieszczenia bowiem na początku analizowanego zdania wyrażenia *praeter voluntatem parentum* i posłużenia się w dalszej jego części łącznikiem *et* (i) wynika, że przyczyna wydziedziczenia zachodziła tylko przy łącznym spełnie-niu trzech dostrzeżonych warunków. Innymi słowy, ascendent mógł wydziedziczyć descendantą tylko wówczas, gdy wbrew jego woli wstąpił on do grupy gladiatorów lub mimów i wbrew jego woli uprawiał te zawody. Użyty zaś w analizowanym zda-niu przymek *praeter* (wbrew) suponuje, że nieposłuszeństwo descendantą wzglę-dem woli ascendentą musiało być świadome, a objawienie woli ze strony ascendentą musiało być dostatecznie wyraźne i konsekwentnie podtrzymywane. Wydaje się jed-nak, że sprzeciw ze strony ascendentą był wystarczający do wydziedziczenia także wówczas, gdy został wyrażony *post factum* w chwili, gdy dowiedział się on o upra-wianiu przez descendantą któregoś z tych zawodów, podczas gdy ten ukrył przed nim swoje zamiary w tym względzie.

Opinię o konieczności łącznego spełnienia warunków zawartych *implicite* w ana-lizowanym tekście podzielają Fieffe-Lacroix²⁰⁹, H. Delanglade²¹⁰, W. Osuchowski²¹¹, W. Litewski²¹².

Analizowane zdanie Justyniana nie przynosi wprost odpowiedzi na pytanie, dla-czego wydziedziczenie nie było możliwe w przypadku, gdy ascendentą sami upra-wiali wymienione zawody. Wydaje się jednak, że po pierwsze, o taki sprzeciw ze strony ascendentów byłoby trudno, skoro dzielali oni taki sam punkt widzenia na życie. Po drugie, nie byłoby rzeczą sprawiedliwą represjonować descendantów za czyny, które samemu rozmyślnie (*cum dolo*) się popełniało. Fieffe-Lacroix słusznie zauważa, że Justynian trzymał się w tym przypadku zasady prawa *si dno dolo malo fecerint, invicem de dolo non agent* (jeżeli dwóch w złej intencji podstępnie działa, w stosunku do siebie nie działają podstępnie)²¹³.

²⁰⁸ Fieffe-Lacroix, op. cit., s. 210: „si le fils s'est associe contre la volonte de son pere avec des gladiateurs”.

²⁰⁹ Ibidem.

²¹⁰ Zob. H. Delanglade, op. cit., s. 110.

²¹¹ Zob. W. Osuchowski, op. cit., s. 462.

²¹² Zob. W. Litewski, *Rzymskie...*, op. cit., s. 320.

²¹³ D. 4,3,36.

XI. ODMOWA ZAMĄŻPÓJŚCIA PRZEZ CÓRKĘ LUB WNUCZKĘ
POŁĄCZONA Z WYBOREM ROZWIĄZŁEGO TRYBU ŻYCIA,
MIMO USTANOWIENIA PRZEZ RODZICÓW
LUB DZIADKÓW STOSOWNEGO POSAGU

Punkt wyjścia do bliższego określenia jedenastej przyczyny wydziedziczenia żeńskich descendantów pierwszego lub drugiego stopnia stanowi następujący tekst:

Nov. 115,3,11: *Si alicui ex praedictis parentibus volenti filiae suae vel nepti maritum dare et dotem secundum vires substantiae suae pro ea praestare illa non consensit sed luxuriosam degere vitam elegerit. Si vero usque ad viginti quinque annorum aetatem pewenerit filia et parentes distulerint eam marito copularet et forsitan ex hoc contigerit in suum corpus eam peccare aut sine consensu parentum marito se, libero tamen, coniungere, hoc ad ingratitudinem filiae nolumus imputari; quia non sua culpa sed parentum id commisisse cognoscitur* (Jeżeli któryś z wymienionych wstępnych chciał dać męża swojej córce lub wnuczce i stosownie do swoich możliwości był gotów ustanowić dla niej posag, [a] ona nie tylko nie zgodziłaby się, lecz zdecydowałaby się na prowadzenie rozpustnego trybu życia. Jeżeli zaś córka osiągnęłaby dwadzieścia pięć lat, a wstępni odkładali jej zamążpójście i zdarzyłoby się, że z tego powodu skalalaby się tym, że grzeszyła nierządem, albo bez zgody rodziców wyszła za mąż za [człowieka] wolnego, nie chcemy, by to było poczytane za niewdzięczność córki, lecz oczywiste jest to, że doszło do tego [z winy] wstępnych).

Wszyscy komentatorzy powyższego tekstu są zgodni co do tego, że jedenasta przyczyna wydziedziczenia dotyczyła tylko zstępnych rodzaju żeńskiego. Według P. Vociego wydziedziczenie było możliwe względem każdej źle prowadzącej się descendantki, także tej, która zawarła małżeństwo wbrew woli ascendentu, chyba że osiągnęła dwudziesty piąty rok życia, a ascendent nie zatroszczył się o wydanie jej za mąż²¹⁴. Inni komentatorzy, jak Fieffe-Lacroix, H. Delanglade i W. Litewski, trzymając się litery tekstu, są zdania, że ta przyczyna wydziedziczenia odnosiła się tylko do córki i wnuczki. Fieffe-Lacroix twierdzi, że jedenasta przyczyna ma miejsce, „jeżeli ojciec miał wolę wydania za mąż swojej córki lub swojej wnuczki i dał jej posag według swoich możliwości, a ona wolą prowadzić życie w niesławie i rozwiązłości”²¹⁵. H. Delanglade pisze, że omawiana przyczyna zachodziła, „jeżeli córka lub wnuczka bardziej umiłowala życie w rozwiązłości, chociaż jej rodzice mieli zamiar wydania jej za mąż i wolę ustanowienia dla niej proporcjonalnego do ich majątku posagu”²¹⁶. Dla W. Litewskiego przyczyną tą było „niemoralne prowadzenie się córki lub wnuczki”²¹⁷.

²¹⁴ P. Voci, op. cit., s. 739: „malcostume delle discendenti; matrimonio delle stesse contro la volonta dell'ascendente (salvo che, raggiunta da quelle l'età di 25 anni, l'ascendente non si sia curato di accasarle)”.

²¹⁵ Fieffe-Lacroix, op. cit., s. 210: „si le père ayant voulu marier sa filie ou sa petite-fille, et lui donner une dot suivant ses facultes, elle a prefere de mener une vie infame et luxurieuse”.

²¹⁶ H. Delanglade, op. cit., s. 110: „Si la filie ou la petite filie, que ses parents avaient l'intention de marier et de pourvoir d'une dot proportionnee à leur fortune, a mieux aime vivre dans le libertinage”.

²¹⁷ W. Litewski, *Rzymskie...*, op. cit., s. 320.

Wydaje się, że zrodzone w nauce prawa *dubium*, czy określona w Nov. 115,3,11 przyczyna wydziedziczenia odnosi się do każdej descendentki, czy tylko do córki lub wnuczki, wyjaśnia omówiony wcześniej fragment D. 50,16,220 pr. Zawarta w nim norma, iż imiennie zaznaczone stopnie pokrewieństwa należy rozumieć dosłownie, nakazuje ścisłą interpretację Nov. 115,3,11. Taki pogląd zbiega się z opiniami większości komentatorów, którzy utrzymują, że w analizowanym tekście Noweli chodzi tylko o córkę i wnuczkę.

Żaden z komentatorów Nov. 115,3,11 nie podnosi kwestii, czy możliwa była usprawiedliwiona odmowa zamążpójścia nieletniej, która nie dostarczała powodu do wydziedziczenia. W odpowiedzi należy stwierdzić, że prawo wymagało zgody ascendentów zarówno do zawarcia zaręczyn, jak i samego małżeństwa przez córkę czy wnuczkę. Zawsze domniemywano, że ojciec (dziadek) zgadza się z wolą córki (wnuczki), co w sposób wyraźny wynika ze zdania Paulusa:

D. 23,1,7,1: (*Paulus, lib. 35 ad edictum*) [...] *intellegi tamen semper filiaepatrem consentire, nisi evidenter dissentiat, Iulianus scribit* [...] Należy jednak zawsze rozumieć, że ojciec zgadza się z córką chyba że wyraźnie sprzeciwiałby się, pisze Julian).

W wypadku kolizji woli ojca (ascendentów) z wolą córki (wnuczki) oczekiwano z jej strony podporządkowania się woli wstępnego. Cesarz Justynian przystał jednak na to, że mogła ona sprzeciwić się swojemu ascendentowi, jeżeli ten wybrał dla niej na męża kandydata, który był *indignus moribus* lub *turpis*, co potwierdza następujący fragment Digestów:

D. 23,1,12,1: (*Ulpianus, lib. singul. de sponsalibus*) *Tunc autem solum dissentienti a patre licentia filiae conceditur, si indignum moribus vel turpem sponsum ei pater eligat* (Wtedy zaś tylko udziela się zezwolenia córce na odmowę zgody ojcu, gdy ojciec wybrałby jej na narzeczonego niegodnego z powodu obyczajności lub zniesławionego).

Bez względu na to, czy przytoczony tekst, jak uważa P. Bonfante²¹⁸, jest interpolowany, czy też nie, był on obowiązującym prawem w chwili wydania Noweli 115. Płyne stąd wniosek, że wydziedziczenie wnuczki lub córki było zasadne, gdy proponowany kandydat na męża był odpowiednim kandydatem, czyli osobą godną. Jeżeli zaś był niegodny, sprzeciw wyrażony przez córkę lub wnuczkę, jako że miał podstawę w prawie, nie mógł być powodem do wydziedziczenia.

Odpowiedź na postawione wyżej pytania wymaga ponadto uwzględnienia włączonej do Kodeksu Justyniana konstytucji Walentyniana, Walensa i Gracjana dotyczącej niepełnoletnich wdów, a dokładniej następujących jej zdań:

C. 5,4,18 pr. i 1: (*Impp. Valent., Valens et Gratian. AAA. adsenatum*) *Viduae intra quintum et vicesimum annum degentes, etiamsi emancipadonis libertate gaudent, tamen in secundas nuptias sine patris sententia non convenient. Quod si in coditionis delectum, mulieris voluntas repugnat sententiae propinquorum, placet admodum, ut in virginum coniunctionibus sanctum est, habendo examini auctoritatem quoque iudicariae cogni-*

²¹⁸ P. Bonfante, *Corso di diritto romano*, 1.1, *Diritto di famiglia*, Roma 1925, s. 227.

tionis adiungi, ut, si pares sint genere ac moribus petitores, is potior aestimetur, quem sibi consulens mulier adprobaverit (Jednakże wdowy poniżej dwudziestego piątego roku życia, chociażby cieszyły się wolnością emancypacji, nie mogą powtórnie wyjść za mąż bez zezwolenia wstępnego. Ale gdy chodzi o wybór w sprawie małżeństwa, jeżeli wola kobiety sprzeciwia się zdaniu ascendentów i bliskich, zarządza się, jak to w wypadku dziewczyc zostało postanowione, żeby także władza sądowa włączyła się do przeprowadzenia oceny. Aby ten raczej był doceniony, jeżeli równego rodzaju i zalet byłoby ci kandydaci, którego sobie wybrała kobieta).

Wynika z nich, że Justynian uznał, że każda niepełnoletnia kobieta (zarówno wdowa, jak i dziewczica) mogła odmówić wyjścia za kandydata narzuconego jej przez ascendentów wówczas, gdy o jej rękę pretendowali inni równie godni kandydaci. Co więcej, w takim wypadku zalecił, żeby kompetentne organy władzy sądowej, rozstrzygając spór, uwzględniły preferencje kobiety. Wskutek tego także w tym przypadku dokonana odmowa zamążpójścia nie stanowiła podstawy do wydziedziczenia niepełnoletniej kobiety. Zresztą, wychodząc za mąż za aprobatą władzy sądowej, przekreślała ona możliwość spełnienia drugiej przesłanki wydziedziczenia, polegającej na wyborze rozpustnego trybu życia.

Choć żaden z komentatorów nie wypowiada się na ten temat, podkreślenia wymaga powiązanie przez Justyniana w analizowanym tekście prawnym odmowy zamążpójścia małoletniej córki lub wnuczki z jej wyborem rozwiązłego, czyli bezwstydного stylu życia. Taka koniunkcja wyklucza wydziedziczenie wyłącznie z powodu odmowy zamążpójścia, jeżeli kobieta nie dokonała jej w złym zamiarze. Tak samo niesprawiedliwe byłoby wydziedziczenie jej, gdyby któryś z ascendentów, uprawniony do przedstawienia kandydata na męża małoletniej, nie przyrzekł jednocześnie posagu na miarę swych możliwości.

Poza tym odmowa córki lub wnuczki musiała być wyraźna, w przeciwnym razie, opierając się na zdaniu Ulpiana, domniemywano, że zgadza się ona z wolą ojca:

D. 32,1,12 pr.: (*Ulpianus, lib. sigul. de sponsalibus*) *Sed quae patris voluntati non repugnat, consentire intellegitur* (Lecz uważa się, że zgadza się ta, która nie sprzeciwia się [z uporem] woli wstępnego).

Pamiętać również należy, że doprowadzenie do zawarcia małżeństwa nieletniej córki zwykle należało do ojca lub dziadka, a wyjątkowo matki lub babki, krewnych czy opiekuna (*tutor*)²¹⁹ lub kuratora (*curator*)²²⁰. Ich przyzwolenie na małżeństwo było konieczne zarówno wtedy, gdy małoletnia dziewczyna była *alieni*, jak i *sui iuris*. Wyraźnie mówi o tym zamieszczona poniżej instrukcja cesarza Teodozjusza i Honoriusza, skierowana do prefekta pretorianów Teodora, którą odnajdujemy w Kodeksie Justyniana:

C. 5,4,20 pr. i 1: (*Impp. Honor. et Theod. AA. ad Theodorum P.P.*) *In coniunctione filiarum in sacris positarum patris expectetur arbitrium: si sui iuris puella sit intra quintum*

²¹⁹ C. 5,4,1.

²²⁰ C. 5,4,8.

et vicesimum annum constituta, ipsius quoque exploretur adsensus. Si patris auxilio destituta, matris et propinquorum et ipsius quoque requiratur adultae iudicium. Si vero utroque orbata parente sub curatoris defensione consistat et inter honestos competitorum matrimonii oriatur forte certamen, ut quaeratur, cui potissimum puella iungenda sit, si puella cultu verecundiae propriam noluerit depromere voluntatem, coram positus propinquis iudici deliberare permissum sit, cui melius adulta societur (Ilekróć chodzi o zamążpójście córek znajdujących się pod władzą ojcowską, wymagana jest decyzja ojca. Lecz jeżeli dziewczyna byłaby własnego prawa, poniżej dwudziestego piątego roku życia, jego zgodę na [małżeństwo] należy także uzyskać. Jeżeli nie ma pomocy ze strony ojca, wymaga się decyzji matki i najbliższych, a także samej nieletniej. Jeżeli zaś straciłaby oboje rodziców, powinna być oddana pod opiekę kuratora; i gdyby między uczciwymi kandydatami do małżeństwa przypadkiem zrodził się spór, o ile nie byłoby wiadome, za którego właśnie dziewczyna powinna być wydana, jeżeli dziewczyna z powodu własnej wstydlivosti nie chciałaby wyrazić swojej woli wobec najbliższych, zezwala się sędziemu, aby zadecydował za kogo lepiej wydać za mąż nieletnią).

Powyższy tekst łączy się ściśle z wcześniejszą instrukcją cesarzy Sewera i Antonina, skierowaną do Porcjusza, która została usytuowana w tym samym tytule czwartym księgi piątej Kodeksu Justyniana pod numerem pierwszym:

C. 5,4,1: (*Impp. Severus et Antoninus AA. Portio*) *Cum de nuptiis puellae quaeritur nec inter tutorem et matrem et propinquos de eligendo futuro marito convenit, arbitrium praesidis provinciae necessarium est* (Gdy chodzi o małżeństwo dziewczyny, jeżeli nie ma zgody między opiekunem i matką, i krewnymi co do wyboru przyszłego męża, konieczne jest rozstrzygnięcie namiestnika prowincji).

Gdy chodzi o odmowę wyjścia za mąż wnuczki z tekstu:

D. 23,2,16,1: (*Paulus, lib. 35 adedictum*) [...] *neptis vero si nubat, voluntas et auctoritas avi sufficiet* ([...] jeżeli zaś wnuczka wychodziłaby za mąż, wystarcza wola [wnuczki] i przyzwolenie dziadka)

a contrario wynika, że znaczenie prawne mogła mieć tylko odmowa zamążpójścia poczyniona jej *patri familias*. Gdyby zaś ojciec albo dziadek był umyślowo chory, na podstawie D. 23,2,9 pr., analogicznie można przypuszczać, że do zamążpójścia wystarczyło zezwolenie jednego z nich.

W kontekście zawartego w Nov. 115,3,11 wyrażenia *alicui ex praedictis parentibus* (gdy któryś z wymienionych ascendentów), nakazującego szeroko ujmować wydziedziczającego testatora, przy jednoczesnym braku określenia w niej statusu prawnego córki i wnuczki, oraz w kontekście przytoczonych wyżej tekstów prawnych – można postawić dwie tezy, a mianowicie:

1) możliwe było, po przedstawieniu kandydata i wyrażeniu woli ustanowienia posagu, wydziedziczenie nieletniej córki lub wnuczki, bez względu na to, czy znajdowała się ona pod władzą ojcowską, czy też była *sui iuris*, jeżeli odmówiłaby zamążpójścia i zdecydowała się na prowadzenie rozpustnego trybu życia;

2) wydziedziczenia na podstawie odmowy zamążpójścia mógł dokonać ascendent męski, tj. ojciec lub dziadek, a w przypadku ich śmierci matka lub babka, jeśli jej

kandydat został poparty przez krewnych, a także opiekuna lub kuratora, albo w braku zgody między nimi, gdy kompetentny urzędnik państwowy przychylił się do zdania matki lub babki, a córka lub wnuczka mimo tego odmówiłaby zamążpójścia.

Wydziedziczenie córki lub wnuczki z powodu odmowy zamążpójścia było natomiast niemożliwe, gdy z jakichś powodów nie mogło dojść do zaproponowania przez ascendentą stosownego kandydata na męża. Źródła prawa wskazują na trzy sytuacje: 1) chorobę umysłową lub psychiczną ojca lub dziadka, 2) podróż w dalekie strony (jeżeli nieznane było miejsce jego pobytu), 3) niewolę u wrogów. W takich przypadkach Justynian zezwolił na zawarcie małżeństwa bez ich zgody. Jednakże w pierwszym przypadku do zawarcia małżeństwa mogło dojść tylko z upoważnienia prefekta miasta, namiestnika prowincji lub miejscowego biskupa, po wysłuchaniu kuratora i najbliższych krewnych²²¹. W drugim zaś i trzecim przypadku należało oczekiwać trzy lata na powrót ascendentą, na którym spoczywała troska o małżeństwo córki lub wnuczki, jeżeli nieznane było jego stanowisko w sprawie zamążpójścia. Po ich upływie, jeżeli ascendent nie powrócił do swojego domu, zarówno syn, jak i córka mogli zawrzeć z wybraną stroną ważne małżeństwo²²².

Na rozważenie zasługuje przypadek kobiety, która osiągnęła już pełnoletność. Czy zważywszy na klauzulę zawartą w drugim zdaniu Nov. 115,3,11, można było ją wydziedziczyć, gdyby odmówiła zamążpójścia za kandydata przedstawionego jej przez wstępnych?

Wydaje się, że takiej kobiety nie można było wydziedziczyć, ponieważ ta, która ukończyła dwudziesty piąty rok życia, w świetle przywołanej klauzuli mogła sama zawrzeć małżeństwo lub zdecydować o pozostaniu w stanie beżennym. H. Delanglade trafnie zauważa, że jedenasta przyczyna wydziedziczenia descendantki „ustępuje, kiedy córka osiąga dwudziesty piąty rok życia, w sytuacji gdy jej rodzice nie znaleźli jej odpowiedniego męża. W tym wypadku może ona wyjść za mąż stosownie do swego uznania albo oddać się rozwiązłości, bez negatywnych konsekwencji dla swoich praw spadkowych”²²³.

Wydziedziczenie w tym przypadku byłoby niesprawiedliwe z dwóch powodów: 1) byłoby sprzeczne z uprawnieniem kobiety pełnoletniej do decydowania o wyborze własnego stanu życia, 2) stanowiłoby formę obwinienia córki lub wnuczki przez ascendentą za jego własne zaniedbania w realizacji rodzicielskiego obowiązku zatroszczenia się o zamążpójście swojej descendantki.

Za tym, że kobiety pełnoletniej, która sama zdecydowała o swoim losie, nie wolno było wydziedziczyć, jednoznacznie przemawia również merytoryczna, interlinearna glosa dodana do C. 3,28,19. Zamieszczając bowiem po konstytucji cesarza Dioklecjana i Maksymiana z 293 r. fragment klauzuli Nov. 115,3,11, glosatorzy dodali do niej zdanie *eam exheredare non potest* (jej wydziedziczyć nie możesz).

²²¹ C. 1,4,28; 5,4,25,3-4.

²²² D. 23,2,9,1; 23,2,10.

²²³ H. Delanglade, op. cit., s. 110: „cesse, lorsque la filie, arrive à sa 25me année, sans que ses parents lui aient cherché un mari sortable. En ce cas, elle peut, sans que cela puisse lui être préjudiciable au point de vue de ses droits héréditaires, se marier à sa convenance, ou même se livrer à la débauche”.

XII. ZANIEDBANIE OPIEKI I POMOCY WSTĘPNYM W CZASIE ICH CHOROBY PSYCHICZNEJ

Dwunastą przyczynę wydziedziczenia zstępnych Justynian opisał w następujący sposób:

Nov. 115,3,12: *Si quis depraedictis parentibus furiosus fuerit, et eius liberi vel quidam ex his aut liberis ei non existentibus alii eius cognati qui ab intestato ad eius hereditatem vocantur obsequium ei et curam competentem non praeberint, si quidem a tali sanus fuerit infirmitate, erit ei potestas utrum velit neglegentem filium vel filios aut cognatos ingratum vel ingratos in suo scribere testamento. Si autem in furoris morbo eum detentum extraneus aliquis viderit <a> suis neglectum liberis vel cognatis aut aliis ab eo scriptis heredibus et pro misericordia voluerit eum procurare, damus ei licentiam adtestationem eis qui ab intestato vel ex testamento iam facto ad furiosi hereditatem vocantur scriptis dirigere, ut eum procurare festinent. Si autem post huiusmodi adtestationem neglexerint, et extraneus in sua domo furiosum susceptum sumptibus propriis usque ad finem vitae ipsius procurasse monstratus fuerit, eum qui obsequium ac diligentiam furioso exhibuit, licet extraneus sit, ad eius successionem pervenire decernimus, evacuata institutione eorum utpote indignorum, qui furioso, sicut debemus, curam praebere neglexerunt, ita tamen ut cetera testamenti capitula in sua maneant firmitate* (Jeżeli któryś z wymienionych wstępnych byłby chory psychicznie, a jego zstępni lub któryś z nich albo gdyby nie miał zstępnych – inni jego krewni, którzy są powołani do dziedziczenia beztestamentowego, nie udzieliliby mu pomocy i właściwej opieki; jeżeli tenże z takiej choroby zostałby wyleczony, będzie mu wolno napisać w swoim testamencie, gdyby zechciał, że nie dbały zstępny lub zstępni, albo krewni jest lub są niewdzięczni. Jeżeli zaś jakiś obcy widziałby, że on, będąc dotknięty jakąś chorobą umysłową, został zaniedbany przez swoich zstępnych lub krewnych albo innych ustanowionych przez niego dziedziców, i zechciałby zadbać o niego, kierując się miłosierdziem, dajemy mu zezwolenie na skierowanie pisemnej interpelacji do tych, którzy do spadku umysłowo chorego są powołani w drodze dziedziczenia beztestamentowego lub na podstawie już sporządzonego testamentu tak, aby jemu pospieszyli z pomocą. Jeżeli zaś po tego rodzaju interpelacji [dziedzice] zaniedbaliby [swojej powinności] i okazałoby się, że obcy, po przyjęciu chorego umysłowo do swojego domu, utrzymywałby go własnymi środkami aż do końca jego życia; postanawiamy, że ten, który udzielił pomocy i starania choremu umysłowo, chociaż byłby obcym, jest dopuszczony do dziedziczenia po nim, po usunięciu ustanowienia jako niegodnych tych, którzy (jak powiedzieliśmy) zaniedbali przyjść z pomocą choremu psychicznie; tak jednak, że pozostałe rozdziały testamentu pozostają w mocy).

Pierwszy problem, jaki nasuwa tekst Nov. 115,3,12, dotyczy zakresu podmiotów, które mogły być ofiarami bezduszności ze strony zstępnych. Przede wszystkim należy wyjaśnić, kogo oznaczał termin *furiosus*.

Począwszy od Ustawy XII Tablic²²⁴ terminem tym określano w prawie rzymskim osobę chorą umysłowo, wyobcowaną ze społeczności ludzkiej²²⁵. W świetle

²²⁴ Tab. 5,7.

²²⁵ Zob. F. Baudry, *Furiosus, furor*, w: DAGR, t. II, cz. II, Paris 1896, s. 1420.

D. 27,10,7,1 był on synonimem terminu *demens*. W prawie poklasycznym uważano jednak, że między *furiosus* i *demens* zachodziła różnica w stopniu natężenia choroby umysłowej. *Furiosi* oznaczali chorych umysłowo, którzy miewali dłuższe lub krótsze okresy remisji stanu chorobowego (*lucida intervalla*), natomiast *dementi* albo inaczej *mente capti* oznaczali habitualnie pozbawionych używania rozumu, u których nie były możliwe przebliski świadomości.

Justynian zaznacza w omawianym fragmencie Nov. 115., że ascendent mógł wydziedziczyć niewdzięcznego i niegodnego descendantę z powodu zaniedbania opieki nad nim w czasie jego choroby umysłowej *siquidem a tali sanatus fuerit infirmitate* (jeżeli tenże z takiej choroby zostałby wyleczony). Nie ulega wątpliwości, że w wypadku wyzdrowienia był on całkowicie zdolny zarówno do sporządzenia testamentu, jak i ważnego wydziedziczenia winnego descendantę. Rodzi się jednak pytanie, czy tego rodzaju wydziedziczenia mógł dokonać chory umysłowo (*furiosus*) w okresie remisji stanu chorobowego, jeżeli doszedłby do wniosku, że nie spotkał się z należną opieką swoich potencjalnych dziedziców. Wydaje się, że również w tym wypadku wydziedziczenie byłoby zasadne i skuteczne, jeżeli zważy się na tekst konstytucji Justyniana z 530 roku:

C. 5,70,6,1: (*Imp. Justinian. A. Juliano P.P.*) [...] *sed per intervalla, quae perfectissima sunt, nihil curatorem agere, sed ipsum posse furiosum, dum sapit, et hereditatem adire et omnia alia facere, quae sanis hominibus competunt* [...] ([...] ale w okresie całkowicie pewnych przeblisków świadomości kurator nie może niczego zdziałać, lecz sam chory umysłowo może, dopóki jest świadomy [tego co czyni], i nabyć spadek, i wszystko inne czynić, co przysługuje ludziom rozumnym [...]).

Inną kwestią wymagającą wyjaśnienia jest zagadnienie, czy podstawę wydziedziczenia stanowiło zaniedbanie należytej staranności (*negligentia*) o chorego umysłowo ascendentę, wynikające z obowiązku sprawowania formalnej opieki (*cura furiosi*), czy też wystarczającym powodem był faktyczny brak troski o niego.

Dążąc do wyjaśnienia tego zagadnienia, należy zauważyć fakt, że Ustawa XII Tablic poddała chorego umysłowo *sui iuris* pod legalną kuratelę jego agnatów, a w ich braku członków jego rodu (*gentiles*), którzy mogli być jego dziedzicami *ab intestato*²²⁶. Z czasem pretor stworzył instytucję kurateli z nadania (*cura dativa*). Ta forma ustanowienia kuratora dotrwała do czasów justyniańskich i ostała się jako jedyna w prawie rzymskim, ponieważ *cura legitima* popadła w *desuetudo*.

Nadany przez urzędnika (pretora, prefekta miasta, namiestnika prowincji)²²⁷ choremu umysłowo kurator (*curator furiosi*) miał za zadanie nie tylko troszczyć się o zarządek jego majątkiem, lecz również dbać o jego osobę:

²²⁶ Tab. 5,7: *Si furiosus escit, agnatum gentiliūque in eo pecuniaque eius potestas esto.*

²²⁷ I. 1,23,1: *Dantur autem curatores ab isdem magistratibus, a quibus et tutores. Sed curator testamento non datur, sed datus confirmatur decreto praetoris vel praesidis* (Ci sami urzędnicy, którzy mianują opiekunów, ustanawiają kuratorów. Lecz kurator nie może być dany w testamencie, jednakże mianowany wymaga zatwierdzenia dekretem pretora lub namiestnika prowincji).

D. 27,10,7 pr.: (*Julianus, lib. 21 digestorum*) *Consilio et opera curatoris tueri debet non solum patrimonium, sed et corpus ac salus furiosi* (Radą i działaniem kuratora powinien być wzięty w opiekę nie tylko majątek, lecz również ciało i zdrowie chorego umysłowo).

Cesarz Justynian w instrukcji skierowanej do prefekta pretorianów Juliana z 530 r., biorąc pod uwagę, że jest rzeczą niepewną i nawet całkowicie niemożliwą rozpoznanie u chorych umysłowo, czy będą mieli oni krótkie czy długie przebliski świadomości, oraz że nie można ustalić czasu trwania tej choroby, postanowił, że kurator ma być ustanowiony na całe życie chorego umysłowo. Jego zadanie ulegało jednak zawieszeniu w czasie remisji stanu chorobowego i z mocy prawa był on obowiązany podjąć je na nowo z chwilą nawrotu choroby²²⁸.

Spośród descendentów mogli być kuratorami wyłącznie mężczyźni. W przypadku choroby umysłowej ojca lub matki prawo justyniańskie nakazywało ustanowić do sprawowania opieki nad chorymi umysłowo jako opiekuna ich syna²²⁹. Racją w tym przypadku był ten sam należny im szacunek (*pietas*), chociaż nierówna była ich władza²³⁰.

Można przypuszczać, że zadanie kuratora kompetentny urzędnik państwowy mógł powierzyć również wnuczkowi, gdyby chodziło o umysłowo chorego dziadka, którego syn zmarł lub był niezdolny do sprawowania opieki, o ile oczywiście wnuczek osiągnął pełnoletność.

Sprawowanie funkcji kuratora było funkcją publiczną, od której nie można było wymówić się bez słusznego powodu. Powodem tym mogło być na przykład pełnienie funkcji państwowej z dala od ojczyzny, ubóstwo, jeżeli mianowany nie był zdolny do udźwignięcia nałożonego na niego ciężaru, brak zdolności czytania, stan zdrowia uniemożliwiający prowadzenie nawet własnych spraw, osiągnięcie wieku siedemdziesięciu lat²³¹. Syn lub wnuczek, ustanowiony jako kurator, mógł więc wymówić się w takich przypadkach od sprawowania opieki nad chorym umysłowo ascendentem.

Jeżeli jeden lub drugi przyjął na siebie obowiązek sprawowania kurateli nad chorym psychicznie ascendentem, a swojego zadania faktycznie nie wypełniał, wydaje się, że tym bardziej zasługiwał na wydziedziczenie, bo nie tylko sprzeniewierzył się miłości synowskiej, lecz można było poczytać jego zachowanie polegające na niedbalstwie za bliskie rozmyślnego zaniechania. Wydziedziczenia mógł więc spodziewać się niewdzięczny syn lub wnuczek, który zaniedbał co najmniej należyta staranność o chorego umysłowo ascendentą.

Zaznaczyć należy, że powodem wydziedziczenia nie mogło być wyłącznie zaniechanie formalnej kurateli. Gdyby Justynianowi chodziło w tekście Nov. 115,3,12 tylko o nią, z całą pewnością użyłby wyrażenia zawierającego termin *curator*, na przykład: *eius filius datus pro curatore aut eius cognatus datus pro curatore*.

Użyte w Nov. 115,3,12 wyrażenia *eius liberi vel quidam ex his* (jego zstępni lub któryś z nich) oraz *alii eius cognati* (inni jego krewni) nakazują przyjąć, że każdy

²²⁸ C. 5,70,6.

²²⁹ D. 27,10,1,1–2; 27,10,1,4.

²³⁰ D. 27,10,4.

²³¹ I. 1,25.

descendent, a w dalszej kolejności każdy inny krewny uprawniony do dziedziczenia *ab intestato*, mógł zostać wydziedziczony z powodu zaniedbania opieki nad chorym psychicznie *ascendentem*.

Za szerokim rozumieniem podmiotu, któremu groziło wydziedziczenie, opowiada się wyraźnie Fieffe-Lacroix. Píše on, że „dwunasta przyczyna wydziedziczenia zachodzi wtedy, gdy ojciec lub matka, lub ktokolwiek z *ascendentów* popadł w chorobę umysłową, a jego dzieci lub któreś z nich albo jego krewni boczni w braku dzieci zaniedbali opieki; w przypadku, jeżeli powróci on do przytomności umysłu, może on ich wydziedziczyć i pozbawić swojego spadku jako niewdzięcznych i niegodnych do jego przyjęcia”²³². Inni autorzy, jak P. Voci²³³, W. Osuchowski²³⁴, M. Zabłocka²³⁵, w swoich komentarzach do dwunastej przyczyny wydziedziczenia ograniczają się tylko do podania jej istoty, która polegała na zaniedbaniu należytej staranności, bez precyzyjnego wskazania kogo Justynian widział jako jej sprawców. Z kolei H. Delanglade głosi odosobniony pogląd, że podmiot wydziedziczenia na podstawie dwunastej przyczyny stanowi wyłącznie dziecko, które nie udziela pomocy i opieki któremuś ze swoich rodziców, dotkniętemu chorobą umysłową²³⁶. Opinia ta odbiega w sposób ewidentny od treści *Nov. 115,3,12*.

Reasumując rozważania dotyczące podmiotu wydziedziczenia *zstępnych* na podstawie przyczyny określonej w *Nov. 115,3,12*, trzeba uznać, że *ascendent*, który powrócił do zdrowia psychicznego, był uprawniony do wydziedziczenia w pierwszej kolejności swoich dzieci, następnie wnuków, ewentualnie dalszych *zstępnych*. Tym bardziej, jeżeli któryś z nich został ustanowiony jego kuratorem.

W opisie dwunastej przyczyny wydziedziczenia Justynian wziął również pod uwagę okoliczność, że *ascendent* mógł popaść w chorobę umysłową, będąc z dala od rodziny. W takim przypadku upoważnił on przygodnego opiekuna chorego umysłowo *ascendenta*, aby ten zwrócił się, jeśli było to możliwe, do rodziny o to, by podjęła ciężące na niej obowiązki wynikające z więzi rodzinnych. Przy założeniu, że najbliżsi otrzymali informację o stanie jego zdrowia i nie zdobyli się na to, by zająć się chorym *ascendentem*, dostarczali tym samym ewidentnego dowodu swojej niewdzięczności i niegodności do dziedziczenia po nim. W tych okolicznościach *ascendent*, który dzięki staraniom osoby obcej doszedł do zdrowia, miał pełne prawo ich wszystkich wydziedziczyć i ustanowić w ich miejsce swoim dziedzicem osobę obcą.

Komentatorzy tekstu *Nov. 115,3,12*, omawiając zachowanie się *descendentów*, zasługujących na wydziedziczenie, nie rozważają rodzaju i stopnia winy, z jaką działał bądź nie działał sprawca nieodpowiedzialnego i egoistycznego zachowania się

²³² Fieffe-Lacroix, op. cit., s. 211: „La douzieme est, lorsque le père ou la mère ou quelqu'un des ascendants est devenu furieux, et que ses enfans ou quelqu'un d'eux, ou que ses parens collateraux, au défaut d'enfans, ont negligé d'en prendre soin; auquel cas, s'il revient dans son bon sens, il peut les exhereder et priver de sa succession, comme ingrats et indignes de la recueillir”.

²³³ P. Voci, op. cit., s. 739: „omissione di cure nei riguardi delFinfermo di mente”.

²³⁴ W. Osuchowski, op. cit., s. 462: „zaniedbanie w czasie choroby umysłowej”.

²³⁵ W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, op. cit., s. 186: „brak opieki nad chorymi umysłowo rodzicami”.

²³⁶ H. Delanglade, op. cit., s. 110: „Si l'enfant ne donne pas ses soin et son assistance à un de ses parents qui se trouve atteint de demence”.

wobec chorego ascendentą, który uświadomił je sobie po swoim wyzdrowieniu. Użyte w nim wyrażenia *obsequium ei et curam competentem non praeberint* (nie udzieliliby mu pomocy i właściwej opieki), *negligentem filium vel filios, aut cognatos* (niedbały zstępny lub zstępni albo krewni), *a suis neglectum liberis vel cognatis, aut aliis ab eo scriptis heredibus* (zaniedbany przez swoich zstępnych lub krewnych albo innych ustanowionych przez niego dziedziców) oraz *neglexerint* (zaniedbaliby) wskazują, że winą wystarczającą do wydziedziczenia była wina nieumyślna (*negligentia*), polegająca na zaniedbaniu obowiązku staranności w zarządzie majątkiem chorego umyślowo ascendentą, dbałości o jego bezpieczeństwo cielesne i zdrowie psychiczne, do której miał on prawo, chociażby z tej racji, że każdy z wymienionych descendentów był zainteresowany jego spadkiem.

Wypada w tym miejscu dodać, że glosatorzy, stawiając sobie za cel uzgodnienie z tekstem Nov. 115,3,12 treści konstytucji cesarza Justyniana, adresowanej do prefekta pretorianów Juliana, zamieszczonej w C.1,4,28, wprowadzili do Kodeksu interlineamą glosę, której pierwsze zdanie brzmi następująco:

Liberi furiosi, qui curam eius negligunt proebere, tam exheredatione digni sunt, quam alii (Descendenci, którzy zaniedbują opieki nad chorym [ascendentem] są godni zarówno wydziedziczenia **Jak** i innych przewidzianych prawem kar).

Dowodzi ono, że zdaniem glosatorów czyn polegający na zaniedbaniu należytej opieki nad chorym umyślowo wstępnym stanowił godne napiętnowania przestępstwo, zasługujące nie tylko na karne wydziedziczenie, lecz również na inne ustanowione w prawie sankcje karne.

XIII. ZANIEDBANIE WYKUPU POJMANEGO WSTĘPNEGO

Trzynastą przyczynę wydziedziczenia Justynian wyjaśnia następującymi słowami:

Nov. 115,3,13: *Si unum de praedictis parentibus in captivitate detineri contigerit et eius liberi sive omnes sive unus non festinarerint eum redimere, si quidem valuerit calamitatem captivitatis evadere, in eius sit potestate, utrum hanc causam ingratitudinis testamento suo velit adscribere; si autem per liberorum negligentiam vel contemptum non fuerit liberatus et in captivitate decesserit, illos ad successionem eius venire non patimur, qui non festinauerunt eius redemptionem procurare, sed omnibus liberis in hoc negligentibus res universas ab eodem relictas ecclesiae civitatis ex qua oritur applicari, inventario scilicet sub publica adtestatione celebrando, ne quid ex eius facultatibus pereat, ita ut quicquid exinde ad ecclesiam pervenerit, captivorum redemptioni proficiat. Sed haec quidem quantum ad personas dicta sunt, quas exheredare non licet nisi ingratitudinis causas scribi et approbari contigerit: occasionem autem [a] nobis ad generalem legem promulgandam praesens causa noscitur obtulisse. Sed universaliter iubemus, ut si ille qui in captivitate detentus fuerit, liberos non habuerit, et alii qui ad eius hereditatem vocati sunt eum redimere non festinantibus in captivitate defunctus fuerit, nullus ex his qui neglexerunt ad hereditatem eius perveniat, licet ante captivitatem testamentum forsitan ab eo fuisset conscriptum, in*

quo memoratas personas scripsit heredes. Sed hic quoque institutione heredum infirmata et ceteris testamen capitulis in suo robore permanentibus substantiae talium personarum simili modo ecclesiis civitatum ex quibus orti sunt applicentur, et nullis aliis causis quam in captivorum redemptionibus expendantur: ut unde illi a suis non sunt redempti aliorum redemptio procuretur, et ipsorum quoque animae ex hac causa piissima subleventur. Hoc eodem obsewando et si aliam extremeam personam ante captivitatem scripserit heredem et illa sciens se ab eo heredem scriptam eum redimere a captivitate neglexerint. Hanc autem poenam contra illos valere iubemus qui octavum et decimum etatis suae annum compleverint. In huiusmodi vero causis, quando pro captivorum redemptione necessarium fuerit dare pecunias, si quis proprias pecunias non habuerit, licentia erit ei, si memoratae sit aetatis, mutuandi pecunias et res mobiles vel immobiles supponendi, sive ipsius propriae sint sive illius qui in captivitate detinetur, quoniam in praedictis omnibus, quae pro captivorum redemptione data vel expensa probabuntur, contractus huiusmodi tanquam a persona suae potestatis et legitimae aetatis factos ita firmos esse decernimus, nullo eis qui cum huiusmodi personis in memoratis causis quo praedictum est modo contraxerunt, praeiudicio generando: necessitatem scilicet habente eo qui ex captivitate redierit tales contractus ratos habere et eis tamquam suis debitis obligari (Jeżeli zdarzyłoby się, że któryś ze wspomnianych wstępnych zostałby pojmany, a jego zstępni, czy to wszyscy, czy jeden [z nich], nie spieszyliby się go wykupić, jeżeli udałoby mu się uniknąć nieszczęścia pojmania, w jego władzy ma pozostać, czy tego rodzaju przyczynę niewdzięczności zechce on zaznaczyć w swoim testamencie; jeżeli zaś z powodu zaniedbania lub lekceważenia ze strony zstępnych nie zostałby uwolniony i zmarłby w pojmaniu, nie pozwalamy, aby dopuścić ich do dziedziczenia po nim, ponieważ zwlekali z pospiesznym jego wykupieniem, lecz cały dobytek pozostawiony przez niego każdemu ze zstępnych, którzy w tym przypadku dopuścili się zaniedbania, należy oddać kościołowi miasta, z którego [wstępny] się wywodzi, sporządzając oczywiście inwentarz w drodze publicznego aktu, aby nic z jego części nie uległo rozproszeniu, tak, aby cokolwiek w ten sposób trafiło do kościoła, było przeznaczone na wykup jeńców. Lecz te właśnie postanowienia o tyle dotyczą osób, których wydziedziczyć nie można, o ile zdarzyłoby się, że zostały udowodnione przyczyny niewdzięczności; wiadomym jest, że ta obecna przyczyna zrodziła zaś okazję do ogłoszenia niniejszej ustawy powszechnej. Nakazujemy wszakże powszechnie, aby jeżeli ten, który został pojmany, nie miałby zstępnych, a inni, którzy zostaliby powołani do dziedziczenia po nim, nie spieszyliby się z wykupieniem go, że zmarłby w pojmaniu; nikt z tych, który dopuścił się zaniedbania, nie może być dopuszczony do spadkobrania po nim, jeżeli przed pojmaniem przypadkiem sporządził testament, w którym wspomniane osoby ustanowił dziedzicami; lecz także, gdy ustanowienie dziedziców jest nieważne i gdy pozostałe rozdziały testamentu zachowują swoją moc, majątki takich osób w podobny sposób należy oddać kościołom miast, z których się one wywodzą i nie należy ich wydawać na inny cel niż na wykupy jeńców; aby owi, którzy nie zostali przez swoich wykupieni, a także ich dusze z tej w najwyższym stopniu pobożnie okazji doznały ulgi, należy kontynuować wykupy innych. To samo należy zachować również wtedy, gdy przed pojmaniem ustanowił dziedzicem inną obcą osobę, a owa, wiedząc, że została przez niego ustanowiona dziedzicem, zaniedbałaby wykupić go z pojmania. Nakazujemy, żeby ta kara miała moc przeciwko tym, którzy ukończyliby osiemnasty rok swojego życia. W tego rodzaju zaś sprawach, kiedy za wykupienie jeńców trzeba byłoby dać pieniądze, jeżeli ktoś nie miałby własnych pieniędzy, będzie mu zezwolone, jeżeli byłby

wspomnianego wieku, żeby pożyczy! pieniądze oraz zastawił rzeczy ruchome lub nieruchomości, czy to gdyby były jego własne, czy też owego, który znajdowałby się w pojmaniu; ponieważ we wszystkich wspomnianych [wypadkach] to, co dla wykupu pojmanych zostało dane albo poniesione, należy udowodnić, tego rodzaju kontrakty zachowują moc, jakby zostały dokonane przez osobę swojej władzy i ustawowego wieku; tak więc zarządzamy, że żaden wyrok nie zostanie wydany przeciwko tym, którzy z tego rodzaju osobami we wspomnianych sprawach zawarliby umowy w rzeczony sposób; ten, który powróciłby z pojmania, musi oczywiście uznać ważność takich kontraktów i będzie zobowiązany je wypełnić, jakby były to jego własne długi).

Przystępując do merytorycznej analizy przytoczonego tekstu, zawierającego określenie trzynastej przyczyny wydziedziczenia descendantów, przede wszystkim należy zauważyć, że Justynian nawiązuje w nim do poprzednich paragrafów, używając wyrażenia *si unum de praedictis parentibus*, za pomocą którego wskazuje, że podmiotem uprawnionym do dokonania wydziedziczenia był, bez względu na płeć, każdy z ascendentów, który został pojmany, czyli uprowadzony wbrew własnej woli (*in captivitate detineri contigerit*).

Źródłem pojmania (*captivitas*) mogły być wojna lub bandytyzm (piractwo)²³⁷. Wśród komentatorów Nov. 115,3,13 zdania są podzielone, czy chodziło o wykupienie z jakiegokolwiek pojmania, czy też z niewoli wojennej. Generalnie na zaniechanie wykupu z pojmania wskazuje H. Delanglade²³⁸. M. Zabłocka identyfikuje to pojmanie z niewolą²³⁹. Według Fieffe-Lacroix trzynasta przyczyna wydziedziczenia zachodziła, jeżeli dzieci zaniedbały wykupu ojca lub matki, albo kogokolwiek z ich ascendentów, który byłby jeńcem u wrogów²⁴⁰. Według P. Vociego stanowiło ją zaniechanie wykupu, jeżeli ascendent byłby jeńcem wojennym²⁴¹.

Za poglądem Fieffe-Lacroix, P. Vociego i M. Zabłockiej zdają się przemawiać źródła prawa, także justyniańskiego, łączące termin *redemptio* (wykup) z wyrażeniem *ab hostibus* (od wrogów)²⁴². Z drugiej jednak strony nie bez racji pozostaje pogląd H. Delanglade, z następujących względów.

1. W tekście Nov. 115,3,13 kilkakrotnie został użyty termin *captivitas* (pojmanie) w różnych przypadkach: *in captivitate* (w pojmaniu), *captivitatis* (pojmania), *ante captivitatem* (przed pojmaniem), *a captivitate* (z pojmania), *ex captivitate* (z pojmania) i termin *captivus* (jeńiec) w drugim przypadku liczby mnogiej – *captivorum*

²³⁷ V. Chapot, *Servi*, w: DAGR, t. IV, cz. II, Paris 1926, s. 1260: „Nous examinerons s’abord comment l’esclavage était fonde en droit chez les ascienis et auelles etaient, dans la pratique, les conséquences de ce droit”.

²³⁸ H. Delanglade, op. cit., s. 111: „Si l’enfant ne s’efforce pas de racheter ses parents de la captivite” (Jeżeli dziecko nie podejmuje wysiłku, by wykupić swoich rodziców z pojmania).

²³⁹ W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, op. cit., s. 186: „niedbałość w wykupieniu ich [rodziców] z niewoli”.

²⁴⁰ Fieffe-Lacroix, op. cit., s. 211: „La treizieme cause est, si les enfans negligent de rachter leur père ou leur mère ou quelqu’un de leurs ascendans qui serait captif chez les ennemis”.

²⁴¹ P. Voci, op. cit., s. 739: „omissione del riscatto, se l’ascendente sia prigioniero di guerra e il discendente sia superiore ai diciotto anni”.

²⁴² D. 49,15; C. 8,51.

(jeńców), które nie są tożsame z terminami *sewitus* (niewola) i *servus* (niewolnik), co potwierdza tekst Ulpiana, zamieszczony w Digestach:

D. 49,15,24: (*Ulpianus, lib. 1 institutionum*) *Hostes sunt, quibus bellumpublicepopulus Romanus decrevit vel ipse populo Romano: ceteri latrunculi vel praedones appellantur. et ideo qui a latronibus captus est, servus latronum non est, nec postliminium illi necessarium est: ab hostibus autem captus, ut puta a Germanis et Parthis, et servus est kostium et postliminio statum pristinum recuperat* (Wrogami są ci, którym lud rzymski publicznie wypowiedział wojnę, albo ci ludowi rzymskiemu; pozostałych nazywa się bandytami lub piratami. I dlatego ten, który został pojmany przez bandytów, nie jest niewolnikiem bandytów; dla niego prawo powrotu nie jest konieczne. Pojmany zaś przez wrogów (jak na przykład Germanów i Partów) jest niewolnikiem u wrogów i odzyskuje swój uprzedni stan dzięki prawu powrotu).

Tak więc tożsamość między *captivitas* i *servus* zachodzi tylko w przypadku niewoli wojennej. Innymi słowy, wyłącznie jeńcy wojenni stawali się niewolnikami.

2. W Nov. 115,3,13 termin *redemptio* w żaden sposób nie został powiązany z wyrażeniem *ab hostibus*.

3. O naruszeniu obowiązku *pietatis* można mówić również w braku udzielenia pomocy przez descendantów ascendentowi, który stał się jeńcem bandytów lub piratów.

Z powyższego wynika, że więcej argumentów przemawia za opinią H. Delanglade.

W świetle rzymskiego prawa cywilnego dostanie się do niewoli wojennej skutkowało zawieszeniem wszystkich praw obywatelskich, w tym również uprawnienia do testowania. W konsekwencji znajdujący się w niewoli u wrogów nie mogli sporządzić ważnego testamentu. Osoby te odzyskiwały jednak swoje prawa obywatelskie, w tym zdolność do testowania, z chwilą powrotu w ojczyście progi (*postliminium*)²⁴³. Prawo powrotu dotyczyło obywateli obojga płci²⁴⁴. Powrót ten rozumiano jednak szeroko, wystarczyło bowiem, że jeńiec wojenny trafił ponownie do obozu wojsk rzymskich albo przynajmniej znalazł się na ziemi przyjaciół Rzymu, a odzyskiwały jego prawa obywatelskie, chociażby nie dotarł do rodzinnego domu²⁴⁵. W przypadku wykupu, jeżeli obywatel rzymski sam wykupił się z niewoli, wspomniane prawa odzyskiwały natychmiast, jeżeli zaś zostałby z niej wykupiony przez inną osobę, następowało to dopiero wówczas, gdy zadośćuczynił on należycie swojemu wybawcy²⁴⁶. Jeżeli ascendentowi udało się uniknąć pozostawania w niewoli, mimo braku starań ze strony descendantów o jego wykupienie, od chwili zadziałania *ius postliminii* zyskiwał on możliwość ich wydziedziczenia.

²⁴³ Szerzej na ten temat zob. L. Amirante, *Postliminio (diritto romano)*, w: NNDI, t. XIII, Torino 1966, s. 429–433; C. Lecrivain, *Postliminium*, w: DAGR, t. IV, cz. I, Paris 1926, s. 604.

²⁴⁴ D. 49,15,19,10: (*Paulus, lib. 16 adsabinum*) *Postliminium hominibus est, cuiuscumque sexus conditionisve sint [...]* (Prawo powrotu dotyczyło osób obojga płci, bez względu na ich uwarunkowanie [...]).

²⁴⁵ G. 1,129; I. 1,12,5; D. 28,5,32,1; 49,15,5,1; 49,15,16; C. 8,51,12; 8,51,17–18.

²⁴⁶ Wykupiony z niewoli u wrogów, chociaż nie był niewolnikiem swojego wybawcy, był jednak w jakiś sposób jemu podległy, dopóki nie uiszczył ceny wykupu. Zob. D. 28,1,20,1; C. 8,51,2; 8,51,15; 8,51,17.

Prawo powrotu nie miało natomiast zastosowania do tych, którzy zostali pojmani przez bandytów lub piratów, ponieważ nie doznawali oni *capitis deminutionis*²⁴⁷. W konsekwencji ascendent, któremu udałooby się wydostać z rąk bandytów lub piratów, miał zawsze prawo do wydziedziczenia descendenta, gdyby okazało się, że ten, wiedząc o jego położeniu, nie podjął żadnych działań w celu wykupienia go.

Treść Nov. 115,3,13 dostarcza wystarczających przesłanek do postawienia tezy, że wydziedziczenie z powodu niepospieszenia przez descendenta z wykupem pojanemu ascendentowi było moralnie i prawnie usprawiedliwione tylko wówczas, gdy: 1) dany descendent ukończył co najmniej osiemnasty rok życia, 2) znając położenie, w jakim znalazł się ascendent, zaniedbał należytej staranności, żeby odzyskał on wolność.

Ze zdania *hanc autem poenam contra illos valere iubemus, qui octavum et decimum suae etatis annum compleverint* wynika, że Justynian, traktując wydziedziczenie descendenta jako karę, zezwolił, by w przypadku zaniedbania wykupu ascendent z niewoli, mógł on w ten sposób ukarać tylko tego descendenta, który ukończył osiemnasty rok życia. Na ten warunek zwracają uwagę P. Voci²⁴⁸ i H. Delanglade²⁴⁹. Samą karę należy tu jednak tłumaczyć w sensie szerokim, ponieważ wydziedziczenie jako takie nie było karą kryminalną.

Fakt wskazania przez Justyniana dolnej granicy wieku wydziedziczenia descendenta, z powodu zaniechania przez niego wykupu z pojmania swojego wstępnego, dowodzi przekonania Justyniana, że po osiągnięciu tego wieku nie mógł on już tłumaczyć się brakiem życiowego doświadczenia w tej sprawie i niezajomością prawa.

Wykup z niewoli u wrogów (*redemptio ab hostibus*) był w Rzymie na porządku dziennym, zwłaszcza po przegranych bitwach lub wojnach. Dla jeńców wojennych, którym groziła śmierć lub niewolnicza praca u wrogów, stanowił on prawdziwe dobrodziejstwo (*benignitas, beneficium*), natomiast dla ich krewnych, bliskich, przyjaciół – obowiązek wypływający z cnoty pobożności²⁵⁰. W czasach cesarzy chrześcijańskich *redemptio ab hostibus* stała się również jednym z zadań Kościoła podejmowanych przez niektóre z powstających w owym czasie zakonów. Nie należy wykluczać, że ludzie Kościoła działali także w różnych miastach portowych celem odnalezienia zaginionych w czasie podróży obywateli rzymskich, jak również na miejskich targowiskach niewolników. Warto podkreślić, iż dla Justyniana wykup jeńców był tak ważną sprawą, że zezwolił nawet na sprzedaż rzeczy poświęconych Bogu (*res divinae*), gdyby zakonnikom lub duchownym zabrakło na ten zbożny cel niezbędnych środków pieniężnych²⁵¹.

²⁴⁷ D. 49,15,24.

²⁴⁸ P. Voci, op. cit., s. 739: „se [...] il discendente sia superiore ai diciotto anni”.

²⁴⁹ H. Delanglade, op. cit., s. 111: „l'enfant, il faut qu'il ait atteint sa dix huitieme année”.

²⁵⁰ Zob. L. Amirante, *Redemptio ab hostibus*, w: NNDI, t. XIV, Torino 1967, s. 1102.

²⁵¹ C. 1,2,21,2: (*Imp. Justinianus A. Demosthenipraefecto praetorio*) [...] *nam si necessitas fuerit in redemptione captivorum, tunc et venditionem praefatarum rerum divinarum et hypothecam et pignorationem fieri concedimus, cum non absurdum est animas hominum quibuscumque causis vel vestimentis praeferrere* [...] ([...] albowiem jeżeli zachodziłaby konieczność przy wykupie niewolników, zezwalamy na sprzedaż rzeczy poświęconych Bogu czy obciążenie ich hipoteką, czy zastawienie, ponieważ nie jest bez racji to, żeby dusze ludzkie bardziej cenić niż jakieś wazy czy szaty [...]).

W świetle analizowanego tekstu, obowiązek wykupu z niewoli swoich wstępnych ciążyący na descendantach, którzy ukończyli osiemnasty rok życia, miał dla nich charakter bezwzględny. Byli oni obowiązani uczynić wszystko, co było w ich mocy, aby wykupić swoich wstępnych z pojmania. Nie mogli oni wymówić się ani brakiem posiadania dostatecznych środków pieniężnych, ani też brakiem sposobu, ponieważ otrzymali ustawowe przyzwolenie cesarza na zaciągnięcie niezbędnego długu i ewentualne zabezpieczenie go w formie zastawu na majątku własnym lub pojmanego ascendentą, gdyby nie mieli własnych środków pieniężnych. Otrzymali oni także zezwolenie na zawarcie stosownych umów, nawet jeżeli byłiby osobami *alieni iuris*. Co więcej, cesarz zagwarantował w Nov. 115,3,13 ich wierzycielom bezpieczeństwo w ściąganiu należnych świadczeń poprzez to, że spłata zaciągniętych długów ciążyć miała także na uwolnionych z niewoli. W istocie więc chodziło o to, by descendanti zmobilizowali niezbędne środki oraz zaangażowali się osobiście w pertraktacje w sprawie wykupu swoich ascendentów lub posłużyli się do tego wyspecjalizowanymi w tym zakresie mediatorami, np. duchownymi lub zakonnikami, dysponującymi środkami pochodzącymi m.in. z majątków po zmarłych w niewoli obywatelach rzymskich, jakie z mocy prawa przeznaczano na ten właśnie cel, jeżeli okazałoby się, że spadkobiercy byłiby ich niegodni.

Jednakże zaniechanie tego obowiązku dopiero wówczas w myśl analizowanego tekstu Nov. 115,3,13 zasługiwało na wydziedziczenie, gdy wynikało z zaniedbania należytej staranności lub lekceważenia powagi sytuacji, w jakiej znalazł się wstępny²⁵². W konsekwencji nie mógł być wydziedziczony z tego powodu jakiś descendant, który ukończył osiemnasty rok życia, jeżeli nie był on zdolny do działań prawnych z innych przyczyn niż brak wspomnianego wieku, np. z powodu choroby umysłowej.

Reasumując powyższe rozważania, trzeba stwierdzić, że do zasadności wydziedziczenia descendantów z przyczyny określonej w Nov. 115,3,13 w każdym przypadku musiał wystąpić związek przyczynowy między brakiem wykupu i zachowaniem się descendantów polegającym na zaniedbaniu należytej staranności, a tym bardziej na zamierzonym zaniechaniu. Nie wystarczyło zaś samo, choćby najsilniejsze, przekonanie o ich winie poszkodowanego ascendentą.

XIV. WZGARDA WYZNAWANEJ PRZEZ WSTĘPNEGO WIARY KATOLICKIEJ PRZEZ PRAKTYKOWANIE HEREZJI I NIEUTRZYMYWANIE WIĘZI Z KOŚCIOŁEM

Czernastą przyczynę wydziedziczenia descendantów Justynian opatrzył najobszerniejszym komentarzem:

Nov. 115,3,14: *Si quis de praedictis parentibus orthodoxus constitutus senserit suum filium vel liberos non esse catholicae fidei nec in sacrosancta ecclesia communicare,*

²⁵² Konieczność wystąpienia w zaniechaniu wykupu z pojmania ascendentą przez descendantów winy nieumyślnej w postaci zaniedbania należytej staranności (*negligentia*) potwierdza również interlineama glosa dodana do konstytucji cesarza Justyniana adresowanej do prefekta pretorianów Juliana zamieszczonej w C. 1,3,37.

in qua omnes beatissimi patriarchae una conspiratione et Concordia fidem rectissimam praedicare, et sanctas quattuor synodus, Nicaenam Constantinopolitanam Ephesinam primam et Chalcedonensem, amplecti seu recitare noscuntur, licentiam habeant pro hac maxime causa ingratos eos et exheredes in suo scribere testamento. Et hoc quidem pro ingratitudinis causa decrevimus. Generalem autem providentiam liberis catholicis deferentes iubemus, salvis legibus quae iam de aliis haereticis sunt prolatae, et circa Nestorianos et Acephalos haec observari ut si quando parentes inventi fuerint sive Iudaico Nestorii furori dediti sive Acephalorum amplectentes insaniam et ideo ab ecclesiae catholicae communione separati, non liceat eis alios heredes sibi instituire nisi liberos orthodoxos et ecclesiae catholicae communicantes, vel liberis non existentibus agnatos vel cognatos qui scilicet catholici sint. Quod si forte ex filiis alii quidem sunt orthodoxi et ecclesiae catholicae communicantes alii vero ab ea separati omnem parentum substantiam ad filios tantum catholicos pervenire sancimus, licet ultimas voluntates huiusmodi personae fecerint contra tenorem huius nostrae constitutionis aliquid disponentes. Si vero posthac fratres ab ecclesia separati ad eam conversi fuerint, pars eis competens in statu quo inventa fuerint tempore quo redditur eis praebeatur, ut nullam de fructibus aut gubernatione medii temporis inquietudinem vel molestiam catholici patiantur qui ante praedictas res detinebant, quoniam huiusmodi rerum, quas ex fratrum parte non communicantium catholicis possidebant, sicut alienationem vetamus ita praeteritorum temporum fructus aut gubernationem nullatenus ab his a quibus detentae sunt exigi vel retractari permittimus. Si autem usque ad finem vitae suae in eodem errore non communicantes permanserint, tunc catholicos fratres vel heredes ipsorum plenissimo iure dominii easdem res possidere decernimus. Quod si filii quidem omnes perversi et ab ecclesiae catholicae communione alieni inventi fuerint, alii autem propinqui agnati vel cognati religionem catholicam colentes et communicatores esse fuerint approbati, eos liberis haereticis anteponi et eorum hereditati succedere. Si vero liberi et propinqui agnati vel cognati ab orthodoxae religionis communione sunt extranei, tunc si quidem schema clericorum parentes eorum habuerint, ad ecclesiam civitatis ubi domicilium habebant res eorum volumus pertinere, ita ut si ecclesiastici intra annale spatium huiusmodi personarum res vindicare neglexerint, earum dominium nostri fisci iuribus vindicetur. Si autem laici sint, sine aliqua distinctione substantias eorum ad res privatas nostras similiter pervenire sancimus. Quae obtinere decernimus etiam si testamento non facto tales personae decesserint; omnibus quae contra ceteros hereticos in aliis constitutionibus disposita sunt et contra Nestorianos et Acephalos et alios omnes qui catholicae ecclesiae, in qua praedictae quattuor synodi et patriarchae recitantur, non communicant, et successiones eorum similiter observandis. Si enim pro causis corporalibus cogitamus, quanto magis pro animarum salute providentia est nostrae sollicitudinis adhibenda (Jeżeli któryś ze wspomnianych ascendentów, nastawiony ortodoksyjnie, byłby przeświadczony, że jego syn lub dzieci nie wyznają wiary katolickiej i nie utrzymują wspólnoty ze świętym Kościołem, w którym wszyscy najświętsi patriarchowie jednomyślnie i zgodnie głoszą najprawdziwszą wiarę i uznają, czyli propagują cztery święte synody Nicejski, Konstantynopolski, pierwszy Efeski i Chalcedoński; zezwala im się na to, żeby z tej największej przyczyny opisali ich w swoim testamencie jako niewdzięcznych i wydziedziczyli. I te mianowicie z racji przyczyny niewdzięczności wydajemy postanowienia. Chcąc zaś udzielić ogólnego zabezpieczenia katolickim dzieciom, nakazujemy, żeby to było przestrzegane z zachowaniem ustaw, które już na innych heretyków zostały wydane, także odnośnie do Nestorian i Akefalów oraz ascendentów, gdyby uznano, że oddali się żydowskiej

wściekłości Nestoriusza, czy upodobali sobie szaleństwo Akefalów i przeto byliby odłączeni od wspólnoty z Kościołem katolickim, żeby nie mogli oni ustanowić sobie innych dziedziców, chyba że ortodoksyjnych i trwających we wspólnocie z Kościołem katolickim zstępnych lub w braku zstępnych, agnatów lub krewnych, którzy oczywiście byliby katolikami. Jeżeli zdarzyłoby się, że spośród dzieci, jedne mianowicie są ortodoksyjne i utrzymują wspólnotę z Kościołem katolickim, inne zaś są od niego oddzielone, postanawiamy, żeby cały majątek rodziców przypadał tylko katolickim dzieciom; chociażby tego rodzaju osoby sporządziły rozporządzenia ostatniej woli, postanawiając cokolwiek wbrew tejże naszej konstytucji. Jeżeli zaś po tym bracia oddzieleni od Kościoła powróciliby na jego łono, właściwa dla nich część ma im być udzielona w stanie, w którym znajdowałaby się w czasie zwrotu, aby katolicy, którzy wcześniej dzierżyli wspomniane rzeczy, nie doznali żadnego niepokoju i uciążliwości z tytułu pobierania pożytków albo zarządzania w pośrednim okresie; dlatego, że zakazujemy alienacji tego rodzaju rzeczy, które katolicy posiadali ze względu na braci nieutrzymujących wspólnoty, tak samo nie zezwalamy, żeby za uprzednie okresy pobierania pożytków lub zarządzania w żaden sposób nie była wymagana lub żądana restytucja od tych, przez których były dzierżone. Jeżeli zaś do końca swojego życia w tymże błędzie pozostawałoby z dala od wspólnoty, wtedy postanawiamy, żeby bracia katolicy lub ich spadkobiercy owe dobra posiadali jako pełnoprawni właściciele; że jeżeli z całą pewnością wszystkie dzieci byłyby odstępcami i byłyby uznane za wyobcowane ze wspólnoty Kościoła katolickiego, a zostałyby dowiedzione, że inni zaś bliscy agnaci lub krewni mieli w poszanowaniu wiarę katolicką i trwali we wspólnocie, ci są preferowani zamiast heretyckich descendantów i dziedziczą ich spadek. Gdy zaś zstępni i bliscy agnaci lub krewni są poza wspólnotą ortodoksyjnej religii, jeżeli ich wstępni przynależeli do stanu duchownego, chcemy, żeby ich majątek należał do kościoła miasta, gdzie mieli stałe zamieszkanie; jeżeli jednak duchowni zaniedbaliby wnieść roszczenia o rzeczy tych osób w ciągu roku, ich majątek ma być windykowany zgodnie z prawem na rzecz naszego skarbu. Jeżeli zaś są świeckimi, nakazujemy bez żadnej różnicy, podobnie dołączyć ich majątki do naszych prywatnych dóbr. Powyższe nakazujemy zachować, chociażby takie osoby umarły nie sporządziwszy testamentu; te wszystkie dyspozycje podobnie należy zachować, które przeciwko pozostałym heretykom w innych konstytucjach zostały wydane, zarówno przeciwko Nestorianom i Akefalom, jak i wszystkim innym, którzy nie zachowują wspólnoty z Kościołem katolickim (w którym i patriarchowie wyznają doktrynę czterech wspomnianych soborów), a odnoszą się do ich sukcesji. Jeżeli bowiem o sprawach doczesnych pamiętamy, czyż o wiele bardziej opatrnościowe nie jest to, żebyśmy določili naszego starania o zbawienie dusz).

Dla Justyniana była to najważniejsza przyczyna spośród wyliczonych przyczyn niewdzięczności (*pro hac maxime causa ingratos*) uprawniających do wydziedziczenia. Jej istotę stanowiła herezja, z czym zgadza się większość komentatorów Nov. 115,3,14253, chociaż żaden z nich nie precyzuje, w jakim znaczeniu mówi o niej Justynian w komentowanym fragmencie.

²⁵³ H. Delanglade, op. cit., s. 111: „si l'enfant, dont les parents sont orthodoxes est herétique”; P. Voci, op. cit., s. 739: „eresia”; W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, op. cit., s. 186: „wyznawanie herezji”; A. Manfredini, op. cit., s. 228: „l'essere, il figlio, diventato eretico”.

Biorąc pod uwagę ustawowe określenia heretyków, zawarte w konstytucjach cesarzy Gracjana, Walentyniana i Teodozjusza (C. 1,5,2,1)²⁵⁴, Justyna i Justyniana (C. 1,5,12,4)²⁵⁵, określenie herezji podane przez Justyniana w C. 1,5,18,4²⁵⁶ oraz użyte przez niego w Nov. 115,3,14 wyrażenie *non esse catholicaefidei, nec in sacrosancta ecclesia communicare* (nie wyznają wiary katolickiej i nie utrzymują wspólnoty ze świętym Kościołem), należy przyjąć, iż przepisy Nov. 115,3,14 odnosiły się tylko do descendantów, którzy zostali ochrzczeni i wychowani w religii katolickiej i na skutek przystąpienia do jakiejś sekty, w szczególności wzmiankowanych Nestorian²⁵⁷ i Akefalów²⁵⁸, zaprzestali praktyk w ortodoksyjnej wierze i utrzymywania wspólnoty z Kościołem katolickim.

W tym też sensie czternastą przyczynę wydziedziczenia rozumie Fieffe-Lacroix, który pisze: „czternasta i ostatnia przyczyna wydziedziczenia zachodzi, gdy syn porzucił prawdziwą religię, to znaczy religię katolicką, którą wyznawał jego ojciec i w której był on wychowany”²⁵⁹, chociaż bezpodstawnie ogranicza on krąg osób podlegających wydziedziczeniu z rzeczzonej przyczyny wyłącznie do syna.

Wątpliwy jest natomiast powtórzony za H.F. Hitzgiem²⁶⁰ pogląd A. Dębińskiego mówiący, że „ustawy justyniańskie rozszerzyły pojęcie herezji na niechrześcijan: pogan, Samarytan i Żydów”²⁶¹. W każdym razie takiego wniosku nie można wyciągnąć z ustaw zamieszczonych w C. 1,5, aczkolwiek prawdą jest, że obywatele rzymscy wyznający pogaństwo (wielobóstwo), samarytanizm, judaizm lub jakąkolwiek inną nieortodoksyjną religię byli pozbawieni prawa do dziedziczenia, zarówno testamentowego, jak i beztestamentowego i wszelkich innych dobrodziejstw po zmarłych, zwłaszcza przysporzeń majątkowych²⁶².

²⁵⁴ C. 1,5,2,1: (*Imppp. Grat., Valentin. et Theod. AAA. adHesperium PF. P*) *Haereticorum autem vocabulo continentur et latis adversus eos sanctionibus debent succumbere, qui vel levi argumento iudicio catholicae religionis et tramite detecti fuerint deviare* (Pod nazwą heretyków rozumie się zaś tych, co do których ustalono by, że z powodu błędnego nawet argumentu i sekciarstwa zeszli z drogi nauki katolickiej i powinni być poddani sankcjom, które przeciwko nim zostały ogłoszone).

²⁵⁵ C. 1,5,12,4: (*Imp. Iustinus et Iustinianus AA.*) [...] *haereticum enim vocamus, quicumque non est addictus catholicae ecclesiae et orthodoxae sanctaeque fidei nostrae* [...] ([...] heretykiem bowiem nazywamy każdego, kto nie jest wiemy Kościołowi katolickiemu i naszej ortodoksyjnej i świętej wierze [...]).

²⁵⁶ C. 1,5,18,4: (*Imp. Iustinianus A.*) [...] *haereses autem vocamus, quae aliter sentiunt et veneratur atque catholica et apostolica ecclesia et orthodoxa fides* [...] ([...] herezjami zaś nazywamy te, które inaczej czczą katolicki i apostolski kościół i ortodoksyjną wiarę [...]).

²⁵⁷ Sekta uznająca w Chrystusie dwie osoby – boską i ludzką, potępiona na soborze efezskim (431 r.). Zob. *Nestorianizm*, w: *Encyklopedia Powszechna PWN*, t. III, Warszawa 1975, s. 252.

²⁵⁸ Sekta monofizyczna powstała w VI w. Szerzej zob. J. Szymusiak, *Akefalowie*, w: *Encyklopedia katolicka*, 1.1, Lublin 1973, s. 234.

²⁵⁹ Fieffe-Lacroix, op. cit., s. 211: „La quatorzieme et demiere cause d'exheredation est, lorsque le fils a quitte la veritable religion, c'est-à-dire la religion catholique que son père proffesait, et en laquelle il l'avait fait instruire”.

²⁶⁰ Zob. H.F. Hitzig, *Haeresis*, w: *Paulys Realenzyklopädie der classischen Altertumswissenschaft*, t. VII, Stuttgart, s. 2182.

²⁶¹ Zob. A. Dębiński, *Ustawodawstwo karne rzymskich cesarzy chrześcijańskich w sprawach religijnych*, Lublin 1990, s. 65.

²⁶² C. 1,5,19 pr.: (*Imp. Iustinianus A. Demosthenipp.*) [...] *Et ideo sancimus, non tantum in casu, ubi alter non orthodoxae religionis est, sed etiam in his casibus, in quibus uterque parens alienae sectae sit, id est pater et mater, ii tantummodo liberi ad eorum successionem sive ex testamento sive ab inte-*

Zamykając rozważania na temat podmiotu i przedmiotu wydziedziczenia z powodu herezji, należy rozważyć kwestię, czy ascendent mógł na podstawie powyższego rozporządzenia cesarza Justyniana wydziedziczyć descendantą lub descendantów, którzy stali się apostatami, czyli całkowicie porzucili wiarę chrześcijańską i przeszli na wyznawanie jakiejś religii pogańskiej lub judaizmu. Do postawienia powyższego pytania upoważnia odnoszące się do apostatów sformułowanie *li, qui [...] sanctum baptismum haeretica superstitione profanaverint* (Ci, którzy [...] święty chrzest herezyckim zabobonem sprofanowali), zawarte w C. 1,7,3. Zdaniem J. Syryjczyka wynika z niego, że Justynian uwzględnił w nim teologiczny punkt widzenia i uznał, że każdy apostata jest heretykiem, ponieważ porzucając wiarę chrześcijańską, godzi w sakrament chrztu, przez który został włączony do wspólnoty chrześcijan²⁶³. W konsekwencji należy skłonić się ku pogładowi, że ascendent tym bardziej mógł wydziedziczyć descendantów, jeżeli stali się oni apostatami. Pogląd ten wzmacnia ponadto fakt, że gdyby doszło do dziedziczenia beztestamentowego, w justyniańskim prawie spadkowym za apostazję groziły identyczne sankcje jak za herezję i trwanie w wyznawaniu innej religii. Nie można wykluczyć, że ku takiemu pogładowi skłania się W. Litewski, który wyjaśnia, że w Nov. 115,3,14 chodzi o „pewne przestępstwa przeciwko religii”²⁶⁴, a więc nie tylko o herezję.

Wyjaśnienia wymaga również kwestia, kto z ascendentów mógł z tego powodu wydziedziczyć swoich zstępnych. W odpowiedzi na postawione pytanie należy przede wszystkim przywołać zamieszczone na początku Nov. 115,3,14 wyrażenie: *Si quis de praedictis parentibus orthodoxus* (Jeżeli któryś ze wspomnianych ascendentów nastawiony ortodoksyjnie). Wskazuje ono, że podmiotem uprawnionym do wydziedziczenia z powodu herezji był wyłącznie ascendent trwający w wierze katolickiej, czyli wiemy katolik. Za taką tezę przemawia także fakt, że dla Justyniana herezja, rozumiana jako forma odstępstwa od doktryny Kościoła katolickiego, stanowiła największą przyczynę niewdzięczności descendantów wobec ortodoksyjnych ascendentów (*maxime causa ingratos*), zasługującą w najwyższym stopniu na wydziedziczenie. Z oczywistych powodów o takiej niewdzięczności nie mogło być mowy w przypadku nieortodoksyjnych wstępnych.

Z powyższego wynika więc, że jedynymi ascendentami, którzy mogli wydziedziczyć heretyckiego descendantą byli wyłącznie ascendenci wyznający wiarę katolicką. Postawiona teza znajduje potwierdzenie w komentarzach Fieffe-Lacroix²⁶⁵ i H. Delanglade²⁶⁶.

stato vocentur et donationes seu alias liberalitates ab his accipere possint, qui orthodoxorum venerabili nomine sunt decorati [...] ([...] I przeto postanawiamy, że nie tylko w przypadku, gdy jedno z dwojga [rodziców] byłoby nieortodoksyjnej religii, lecz także i w innych przypadkach, gdy oboje rodzice należełoby do wrogiej sekty, to znaczy ojciec i matka, te tylko dzieci, które są przyozdobione godnym szacunku imieniem wiernych katolików, należy powołać do sukcesji po nich, czy to z testamentu, czy beztestamentowo, i dopuścić do darowizn i innych wolności [...]).

²⁶³ J. Syryjczyk, *Apostazja od wiary w świetle przepisów kanonicznego prawa karnego*, Warszawa 1984, s. 4(M1).

²⁶⁴ W. Litewski, *Rzymskie...*, op. cit., s. 320.

²⁶⁵ Fieffe-Lacroix, op. cit., s. 211: „religion catholique que son père professait”.

²⁶⁶ H. Delanglade, op. cit., s. 111: „dont les parents sont orthodoxes”.

XV. PODSUMOWANIE

Reasumując przeprowadzone w niniejszym artykule rozważania, należy stwierdzić, że w świetle *principium* i paragrafu 15 Nov. 115,3 wstępny mógł pominąć lub wydziedziczyć swojego zstępnego tylko w przypadku spełnienia jednego z dwóch warunków, a mianowicie: 1) jeżeli w drodze jakiejś darowizny, legatu, fideikomisu lub w jakiś inny sposób dał swojemu descendentowi ustawowy zachówek; 2) jeżeli zaznaczył w testamencie co najmniej jedną z czternastu przyczyn niewdzięczności zstępnego, określonych przez Justyniana w Nov. 115,3.

Z przeprowadzonej analizy owych przyczyn wynika, że niektóre z nich były znane prawu rzymskiemu wcześniej, aczkolwiek wymagały dookreślenia, inne zaś Justynian dokooptował do rzeczzonego katalogu, ponieważ z różnych powodów zasługiwały one na uwzględnienie.

Większość z nich odnosiła się do wszystkich zstępnych. Z powodu szóstej lub siódmej przyczyny testator mógł wydziedziczyć tylko swojego syna, z powodu ósmej każdego męskiego zstępnego, a jedenastej tylko córkę lub wnuczkę. Charakter niektórych przyczyn wydziedziczenia ograniczał krąg podmiotów, które mogły go dokonać, co miało miejsce w przypadku przyczyny szóstej (ojciec), siódmej (rodzice) i jedenastej (rodzice, dziadkowie).

Określając przyczynę dziewiątą, dwunastą, trzynastą i czternastą niewdzięczności zstępnych, Justynian zwrócił uwagę na fakt, że wystąpienie tych przyczyn wiąże się z niegodnością zstępnych. Podkreślił tym samym, że descendent w przypadku zachodzenia jednej z nich, gdyby nie został wydziedziczony, zasługiwał na pozbawienie go spadku. Komentując przyczynę dwunastą, trzynastą i czternastą niewdzięczności, zaznaczył również, kto ma dziedziczyć w miejsce niegodnego descendant.

Żadna z wymienionych w katalogu przyczyn niewdzięczności, jakkolwiek była usprawiedliwioną przyczyną wydziedziczenia, nie obligowała testatora do wydziedziczenia niewdzięcznego zstępnego.

REASONS FOR DISINHERITING DESCENDANTS ACCORDING TO EMPEROR JUSTINIAN'S NOVEL 115

The Novel 115th, announced in 542, is a substantial element of the inheritance law reform undertaken by emperor Justinian. It introduces the highest limitations to an almost one-thousand-year-honored tradition of the freedom of testing that was legally based on the regulation of the Twelve Tables, Tab. 5,3: *Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto*.

Innovations introduced in its third and fourth chapters focus on two catalogs of justified reasons for disinheriting. The former chapter contains a catalog of fourteen reasons for disinheriting descendants. The latter one gives eight reasons for disinheriting ancestors. Justinian derives all specified reasons for *exheredationis* from the lack of gratitude from either descendants or ancestors.

The present article is a review of the catalog of the following justified reasons for disinheriting descendants: 1) raising one's hand to strike their ancestors; 2) causing a serious or humiliating insult at them; 3) accusing them of having committed a public law crime (*crimen*) that did not harm the emperor or the State; 4) using magic; 5) making an attempt to poison or kill ancestors in another way; 6) a real relationship of a sexual nature between a son and his stepmother or his father's concubine; 7) a denunciation of parents by their son and because of that putting them at risk of incurring serious costs; 8) a soulless refusal of male descendants to guarantee their arrested ancestors; 9) making an attempt to frustrate their ancestors' intentions to make a will; 10) joining a troupe of gladiators or mummers and doing these jobs against the ancestors' will; 11) a daughter's or granddaughter's refusal to get married connected with the choice of dissolute lifestyle despite the fact that parents or grandparents dowered her appropriately; 12) neglecting ancestor-care and assistance during their mental illness; 13) neglecting to pay ransom for their captured ancestors; 14) contempt for the ancestor's catholic beliefs by practicing heresy and not maintaining contacts with the Church.

The analysis that was carried out shows that in the perspective of *principium* and paragraph 15 of Nov. 115,3 an ancestor could have disinherited a descendant only if one of the following two conditions had been fulfilled: 1) if he had given his descendant a statutory inheritance in the form of a deed of gift, legacy, fideicommissum or in any other way; 2) if he had stated in his will at least one of the fourteen reasons for his descendant's ingratitude specified by Justinian in Nov. 115, 3.

Some of them were known in the Roman law earlier although they needed further clarification, others were added to the said catalog by Justinian as they deserved it because of various reasons.

Most of them referred to all the descendants. Because of the sixth or the seventh reason, the testator could disinherit only his son; because of the eighth one – every male descendant; because of the eleventh one – only a daughter or granddaughter. The character of some reasons for disinheriting limited the range of subjects who could use it; it took place in the case of the sixth one (father), the seventh one (parents) and the eleventh one (parents and grandparents).

Defining the ninth, twelfth, thirteenth and fourteenth reasons of descendants' ingratitude, Justinian elaborated on the thread of descendants' unworthiness because of these reasons. This way he emphasized that in case of the existence of one of them, if a descendant had not been disinherited, he would have deserved being deprived of the inheritance. Making comments on the twelfth, thirteenth and fourteenth reasons of ingratitude, he also indicated who is to inherit instead of an unworthy descendant.

None of the reasons of ingratitude mentioned in the catalog, no matter how justifiable reason for disinheriting it would be, did not oblige a testator to disinherit an ungrateful descendant.