

Jan Zabłocki

In decem mensibus gigni hominem

Prawo Kanoniczne : kwartalnik prawno-historyczny 35/3-4, 197-210

1992

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

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

JAN ZABŁOCKI

IN DECEM MENSIBUS GIGNI HOMINEM

Na wzór *magistratus populi* sprawujących władzę w państwie (*imperium*) naczelnik rodziny zwany *pater familias* miał władzę nad podległymi mu osobami¹. Ogrom jego władzy nad dziećmi (*patria potestas*)² najpełniej wyrażały takie określenia wielokrotnie spotykane w źródłach jak: *ius vitae ac necis* czy *vitae necisque potestas*³. Oznaczały one uprawnienia ojca do decydowania o losie dziecka⁴. Władza ojcowska była wszakże węzłem tak silnie sple-

¹ Por. P. Bonfante, *Corso di diritto romano*², I, *Diritto di famiglia*, Milano 1963 s. 14.

² Zagadnienie władzy ojcowskiej doczekało się szeregu opracowań: Por. np. B. Łapicki, *Władza ojcowska w starożytnym Rzymie*, I. *Czasy królewskie*, II. *Czasy republikańskie*, Warszawa 1933; tenże, *Władza ojcowska w starożytnym Rzymie. Okres klasyczny*, Warszawa 1937; M. Kaser, *Der Inhalt der patria potestas*, ZSS (Rom. Abt.) 38, 1938 s. 62 i n.; C. W. Westrup, *Introduction to Early Roman Law. Comparative Sociological Studies*, III, *Patria potestas*, Copenhagen—London 1939; B. Wierzbowski, *Treść władzy ojcowskiej w rzymskim prawie poklasycznym*, Toruń 1977; A. M. Rabello, *Effetti personali della „patria potestas”*, I, *Dalla origini al periodo degli Antonini*, Milano 1979; P. Voci, *Storia della patria potestas da Augusto a Diocleziano*, IURA 31, 1980 s. 37 i n. = *Studi di diritto romano*, II, Padova 1985 s. 397 i n.; C. Gioffredi, *Funzioni e limiti della „patria potestas”*, *Nuovi studi di diritto greco e romano*, Roma 1980 s. 77 i n. Por. też P. Bonfante, *Corso*², I, s. 91 i n.; A. Watson, *The Law of Persons in the Later Roman Republic*, Oxford 1967 s. 77 i n.; tenże *Rome of XII Tables. Persons and Property*, Princeton—London 1975 s. 40 i n.; M. Kaser, *Das römische Privatrecht*², I, München 1971 s. 60 i n.; B. Albanese, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo 1979 s. 246 i n.; G. Franciosi, *Famiglia e persone in Roma antica. Dall'età arcaica al principato*, Torino 1989 s. 49 i n.

³ Obejmują one bądź całość uprawnień ojcowskich, bądź szczególnie uprawnienie jakim jest możliwość uśmiercenia dziecka będącego pod władzą. Por. Cic. de dom. 29.77; Dion. 2.26.27; Gell. 5.19.9; G. Aug. 1.21; 4.85—86; Ulp. 4.8.1; C. Th. 4.8.6 pr. Por. także, B. Albanese, *Note sull'evoluzione storica del ius vitae ac necis*, Scritti Ferrini, III, Milano 1948 s. 362 i n.; R. Yaron, *Vitae necisque potestas*, TR 30, 1962 s. 243 i n.; B. Wierzbowski, dz. cyt., s. 23 i n.; W. V. Harris, *The Roman Fathers Power of Life and Death*, Studies Schiller, Leiden 1986 s. 81 i n.; G. Franciosi, *Famiglia e persone*, s. 55 i n.

⁴ W określeniu tym mieściło się też *ius noxae dandi* (Por. G. 1.140; 4.75—79 a także F. De Visscher, *Le régime romaine de la noxalite*, Bruxelles 1947 s. 295 i n.; G. Pugliese, *Obbligazione del capo famiglia e responsabilità diretta del colpevole nel regime della nossalità*, Studi Albertario, I, Milano 1953 s. 233 i n.; M. Kaser, *Noxae dedere oder noxae dare*, ZSS (Rom. Abt.) 87, 1970 s. 445 i n.) oraz *ius vendendi* (Por. Dion. 2.26.27 a także P. Bonfante, *Il „ius vendendi” del*

tającym, że w razie śmierci ojca *ab intestato* dzieci wstępowały w jego miejsce jako *sui heredes*⁵ przejmując władzę w rodzinie, majątek i obowiązek sprawowania kultu⁶.

Władzę nad dzieckiem nabywał ojciec już w momencie jego urodzenia⁷, ale tylko w wypadku, gdy urodziło się ono *ex iustis nuptiis*⁸ czyli *ex uxore*⁹ i *intra legitimum tempus*¹⁰.

„*paterfamilias*” e la legge 2, *Codice 4,23 di Costantino*, Scritti giuridici vari, I, Famiglia e successione, Torino 1916 s. 64 i n.; Th. Mayer-Maly, *Das Notverkaufsrecht des Hausvater*, ZSS (Rom. Abt.) 75, 1958 s. 116 i n.

⁵ Z rozróżnienia przez ustawę XII tablic (tabl. 5.4—5) wyrażen *heres esse* i *familiam habeto* wynika, że dziedzicem *ab intestato* był *suus heres* (Por. F. Leifer, *Altrömischen Studien VI: Suus heres und älteres Libraltestament*, Festschrift Koschaker. II, Weimar 1939 s. 227; S. Solazzi, L' „*in iure cessio hereditatis*” e la natura dell'antica „*hereditas*”, IURA 3, 1952 s. 46 i n.; G. Franciosi, L' „*heres extraneus*” e le Dodici Tavole, LABEO 10, 1964 s. 352 i literatura cytowana w uw. 1), natomiast agnaci i gentylowie otrzymywali jedynie majątek zmarłego. (Por. P. Bonfante, *Corso*², I s. 554 C. W. Westrup, *Introduction to Early Roman Law*, II, *Joint Family and Family Property*, Copenhagen—London 1934 s. 73. Inaczej B. Albanese, *La successione ereditaria in diritto romano antico*, An. Pal. 20, 1949 s. 331; U. Coli, *Il testamento nella Legge delle XII Tavole*, IURA 7, 1956 s. 24 i n.; P. Voci, *Diritto ereditario romano*², I, Milano 1967 s. 11 i n. uw. 22).

⁶ Por. P. Bonfante, *L'origine dell' „Hereditas” e dei „Legata” nel diritto successorio romano. A proposito della regola „Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest”*, Scritti, I, s. 101 i n.; tenże, *Le critiche al concetto dell'originaria eredità sovrana e la sua riprova*, Scritti, I, s. 188 i n.; tenże. *Corso*², I, s. 544; E. Rabel, *Erben-gemeinschaft und Gewährleistung*, Gesammelte Aufsätze, IV, Tübingen 1971 s. 412 i n.; P. Voci, *Il diritto ereditario romano dalle origini ai Severi*, Studi di diritto romano, II, Padova 1985 s. 20 i n.

⁷ Potwierdzał to gest podniesienia nowonarodzonego dziecka przez ojca. W literaturze jest sporne, czy *tollere liberum* było tylko aktem magiczno-rytualnym nie rodzącym żadnych skutków prawnych (tak jak i *non tollere*) (Por. S. Perozzi, *Tollere liberum*, Scritti Giuridici, III, Milano 1948 s. 95 i n.; P. Bonfante, *Corso*², I, s. 18; M. Kaser, *RPR*², I, s. 345; A. Romano, „*Tollere liberos*”: *uomo, donna e potere*, SODALITAS, Scritti Guarino, II, Napoli 1984 s. 881), czy było obrzędem religijnym i aktem prawnym powodującym nabycie władzy ojcowskiej i przyjęcie do rodziny *non tollere* byłoby równoznaczne z *expositio* czy potraktowaniem dziecka jako *ulgo conceptus*). Por. C. W. Westrup, *Introduction to Early Roman Law. The Patriarchal Joint Family*, I 1, *The House Community*, Copenhagen—London 1934 s. 259 i n.; E. Volterra, *Un'osservazione in tema di tollere liberos*, Festschrift Schulz, I, Weimar 1951 s. 338 i n. = Scritti Giuridici, II, Napoli 1991, s. 217 i in.; tenże, *Ancora in tema di „tollere liberos”*, IURA 3, 1952 s. 216 = Scritti, II, s. 275; B. Biondi, *Istituzioni di diritto romano*⁴, Milano 1965 s. 602; C. Gioffredi, *Funzioni e limiti*, s. 97 i n. uw. 60; G. Franciosi, *Famiglia e persone*, s. 58 i n.

⁸ Por. G. 1.55; G. Ep. 1.3.2; Ulp. 5.1; D. 2.4.5.

⁹ Por. Gell. 5.19.9; D. 1.6.6; D. 1.7.44.

¹⁰ Por. D. 3.2.11.2; D. 38.16.3.12.

Kwestię tzw. okresu koncepcyjnego regulowała, jak zgodnie przyjmuje się w literaturze, już ustawa XII tablic, będąca pierwszą kodyfikacją prawa zwyczajowego. Odnośny przepis tej ustawy zrekonstruowany na podstawie *Noctes Atticae* Aulusa Gelliusa brzmiał przypuszczalnie: Si qui ei IN X MENSIBUS PROXIMIS postumus natus escit, justus esto¹¹. Antykwarysta umieścił go w rozdziale poświęconym dyskusji starożytnych lekarzy i filozofów o czasie trwania ciąży.

Jednakże o problemie kształtowania się płodu w łonie matki wspomniał on, jakby mimochodem, już kilka rozdziałów wcześniej, kiedy to streszczał wstęp do pierwszej ilustrowanej książki rzymskiej *Hebdomades vel De Imaginibus* M. T. Varrona¹².

Gell. 3.10.7—8:

Ad homines quoque nascendos vim numeri istius (scil. septenarii quem Graece ἐβδομῆδα appellant) porrigi pertinereque ait: (scil. M. Varro in primo librorum qui inscribuntur Hebdomades vel De Imaginibus) „Nam cum in uterum”, inquit, „mulieris genitale semen datum est, primis septem diebus conglobatur, coagulaturque fitque ad capiendam figuram idoneum. Post deinde quarta hebdomade, quod eius virile secus futurum est, caput et spina, quae est in dorso, informatur. Septima autem fere hebdomade, id est nono et quadragesimo die, totus,” inquit, „homo in utero absolvitur.” Illam quoque vim numeri huius observatam refert, quod ante mensem septimum neque mas neque femina salubriter ac secundum naturam nasci potest, et quod hi qui iustissime in utero sunt, post ducentos septuaginta tres dies postquam sunt concepti, quadragesima denique hebdomade inita nascuntur.

Rzymski pisarz i uczony z I wieku p.n.e. w dziele o siódmkach albo portretach, idąc wzorem neopitagorejczyków, okazywał uwielbienie siódemce przypisując tej magicznej liczbie moc i znaczenie

¹¹ W tym brzmieniu podaje go J. Gothofredus, *Fontes quattuor iuris civilis*. Genevae 1653 — obecnie w E. Otto, *Thesaurus Iuris Romani*, III, Basileae 1774, tabl. 4.4 oraz szp. 94. M. Voigt, *Die XII Tafeln*, Leipzig 1883, I, s. 707 omawiany przepis umieszcza w tabl. 4.8 w brzmieniu: *In decem mensibus gigni hominem*; B. W. Nikolsky, *XII Tablic*, S. Petersburg 1897 s. 6, w tabl. 4.12 w brzmieniu: *Decimo mense iure „gigni” infanitem*. Współczesne palingenesis ograniczają się jedynie do zacytowania Gell. 3.16.12 z ewentualnym wybiciem frazy: *In decem mensibus gigni hominem*.

¹² W księdze tej (znanej głównie ze streszczenia Gelliusa) Varro zabawia się liczbą 7 (i tak np. podaje, że wchodząc w 12 hebdomadę lat napisał już 70 hebdomad ksiąg (Gell. 3.10.17)), by następnie w 14 księgach umieścić portrety, wszystkie podpisane dwoma biogramami: prozaicznym i wierszowanym, 700 sławnych osób z 7 dziedzin twórczości człowieka. Por. M. Schanz — C. Hosius, *Geschichte der römischen Literatur bis zum Gesetzgebungswerk des Kaisers Justinian*⁴, I, (Nachdruck) München 1959 s. 561 i n.; K. Kumaniecki, *Literatura rzymska. Okres cyceeroński*, Warszawa 1977 s. 485 i n.

mające odbicie nie tylko w 7 gwiazdach, 7 cudach świata starożytnego, 7 mędrkach, wyprawie 7 przeciw Tebom, ale także — jak w przytoczonym fragmencie — w życiu płodowym człowieka. Jak bowiem podaje, po 7 dniach od zapłodnienia nasienie staje się zdolne do przybrania postaci; następnie po czterech hebdomadach (tygodniach) formuje się pleć, głowa i kość pacierzowa; w czasie 7 hebdomad czyli 49 dni człowiek zostaje w pełni ukształtowany. Moc liczby 7 sięga też dalej, gdyż przed upływem 7 miesięcy nie może się urodzić zdrowo zdolny do życia, ani chłopiec, ani dziewczynka¹³. Przeto, jeśli ciąża przebiegała prawidłowo, poród następuje po 273 dniach od poczęcia, czyli z początkiem 40 tygodnia.

Termin porodu, o którym mówił Varro, odnosił się tylko do ciąży przebiegającej bez powikłań. Istniały jednak cięższe patologiczne, niedonoszone lub przenoszone¹⁴ i te są przedmiotem rozważań w rozdziale 16 księgi 3 *Noctes Atticae* (gdzie, jak podaje autor w inskrypcji do tego rozdziału, zostały przedstawione opinie starożytnych lekarzy, filozofów i poetów oraz zasłyszane, godne uwagi wiadomości, a także słowa przepisane z dzieła *Περὶ Τροφῆς* lekarza Hipokratesa).

Gell. 3.16.1:

Et medici et philosophi inlustres de tempore humani partus quaesiverunt. Multa opinio est, eaque iam pro vero recepta, postquam mulieris uterum semen conceperit, gigni hominem septimo rarer, numquam octavo. saepe nono, saepius numero decimo mense, eumque esse hominum gignendi summum finem: decem menses non inceptos, sed exactos.

Powołując się na bliżej nieokreślonych lekarzy i filozofów Gellius podaje, zgodnie z ogólnym przekonaniem, że dziecko rzadko rodzi się w siódmym miesiącu, nigdy w ósmym, często w dziewiątym, a najczęściej w dziesiątym. Przy czym mówiąc o dziesiątym miesiącu zaznacza, iż chodziło tu o pełny miesiąc, a nie tylko rozpoczęty. Dalej zaś, nie zajmując się urodzeniem w siódmym miesiącu przytacza liczne przykłady urodzenia dziecka po upływie 10 miesięcy¹⁵.

¹³ Por. Plin. Nat. hist. 7.5.38. Ulpian w D. 38. 16.3.12 powołując się na autorytet Hipokratesa i reskrypt Antoninusa Piusa skierowany do pontyfików mówi *expressis verbis* o 182 dniu; Paulus (powołując się na Hipokratesa) w D. 1.5.12 oraz (na magiczną siódmkę pitagorejską) w Sent. 4.9.5 mówi ogólnie o 7 miesiącu. Co do sposobu obliczania por. G. Impallomeni, *In tema di vitalità e forma umana come requisiti essenziali alla personalità*, IURA 22, 1971 s. 104 i n.

¹⁴ Por. Plin. Nat. hist. 7.5.38—40. Szerzej na temat przedwczesnego i opóźnionego porodu J. Roussier, *La durée normale de la grossesse*, Droit de l'antiquité et sociologie juridique, Mélanges Lévi-Bruhl, Paris 1959 s. 245 i n.

¹⁵ O sposobie korzystania przez Gelliusa ze źródeł por. H. E. Dirck-

Gell. 3.16.2—6:

Idque Plautum, veterem poetam, dicere videmus in comoedia *Cistellaria* his verbis:

tum illa, quam comprésserat,

Decumó post mense exácto hic peperit filiam.

Hoc idem tradit etiam Menander, poeta vetustior, humanarum opinionum vel peritissimus; versus eius super ea re de fabula *Plocio* posui:

Γυνή κκεῖ δέκα μήνας

sed noster Caecilius, cum faceret eodem nomine et eiusdem argumenti comoediam ac pleraque a Menandro sumeret, in mensibus tamen genitalibus nominandis non praetermisit octavum, quem praeterierat Menander. Caecilii versus hinc sunt:

Sóletne mulier décimo mense párere? —

Pol nonó quoque

Étiam septimo átque octavo.

Eam rem Caecilius non inconsiderate dixisse neque temere a Menandro atque a multorum opinionibus descivisse, M. Varro uti credamus facit. Nam mense nonnumquam octavo editum esse partum in libro quarto decimo *Rerum Divinarum* scriptum reliquit; quo in libro etiam undecimo mense aliquando nasci posse hominem dicit, eiusque sententiae tam de octavo quam de undecimo mense Aristotelem auctorem laudat.

W przytoczonych fragmentach tekstów komedii *Cistellaria* Plaut¹⁶ oraz komedii *Plocium* Menandra i jej rzymskiej przeróbki Caeciliusa¹⁷, mówiących o urodzeniu po pełnych dziesięciu miesiącach, Gellius znajduje potwierdzenie, że rzeczywiście chodziło o pełne dziesięć miesięcy, a nie tylko o dziesiąty miesiąc rozpoczęty. Antykwarysta powołuje też *Antiquitates rerum humanarum*

sen, *Die Auszüge aus den Schriften der römischen Rechtsgelehrten, in den Noctes Atticae des A. Gellius, Hinterlassene Schriften, I*, Leipzig 1871 (Nachdruck 1973) s. 30 i n.

¹⁶ T. Maccius Plautus, komediopisarz z przełomu III i II wieku p.n.e. w komedii *Cistellaria* opowiada, że Fanostrata w czasie igrzysk dionizyjskich została zniewolona i opuszczona, a gdy po 10 miesiącach urodziła córkę (v. 162) z rozpaczyci ją porzuciła. Kiedy po latach żeni się z nią Demoto, w którym rozpoznaje ojca swej córki, wtedy wspólnie starają się ją odszukać.

¹⁷ Menander z Aten, komediopisarz grecki z końca IV i początku III wieku p.n.e. był wzorem dla autorów rzymskich. Gellius (2.23) opowiada, że czytał wspólnie z przyjaciółmi jego komedię *Plocium* w oryginalne i porównywał z przeróbką pod tym samym tytułem dokonana przez Caeciliusa Statiusa rzymskiego komediopisarza z przełomu II i I wieku p.n.e. O tym, iż Caecilius swobodnie przerabiał pierwowzór grecki świadczy, wg Gell. 3.16.4—5 to, że wspomniał on też o urodzeniu w ósmym miesiącu o czym nie było mowy w oryginalne. Por. M. Schanz — C. Hosius, dz. cyt., I, s. 101 i n.; L. Holford-Strevens, *Aulus Gellius*, London 1988 s. 48, 145 i n., 158.

et divinarum M. T. Varrona¹⁸, w których ten ostatni, chwalać opinię Arystotelesa¹⁹, potwierdzał możliwość urodzenia dziecka tak w ósmym jak i jedenastym miesiącu.

Na temat porodu w ósmym miesiącu przytacza Gellius także enigmatycznie brzmiące zdanie Ojca Medycyny.

Gell. 3.16.7—8:

Sed huius de mense octavo dissensionis causa cognosci potest in libro Hippocratis qui inscriptus est Περὶ Τροφῆς, ex quo libro verba haec sunt: "Ἔστιν δὲ καὶ οὐκ ἔστιν τὰ ὀκτάμηνα. Id tam obscure atque praecise et tamquam adverse dictum Sabinus medicus, qui Hippocratem commodissime commentatus est, verbis his enarravit: "Ἔστιν μὲν, φαινόμενα ὡς ζῶα μετὰ τὴν ἑκτρωσιν· οὐκ ἔστιν δέ, θνήσκοντα μετὰ ταῦτα· καὶ ἔστιν οὖν καὶ οὐκ ἔστιν, φαντασίᾳ μὲν παραυτίκα ὄντα, δυνάμει δὲ οὐκέτι.

Hipokrates, w księdze zatytułowanej Περὶ Τροφῆς dziecko urodzone w ósmym miesiącu traktuje jako istniejące i nieistniejące. To, tak zagadkowe, wyrażenie starał się objaśnić pod koniec I wieku p.n.e. lekarz Sabinus w następujący sposób²⁰. Dziecko ośmiomiesięczne istnieje, ponieważ zdaje się żyć po poronieniu; lecz zarazem nie istnieje, ponieważ natychmiast umiera. Można rzec, rodzi się żywe, ale bez możliwości życia²¹. Objasnienie to niewiele wyjaśnia. Wprawdzie Gellius przedstawiając tak niesprecyzowane stanowisko Hipokratesa i jego komentatora Sabinusa poddawał w wątpliwość trafność wypowiedzi Arystotelesa-Varrona (Gell. 3.16.6) o możliwości urodzenia w ósmym miesiącu, ale sam chyba nie był pod urokiem przesądu mającego oparcie w niewłaściwie rozumianej mitologii.

Gell. 3.16.9—11:

Antiquos autem Romanos Varro dicit non recepisse huius-

¹⁸ To zaginione dzieło Varrona zawierało encyklopedyczne informacje z zakresu historii i kultury rzymskiej. Składało się ono z 41 ksiąg. Księgi 1—25 zawierały *antiquitates humanae* zaś 26—41 *antiquitates divinae*. Powołana przez Gelliusa 14 księga pt. *de aevo* pochodziła z *antiquitates humanae*. *Antiquitates* Varrona, podziwiane już przez Cicerona, były źródłem niewyczerpanych informacji, z których korzystała cała plejada gramatyków, poetów, historyków, a także antykwarysta Gellius. Streszczał je w *De civitate Dei* św. Augustyn. Por. M. Schanz — C. Hosius, dz. cyt., I, s. 563 i n.; K. Kumaniecki, dz. cyt., s. 487 i n. wraz z literaturą.

¹⁹ Gellius ma na myśli jego *Historia animarum*, której fragmenty często wykorzystywał Varro.

²⁰ Co do zgodności tekstu u Gelliusa z wersją bezpośrednią por. J. C. Rolfe, *The Attic Nights of Aulus Gellius*, I, London 1954 s. 29 uw. 1; L. Holford-Strevens, dz. cyt., s. 225 uw. 58.

²¹ Por. J. Roussier, dz. cyt., s. 247 i n.; G. Impallomeni, dz. cyt., s. 107 i n.; F. Hernandez-Tejero, *El pensamiento jurídico romano en los cuatro primeros libros de las Noches Aticas de Aulo Gelio*, Revista de Madrid 16, 1972 s. 605.

cemodi quasi monstruosas raritates, sed nono mense aut decimo, neque praeter hos alius, partionem mulieris secundum naturam fieri existimasse idcircoque eos nomina Fatis tribus fecisse a pariendo et a nono atque decimo mense. Nam „Parca”, inquit, „inmutata una littera, a partu nominata, item „Nona” et „Decima” a partus tempestivi tempore. Caesellius autem Vindex in *Lectioibus suis Antiquis*: „Tria,” inquit, „nomina Parcarum sunt: „Nona”, „Decuma”, „Morta”, et versum hunc Livii, antiquissimi poetae, ponit ex Ὀδυσσεύα:

Quandó diés advéniet quém profáta Mórta est?

Sed homo minime malus Caesellius „Mortam” quasi nomen accepit, cum accipere quasi Moeram deberet.

Przytaczając opinię Varrona (Gell. 3.16.6) o możliwości urodzenia dziecka w ósmym miesiącu Antykwarysta starał się ją skonfrontować z poglądami dawnych Rzymian. Ci jednak, jak wynika z wypowiedzi zaczerpniętej również z *Rerum humanarum*, nie brali pod uwagę urodzenia w ósmym miesiącu ze względu na nie-naturalną rzadkość²². Przyjmowali natomiast, iż dzieci, zgodnie z prawami natury, rodzą się w dziewiątym i dziesiątym miesiącu. I z tymi miesiącami łączyli imiona Fat: Nony i Decimy — zwanych też Parkami — bogiń opiekujących się rodzącymi kobietami²³. Przesąd, że dzieci nie rodzą się w ósmym miesiącu, był tak silny, że jeszcze współczesny Gelliusowi gramatyk Caesellius Vindex w swoich *Lectioibus Antiquis* starał się przypisać opiekę nad rodzącą w ósmym miesiącu trzeciej Parce, którą nazwał Morta²⁴. Morta jednak występująca w wersecie łacińskiego tłumaczenia *Odysei* przez Liviusa Andronicusa poetę z III wieku p.n.e. to — zdaniem Gelliusa — nie imię własne Parki jak sądził Caesellius, lecz nazwa ogólna Fat — Moera²⁵.

²² Por. też G. Impallomeni, dz. cyt., s. 108, według którego jednak Varro podaje, że chociaż starożytni Rzymianie nie uważali urodzenia w ósmym miesiącu za *abortus*, to jeżeli urodzony wtedy zmarł natychmiast, nie uznawali jego osobowości, gdyż traktowali go jak *monstrum*.

²³ Etymologicznie słowo Parca Varro wyprowadza od *partus* poprzez zmianę litery, zaś Nona i Decima od miesięcy porodu. Por. też A. Ernout — A. Meillet, *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*, Paris 1939 s.v. Parca, s. 732; A. Walde — J. B. Hofmann, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*³, II, Heildelberg 1954 s.v. Parca, s. 251.

²⁴ Antykwarysta nie szczędząc Caeselliusowi Vindexowi krytycznych uwag (Gell. 6.2.1; 11.5.2; 18.11.1; 20.2.2) obdarzył go, za zmienienie sensu terminu Morta, epitetem *homo minime malus*.

²⁵ Por. A. Ernout — A. Meillet, dz. cyt., s.v. Morta, s. 632; A. Walde — J. B. Hofmann, dz. cyt., II, s.v. Morta, s. 113 i n.; K. Latte, *Römische Religionsgeschichte*, München 1960 s. 53 uw. 1; G. Radke, *Der Kleine Pauly Lexicon der Antike*, III, München 1979 s.v. Morta, szp. 1431; L. Holford-Strevens dz. cyt., s. 123 i n. i literatura tam cytowana.

Przyjście dziecka na świat w ósmym miesiącu lub po dziewięciu miesiącach rodziło szereg problemów.

Gell. 3.16.21:

Memini ego Romae accurate hoc atque sollicitè quaesitum, negotio non rei tunc parvae postulante, an octavo mense infans ex utero vivus editus et statim mortuus ius trium liberorum supplevisset, cum abortio quibusdam, non partus, videretur mensis octavi intempestivitas.

Gellius pisząc *Noctes Atticae* korzystał nie tylko z literatury, ale także z własnych obserwacji. I jak podaje, przypomniał sobie sprawę, w której chodziło o stwierdzenie nabycia *ius trium liberorum* czyli o uzyskanie korzyści z posiadania trojga dzieci²⁶. W opisanym przypadku rozważano, czy dziecko urodzone w ósmym miesiącu, które zmarło tuż po urodzeniu może być brane pod uwagę przy przyznawaniu matce tego przywileju. Z przekazu Gelliusa wynika, że nie, gdyż urodzenie w ósmym miesiącu należało traktować jako *abortus*. Powstaje jednak pytanie, czy nie można było uwzględnić tego urodzenia dlatego, ponieważ nastąpiło ono w ósmym miesiącu, czy dlatego, że dziecko tuż po urodzeniu zmarło. Sformułowanie Gelliusa wydaje się przemawiać za pierwszą z możliwości. Jednak użyte przez niego *videretur* wskazywałoby, że nie był on pewny. Może myślał, że rzeczywiście w ósmym miesiącu ma miejsce nie poród, lecz poronienie; może — co również wydaje się prawdopodobne — nie wiedział, że dla uzyskania *ius trium liberorum*, dziecko — również to urodzone w dziewiątym czy dziesiątym miesiącu — musiało przeżyć określony czas²⁷.

Na marginesie można wyrazić zdziwienie, iż autor *Noctes Atticae* pisząc o kształtowaniu się płodu w łonie matki nie wspomniał o znanym mu opracowaniu tego zagadnienia w *Naturalis historia* (z której przytoczył, omawiane w dalszych rozważaniach opowiadanie o płodzie 13 miesięcznym).

Plin. Nat. hist. 7.5.38—39:

Ceteris animantibus statum et pariendi et partus gerendi tempus est; homo toto anno et incerto gignitur spatio, alius septimo mense, alius octavo et usque ad initia undecimi. ante septimum mensem haut umquam vitalis est. septimo non nisi

²⁶ O korzyściach z posiadania trojga dzieci por. G. Impallomeni, dz. cyt., s. 116 i n.; M. Zabłocka, *Il „ius trium liberorum” nel diritto romano*, BIDR 91, 1988 s. 365 i n.

²⁷ Wymagano, aby dziecko przeżyło *dies nominum*, tj. dzień uroczystości religijnych (*lustratio*) związanych z nadaniem imienia dziecku. Por. J. Marquardt, *Das Privatleben der Römer*, I, Leipzig 1886 s. 83; K. Latte, dz. cyt., s. 95 uw. 4; M. Zabłocka, dz. cyt., s. 372 i n.

pridie posterove pleniluni die aut interlunio concepti nascuntur. tralaticium in Aegypto est et octavo gigni, iam quidem et in Italia tales partus esse vitales, contra priscorum opinionones. variant haec pluribus modis. Vistilia, Gliti ac postea Pomponi atque Orfiti clarissimorum civium coniunx, ex iis quattuor partus enixa septimo semper mense, genuit Suillum Rufum undecimo, Corbulonem septimo, utrumque consulum, postea Caesoniam, Gai principis coniugem, octavo. in quo mensum numero genitis intra quadragesimum diem maximus labor, gravidis autem quarto et octavo mense, letalesque in iis abortus.

Zarówno Varro-Gellius (Gell. 3.10.8) jak i Plinius są zgodni, iż urodzeni przed siódmym miesiącem nie utrzymują się przy życiu. W siódmym miesiącu, według Gelliusa (3.16.1), dzieci rodzą się rzadko. Plinius podaje bliższe wyjaśnienie. Według niego, w siódmym miesiącu rodzą się poczęci w przeddzień pełni księżyca lub nazajutrz po niej, albo też poczęci na nowiu. Natomiast porody w ósmym miesiącu są, zdaniem Pliniusza, pospolite w Egipcie; w Italii zaś urodzeni w tym czasie, wbrew opinii starożytnych, też utrzymują się przy życiu. Następnie autor *Naturalis historia* podaje przykłady, zaczerpnięte z annałów sławnych rodów, o narodzinach w poszczególnych miesiącach ciąży. W ósmym miesiącu urodziła się np. Caesonia, córka Pomponiusa, ostatnia małżonka cesarza Kaliguli. Jednakże życie urodzonych w ósmym miesiącu jest zagrożone aż do 40 dnia. Dla ciężarnych zaś najbardziej niebezpieczny uważano czwarty i ósmy miesiąc; wtedy też zdarzały się śmiertelne poronienia.

Z cytowanego już przez Gelliusa dzieła Hipokratesa można wysnuć, że nie wykluczał on porodu w ósmym miesiącu.

Gell. 3.16.20:

Hippocrates autem in eo libro de quo supra scripsi, cum et numerum dierum quibus conceptum in utero coagulum conformatur, et tempus ipsius partionis nono aut decimo mense definisset neque id tamen semper eadem esse fini dixisset, sed alias ocius fieri, alias serius, hisce ad postremum verbis usus est: Γίνεται δὲ ἐν τούτοις καὶ πλείω καὶ ἐλάσσω καὶ ὅλον καὶ κατὰ μέρος· οὐ πολλὸν δὲ καὶ πλείω πλείω καὶ ἐλάσσω ἐλάσσω. Quibus verbis significat, quod aliquando ocius fieret, non multo tamen fieri ocius, neque quod serius, multo serius.

Hipokrates czas formowania się człowieka w łonie matki określił na dziewięć, albo dziesięć miesięcy. Natomiast sam poród, według niego, mógł nastąpić albo nieco wcześniej (czyli w ósmym miesiącu), albo nieco później (czyli w jedenastym miesiącu).

W praktyce, ze względu na związane z tym skutki prawne, ważniejsze były rozważania nie o urodzeniu w ósmym miesiącu, ale

o maksymalnym czasie trwania ciąży zwłaszcza, gdy dziecko zostało urodzone jako *postumus*²⁸.

O urodzeniu dziecka później niż w dziesiątym miesiącu wspomina, oprócz cytowanych już autorów, także Homer.

Gell. 3.16.15:

Quod si ita neque ultra decimum mensem fetura mulierum protolli potest, quaeri oportet cur Homerus scripserit, Neptunum dixisse puellae a se recens compressae:

Χαῖρε γυνή φιλόττη· περιπλομένου δ' ἑνιαυτοῦ
Τέξεις ἀγλαὰ τέκν', ἐπεὶ οὐκ ἀποφώλιοι εὔναι
'Αθανάτων.

Według Homera oddalający się Neptun powiedział do dziewczyny, z którą spełnił akt miłosny, aby się cieszyła, gdyż urodzi po roku²⁹.

Gellius chcąc dowiedzieć się, jak należy to rozumieć, zasięgał opinii współczesnych mu gramatyków, a także swojego przyjaciela-filozofa Favorinusa³⁰.

Gell. 3.16.16—19:

Id cum ego ad complures grammaticos attulissem, partim eorum disputabant Homeri quoque aetate, sicuti Romuli, annum fuisse non duodecim mensium, sed decem; alii convenisse Neptuno maiestatique eius dicebant, ut longiori tempore fetus ex eo grandesceret; alii alia quaedam nugalia. Sed Favorinus mihi ait περιπλομένου ἑνιαυτοῦ non „confecto” esse „anno,” sed „adfecto.”

In qua re verbo usus est non vulgariae significationis. „Adfecta” enim, sicuti Marcus Cicero et veterum elegantissimi locuti sunt, ea proprie dicebantur quae non ad finem ipsum, sed proxime finem progressa deductave erant. Hoc verbum ad hanc sententiam Cicero in hac fecit, quam dixit De Provinciis Consularibus.

²⁸ Por. G. La Pira, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento nel diritto romano*, Firenze 1930 s. 67 i n.; U. Robbe, *I postumi nella successione testamentaria romana*, Milano 1937 s. 21 i n.; E. Sachers, RE XXII 1, Stuttgart 1953 s.v. *Postumus*, szp. 956 i n.; P. Voci, DER², I, s. 402 i n.; J. Kosioriewicz, *Dziedziczenie beztestamentowe pogrobowców w rzymskim prawie klasycznym*, Rzesz. Zesz. Nauk. „Prawo-Ekon.-Roln.” 6, 1988 s. 142 i n.

²⁹ Por. Homer, *Odysea* 11.248. W przekładzie polskim L. Siemieńskiego: Chwała ci za ten uścisk rozkoszy jedyny. — Rok przejdzie, a dzielne urodzisz mi syny, Wrocław—Warszawa—Kraków—Gdańsk 1975 s. 204.

³⁰ Favorinus, znawca języka i literatury greckiej często występuje na kartach *Noctes Atticae* jako uczestnik opisywanych wydarzeń. Por. M. Pezzati, *Gellio e la scuola di Favorino*, An. Pisa, III, ser. 3, 1973 s. 837 i n.; F. Casavola, *Gellio, Favorino, Sesto Cecilio*, Giuristi Adrianei, Napoli 1980 s. 77 i n.; L. Halford-Stevens, dz. cyt., s. 72 i n.

Gramatycy nie wymienieni z imienia, bądź twierdzili, że w czasach Homera, zresztą tak, jak i w czasach Romulusa, rok liczył 10 a nie 12 miesięcy, bądź uważali, iż to, co poczęło się z boga, rozwijało się dłużej w łonie kobiety, bądź opowiadali różne niestworzone rzeczy. Jedynie filozof Favorinus, na którego zdanie często powołuje się Gellius, wyjaśnił, iż słowa περιπλομένου ένιαυτού (po roku) należy rozumieć nie jako rok skończony, lecz bliski końca. Na potwierdzenie prawdziwości tego wyjaśnienia Antykwarysta przytacza stosowne zdanie zaczerpnięte z *De Provinciis Consularibus* M. T. Cicerona ³¹.

Gellius zauważył ponadto, że przy podawaniu przykładów ciąży przenoszonych nie można pominąć niewiarygodnej wiadomości przekazanej przez Plinius.

Gell. 3.16.22—24:

Sed quoniam de Homerico annuo partu ac de undecimo mense diximus quae cognoveramus, visum est non praeterendum quod in Plinii Secundi libro septimo Naturalis Historiae legimus. Id autem quia extra fidem esse videri potest, verba ipsius Plinii posuimus: „Masurius auctor est, L. Papirium praetorem, secundo herede lege agente, bonorum possessionem contra eum dedisse, cum mater partum se tredecim mensibus tulisse diceret, quoniam nullum certum tempus pariendi statutum ei videretur.” In eodem libro Plini Secundi verba haec scripta sunt: „Oscitatio in nixu letalis est, sicut sternuisse a coitu abortivum.”

Cytowany fragment został przepisany dosłownie z siódmej księgi *Naturalis historia* Plinius (Nat. hist. 7.5.40) w której — jak wspomniano powyżej — była mowa o kształtowaniu się płodu w łonie matki. Plinius, powołując się na Masuriusa Sabinusa ³² prawnika z czasów Tyberiusza, przytoczył rozstrzygnięcie pretora Luciusa Papiriusa, który odmówił *bonorum possessio* dziedzicowi ustawowemu dalszego stopnia, gdyż uważał, że spadek winien przypaść postumusowi ³³. Jak wynika z kontekstu, zgłaszający pretensje do spadku uważał się za dziedzica, gdyż *postumus* urodził się w 13 miesiącu po śmierci męża matki. Ta jednak twierdziła, że przez

³¹ Por. też Gell. 15.5.5—8 (= Cic. De prov. cons. 8.19).

³² Być może zarówno Gellius jak i Plinius korzystali bezpośrednio z tego samego dzieła Sabinusa (Por. O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, II, Lipsiae 1889 szp. 215 oraz F. P. Bremer, *Iurisprudentia antehadriana*, II 1, Lipsiae 1896 (Reprint Leipzig 1985) s. 367 i n., który uważa, iż powyższy tekst pochodzi z *Memorialium libri*, s. 373 i n., bądź z *Iuris civilis libri III*, s. 430 i n.).

³³ *Postumus* był traktowany jak *suus heres*. Por. D. 5.4.3; D. 38.7.5.1; D. 38.16.3.9; D. 38.16.6.7; C. 6.55.4 (a. 293). Por. także G. La Pira, dz. cyt., s. 69 i n., 166 i n.; E. Albertario, *Conceptus pro iam nato habetur, Linee di una ricerca storico-domatica*, Studi di diritto romano, I, Persone e famiglia, Milano 1933 s. 3 i n.; U. Robbe, dz. cyt., s. 33 i n.; J. Kosiorkiewicz, dz. cyt., s. 143 i n.

13 miesięcy nosiła płód. Jej też słowom dał wiarę pretor uzasadniając, że maksymalna długość ciąży nie jest określona.

Sam problem urodzenia dziecka później niż w dziesiątym miesiącu nie był nowy, skoro już w I wieku p.n.e. zwracał na niego uwagę cytowany przez Gelliusa M. T. Varro.

Gell. 3.16.13—14:

Hodie quoque in satura forte M. Varronis legimus, quae inscribitur Testamentum, verba haec: „Si quis mihi filius unus pluresve in decem mensibus gignantur, ii si erunt *δνοι λύρας*, exheredes sunt; quod si quis undecimo mense, *κατ' Ἀριστοτέλην*, natus est, Attio idem, quod Tettio, ius esto apud me.” Per hoc vetus proverbium Varro significat, sicuti vulgo dici solitum erat de rebus nihil inter sese distantibus: „idem Atti, quod Tetti,” ita pari eodemque iure esse in decem mensibus natos et in undecim.

W satyrze pt. *Testamentum*³⁴ Varro przytacza formułę *exhereditatio*³⁵. Wynika z niej, iż w wypadku wydziedziczenia należy wziąć również pod uwagę ewentualnych pogrobowców³⁶ urodzonych tak w 10 jak w 11 miesiącu po śmierci sporządzającego testament, ponieważ urodzeni w 11 miesiącu mieli takie same prawa jak urodzeni wcześniej.

Kwestia urodzenia dziecka w 11 miesiącu i związane z tym skutki były nadal przedmiotem kontrowersji w czasach Gelliusa.

Gell. 3.16.12:

Praeterea ego de partu humano, praeterquam quae scripta in libris legi, hoc quoque usu venisse Romae comperi: feminam bonis atque honestis moribus, non ambigua pudicitia, in undecimo mense post mariti mortem peperisse factumque esse negotium propter rationem temporis, quasi marito mortuo postea concepisset, quoniam decemviri in decem mensibus gigni hominem, non in undecimo scripsissent; sed divum Hadrianum, causa cognita, decrevisse in undecimo quoque mense partum edi posse; idque ipsum eius rei decretum nos legimus. In eo decreto Hadrianus id statuere se dicit requisitis veterum philosophorum et medicorum sententiis.

Jak podaje bowiem Antykwarysta, nie tylko czytał on przekazy o urodzeniu dziecka w jedenastym miesiącu, ale też dowiedział się sam o zdarzeniu, jakie miało miejsce akurat w Rzymie. Oto kobieta o nieposzlakowanej opinii urodziła dziecko w 11 miesiącu

³⁴ Por. M. Schanz — C. Hosius, dz. cyt., I, s. 557 i n.; K. Kumaniecki, dz. cyt., s. 473.

³⁵ O sposobie *exhereditatio* por. D. 28.2; Inst. 2.13. Por. też G. La Pira, dz. cyt., s. 27 i n.; U. Robbe, dz. cyt., s. 1 i n.; P. Voci, *DER*², II, s. 634 i n.; M. Kaser, *RPR*², I, s. 705 i n.

³⁶ Por. G. 2.130—132; D. 28.3.3.5; Inst. 2.13.1. Por. też G. La Pira, dz. cyt., s. 67 i n.; U. Robbe, dz. cyt., s. 236 i n.; P. Voci, *DER*², II, s. 641 i n.

po śmierci swojego męża. Powstał wtedy spór, czy to dziecko może być uznane za pogrobowca. Przeciwnicy, powołując się na ustawę XII tablic, twierdzili, że dziecko nie może być uznane za potomka zmarłego, skoro urodziło się po 10 miesiącach. Sprawa trafiła do cesarza. Hadrian po jej rozpoznaniu wydał wyrok, w którym, powołując się na opinie starożytnych lekarzy i filozofów, rozstrzygnął, że dziecko może urodzić się także w jedenastym miesiącu ciąży.

Na treści przepisu ustawy XII tablic, o którym wspomniał Antykwarysta, opierał się również Ulpian, prawnik z III wieku n.e.

D. 38.16.3.9 (Ulpianus libro quarto decimo ad Sabinum):

Utique et ex lege duodecim tabularum ad legitimam hereditatem is qui in utero fuit admittitur, si fuerit editus. inde solet remorari insequentes sibi adgnatos, quibus praefertur, si fuerit editus: inde et partem facit his qui pari gradu sunt, ut puta frater unus est et uterus, vel patruī filius unus natus et qui in utero est... 11. Post decem menses mortis natus non admittetur ad legitimam hereditatem.

Jurysta, w swoim komentarzu do dzieł Sabinusa, podaje że zgodnie z ustawą XII tablic pogrobowiec staje się dziedzicem ustawowym, jeśli urodzi się żywy³⁷. Natomiast jeśli poród nastąpi po upływie 10 miesięcy postumus nie dziedziczy według ustawy.

Lektura przytoczonych powyżej źródeł budzi szereg wątpliwości co do możliwości uznania dziecka urodzonego po 10 miesiącach za dziedzica zmarłego. Z cytowanego przekazu (Gell. 3.16.12) wynika bowiem, iż przepis ustawy XII tablic uznawał za postumusa dziecko urodzone najpóźniej w 10 miesiącu. Takie sformułowanie znajduje potwierdzenie również w przekazie Ulpiana (D. 38.16.3.9,11), który stwierdzał, iż jeśli dziecko urodziło się po upływie 10 miesięcy od śmierci ojca nie będzie jego dziedzicem ustawowym.

Z drugiej strony już w pierwszej połowie I wieku p.n.e. Varro (Gell. 3.16.13) zwracał uwagę na konieczność wydziedziczenia postumusa zarówno takiego, który by się urodził w 10 jak i w 11 miesiącu ciąży. W I wieku n.e. pretor Lucius Papirius (Gell. 3.16.23 — Plin. Nat. hist. 7.5.40) przyznał spadek postumusowi urodzonemu w 13 miesiącu. Podobne rozstrzygnięcie wydał cesarz Hadrian w II wieku n.e.

Czy więc nie istniała zasada sformułowana w XII tablicach, iż za dziedzica zmarłego uważa się dziecko urodzone najpóźniej w 10 miesiącu, czy też między źródłami istnieje sprzeczność.

Wydaje się, że ani jedno, ani drugie, gdyż te pozorne sprzecz-

³⁷ Por. G. La Pira, dz. cyt., s. 23 i n.; E. Albertario, dz. cyt., s. 16 in.; U. Robbe, dz. cyt., s. 16 i n.; B. Biondi, *Successione testamentaria e donazioni*², Milano 1955 s. 114 i n.; M. Meinhardt, D. 50.16.231. *Ein Beitrag zur Lehre vom Intestaterbrecht des ungeborenen Kindes*, ZSS (Rom. Abt.) 82, 1965 s. 207 i n.

ności można wyjaśnić w następujący sposób. Ustawa XII tablic stanowiła, iż za dziedzica zmarłego *ab intestato* uważany był *postumus* urodzony najpóźniej w 10 miesiącu. Taki *postumus* był traktowany według tej ustawy na równi z dziećmi urodzonymi za życia ojca, czyli był dziedzicem ustawowym (wg prawa cywilnego). Natomiast z rozstrzygnięcia pretora Luciusa Papiriusa wcale nie wynika, że zastosował on prawo cywilne. Wiadomo tylko, iż odmówił wprowadzenia w spadek dalszego krewnego uznając, iż *hereditas* „należy się” dziecku urodzonemu po śmierci ojca, chociażby w 13 miesiącu. Prawdopodobnie takie rozwiązanie było podyktowane stosowaniem nowego, tzw. pretorskiego porządku dziedziczenia, zgodnie z którym po ojcu dziedziczyły wszystkie dzieci (a nie tylko znajdujące się pod władzą). Uwzględniał on przede wszystkim dobro dzieci, a nie sztywne zasady prawa cywilnego. Można go było stosować również w takich wypadkach, gdy *postumus* urodził się po upływie 10 miesięcy od chwili śmierci ojca i nie mógł być uznany za *suus heres*. Możliwość przyznania spadku przez pretora urodzonym w 11 miesiącu znał już prawdopodobnie Varro, i dlatego w satyrze *Testamentum* (Gell. 13.16.12—13) radził, by na wszelki wypadek przy sporządzaniu testamentu wydziedziczyć wyraźnie wszystkich pogrobowców i tych urodzonych w 10 miesiącu i tych urodzonych w 11 miesiącu. Pojawiające się wątpliwości ostatecznie rozstrzygnął cesarz Hadrian przyznając spadek urodzonemu w 11 miesiącu.

Z wiadomości podanych przez Gelliusa można odtworzyć ewolucję prawa spadkowego w tym zakresie. Do wydania bowiem wyroku przez Hadriana, jak już była mowa, za *suus heres* według prawa cywilnego (ustawy XII tablic) było uważane tylko dziecko urodzone najdalej w 10 miesiącu po śmierci ojca. Jednak już od I wieku p.n.e., przy okazji wprowadzania nowego porządku dziedziczenia, pretor zaczął powoływać do spadku także dzieci urodzone po 10 miesiącach od chwili śmierci ojca. Nie były one wszakże uważane za dziedziców prawa cywilnego, a jedynie prawa pretorskiego.

In decem mensibus gigni hominem

Noctes Atticae of Aulus Gellius is a collection of memoranda of a most miscellaneous description, dealing with literary and grammatical criticism, philosophy, law, history and antiquarian topics. In 3. 16 there are references to the variation in the periods of gestation reported by physician and philosophers; moreover incidentally, to the views also of the ancient poets on that subject many other noteworthy and interesting particulars. To legal students the interest of this book of Aulus Gellius lies chiefly in the references contained therein to the *ius trium liberorum* and the provision of the XII Tables that a child is born in ten months and not in the eleventh month.