

Emocje w interpretacji prawa a opis rzeczywistości

Refleksje na marginesie książki Ernesta Bianchiego *Per un'indagine sul principio 'conceptus pro iam nato habetur'*



**Franciszek Longchamps
de Bériar**

Ksiądz katolicki, profesor Uniwersytetu Jagiellońskiego, LL.M. (Georgetown University), kierownik Zakładu Prawa Rzymskiego Wydziału Prawa i Administracji UJ. Wykłada na Uniwersytecie Warszawskim. Członek Komitetu Nauk o Kulturze Antycznej PAN, Komitetu Nauk Prawnych PAN, zespołu ekspertów ds. Bioetycznych Konferencji Episkopatu Polski. Stypendysta Fundacji na rzecz Nauki Polskiej.

Ernesto Bianchi w tytule swej książki użył sformułowania *conceptus pro iam nato habetur*¹. Przywykliśmy do innego sposobu wyrażania tej myśli, znanego z paremii *nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur*. Tak czy inaczej, każde z nich, podsumowując doświadczenie nie tylko prawa rzymskiego, wskazuje na prawną doniosłość faktu, jakim jest ludzkie życie jeszcze przed narodzeniem.

Na kolumnadzie Pałacu Sprawiedliwości w Warszawie zabrakło wiekopomnej paremii „niech będzie wysłuchana i druga strona” – *audiatur et altera pars*, wyrażającej jedną z podstawowych gwarancji praworządności i sprawiedliwości proceduralnej. Z biegiem lat coraz wyraźniej się potwierdza, że poważny mankament

stanowi również niezamieszczenie tam zasady², która konstatuje podmiotowość w prawie poczętego, lecz jeszcze nie urodzonego człowieka: *nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur*. Użycie łaciny w sposób naturalny prowadzi do pytania o prawo Rzymian w tym zakresie. Praca E. Bianchiego bada podstawy w rzymskim prawie archaicznym i klasycznym przyjęcia jako zasady, że przynajmniej w pewnym zakresie *nasciturus* jest traktowany tak, jakby już się urodził. W tym samym 2009 roku mono-

2 F. Longchamps de Bériar, *Audiatur et altera pars. Szkic o brakującej kolumnie Pałacu Sprawiedliwości* (w:) W. Uruszczak, P. Świącicka, A. Kremer (red.) *Leges sapere. Studia i prace dedykowane profesorowi Januszowi Sondłowi w pięćdziesiątą rocznicę pracy naukowej*, Kraków 2008, s. 273; przeciwnie W. Wołodkiewicz, *Leges sapere. Na marginesie książki poświęconej profesorowi Januszowi Sondłowi, „Palestra”* 2009, nr 1–2, s. 117–125.

1 E. Bianchi, *Per un'indagine sul principio 'conceptus pro iam nato habetur' (Fondamenti arcaici e classici)*, Milano 2009, 360 s.

grafię poświęcił temu zagadnieniu Piotr Niczyporuk³, co dowodzi uniwersalności i aktualności problematyki prywatnoprawnych aspektów ochrony dziecka poczętego w refleksji także nad prawem rzymskim.

Niechęć do reguły o *nasciturus* wpisująca się w dyskretną tendencję rozmontowywania tzw. kompromisu aborcyjnego, wypracowanego w Polsce w 1993 roku. Na jej kanwie w 1996 roku zniesiono na przykład wprowadzony trzy lata wcześniej do art. 8 k.c. paragraf drugi, który dziecku poczętemu przyznawał zdolność prawną w całym prawie cywilnym. Bez wątpienia *nasciturus* miał ją zawsze i ma nadal w prawie spadkowym. Prawo polskie nie jest tu żadnym wyjątkiem, gdyż stwierdzenie „tego, który ma się urodzić, uważa się za już narodzonego, ilekroć chodzi o jego korzyści” wyraża bowiem jedną z zasad prawa spadkowego widoczną zarówno w prawie rzymskim, jak i w jego recepcji w kontynentalnej Europie, a także w całym kontekście prawa porównawczego, obejmującym również prawo skandynawskie, *common law*, czy nawet prawo chińskie oraz tzw. *mixed jurisdictions*. Trudno doprawdy uwierzyć, że o pominięciu na kolumnadzie reguły *nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur* zdecydowała znaczna jej długość⁴. Najwyraźniej w grę weszły emocje, jakie wzbudza łączenie podmiotowości *nasciturusa* ze sporami o karalność aborcji. O wszystkim tym nadmieniam, gdyż praca włoskiego romanisty wpisuje się w żywe dyskusje, prowadzone współcześnie także wśród polskich badaczy prawa rzymskiego: dyskusje, które swym oddziaływaniem znacznie przekraczają wąskie grono uczonych jednej z dyscyplin nauk prawnych.

Obaw o ich podgrzanie, a może nawet polityzację, nie wyzbył się P. Niczyporuk. Zachował przesadną ostrożność w formułowaniu wniosków badawczych. Złożył na wstępie dziwne oświadczenie, że aborcja „znajduje się poza głównym nurtem zainteresowa-

nia”⁵. W sumie w jego książce najodważniejszy okazał się tytuł: „Prywatnoprawna ochrona dziecka poczętego w prawie rzymskim”, sformułowany bez wątpienia w bardzo współczesnym języku *pro life*. Całą zresztą rozprawę cechują wypowiedzi pełne szacunku wobec życia, choć pisząc „dziecko poczęte” w miejsce innych, odpersonalizowanych określeń P. Niczyporuk odnotował dość już powszechne na szczęście osiągnięcie ostatnich lat. Jego praca wpisala się w tendencję – widoczną i w potocznym rozumieniu zagadnienia, i w literaturze przedmiotu – założonego z góry łączenia kwestii podmiotowości *nasciturusa* ze sprzeciwem wobec aborcji. Dlatego wywody sprawiają wrażenie, jakby nie dopuszczał opcji, w której za przyznawaniem podmiotowości nie pójdzie ochrona. Nie udało się pokazać zniuansowanego zakresu przyznawania podmiotowości – owej „ograniczonej podmiotowości prawnej” oraz tego, jak dyktowały go względy praktyczne i użyteczność poszczególnych uregulowań – zupełnie przeciw bez pretencji do wprowadzania rozwiązań systemowych. Żeby poprzestać na jednym przykładzie: o statusie prawnym Rzymianina, który urodził się w małżeństwie, decydował moment poczęcia, dziecka zaś pozamałżeńskiego – dopiero chwila przyjścia na świat⁶. Mentalności Rzymian obce były absolutyzacje: stawały w niezgodzie z ich dyscypliną myślenia, kulturą intelektualną oraz prawniczymi intuicjami. Głównie z tego wynikała nieprzystawalność do ich wyobrażeń współczesnej kategorii podmiotowości prawnej. To powoduje, że bardzo trudno na podstawie rzymskich źródeł przekonywać o uznaniu dziecka poczętego za pełnoprawnego człowieka. Z pewnością Rzymianie nie udawali, iż nie dostrzegają w *nasciturus* istoty ludzkiej, tyle że z samym byciem nią niewiele się w Rzymie wiązało. Niestety P. Niczyporuk wyłączył z zakresu swych badań oddziaływanie doktryny chrześcijańskiej, a w związku z tym i rzymskie prawo poklasyczne – ze znacznym uszczerbkiem dla kompletności podjętych badań. Zupełności jego badań służyłoby uwzględnienie pisarzy wczesnochrześcijańskich. Powinien też

3 P. Niczyporuk, *Prywatnoprawna ochrona dziecka poczętego w prawie rzymskim*, Białystok 2009.

4 *Rozmowy w Redakcji. Z Profesorem Witoldem Wołodkiewiczem rozmawia Wojciech Dajczak*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2010, t. 62, z. 1, s. 379: „Dość często spotykałem się z zarzutem, iż nie umieściliśmy na gmachu Sądu Najwyższego reguły *nasciturus pro iam nato habetur quotiens de commodis eius agitur*. Gdyby ją umieścić w całości, byłaby za długa”.

5 P. Niczyporuk, *Prywatnoprawna ochrona...*, s. 26.

6 Rzymskie źródła wskazują tu A. Tarwacka, *Recenzja* (Piotr Niczyporuk, *Prywatnoprawna ochrona dziecka poczętego w prawie rzymskim*, Białystok 2009), „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2010, t. 62, z. 2, s. 452.

zastanowić się nad włączeniem do swych rozważań kwestii porzucania noworodków. Wydaje się ono funkcjonalnym odpowiednikiem współczesnej aborcji, która przy ówczesnym stanie wiedzy medycznej i dostępności środków technicznych była jeszcze bardziej ryzykowna dla życia i zdrowia kobiety niż obecnie. Gdy chrześcijanie podkreślali, co ich od pogan odróżniało, wskazywali na nieporzucanie noworodków. Ze względów emocjonalnych i fizjologicznych porzucenie jest trudniejsze, lecz bezpieczniejsze zdrowotnie, a przede wszystkim daje dziecku szansę przeżycia.

Studzeniu emocji może posłużyć przypomnienie, że istnieje kilka płaszczyzn rozważań: polityczna, prawna, moralna. Oddziałują one na siebie, ale przyjmowane w nich rozwiązania mogą się poważnie różnić. Stanowią bowiem wyraz pluralizmu przekonań i na niektórych płaszczyznach wynik kompromisu. Doświadczenie prawa rzymskiego wsparte badaniami komparatystycznymi pozwala wyróżniać kolejne kręgi, w których dyskutuje się i przyjmuje dane rozwiązania prawne. Pierwszy z nich stanowi prawo spadkowe, gdzie podmiotowość prawna dziecka poczętego jest powszechnie akceptowaną zasadą. Drugi krąg tworzy przyznanie podmiotowości w całym prawie cywilnym lub przynajmniej uznawanie jej w kilku jego gałęziach, np. także w prawie deliktów. Trzeci krąg wyznacza decyzja prawodawcy co do zakazu albo dopuszczalności aborcji, bądź jedynie wyłączenia karalności niektórych jej przypadków. Dopiero w czwartym kręgu pojawia się postulat objęcia dziecka poczętego taką ochroną, jaką cieszy się każdy inny człowiek. Wtedy bowiem wyciąga się wnioski – między innymi z doświadczenia prawnego – kim jest człowiek i że *nasciturus* też jest człowiekiem. Wskazane cztery kręgi mogą być przez prawników lub prawodawców traktowane rozłącznie, tak że w danym porządku przyjmuje się np. tylko pierwszą i trzecią perspektywę. Rozłączanie wskazanych kręgów „może spotkać się z zarzutem niekonsekwencji, jest wszelako faktem w porządkach prawnych. Gdy chodzi o konkretne regulacje, jest to kwestia wręcz techniczna. Problem powstaje wtedy, gdy pada pytanie o zasady prawa, a staje się jeszcze poważniejszy, gdy trzeba wskazać wartości przez prawo realizowane”⁷.

7 F. Longchamps de Bérier, *Podmiot prawa między Rzymem a Jerolimą* (w:) F. Longchamps de Bérier, R. Sarkowicz, M. Szpunar

Praca *Per un'indagine sul principio 'conceptus pro iam nato habetur'* wpisuje się w dyskusję prowadzone także w Polsce, a znacznie wykraczające swym oddziaływaniem poza sferę badań prawa rzymskiego. Włoski romanista jest od pewnych polemik wolny, gdyż art. 1 ust. 2 kodeksu cywilnego Italii przyznaje dziecku poczętemu podmiotowość prawną. E. Bianchi posługuje się nieco inaczej brzmiącym łacińskim sformułowaniem „poczęty jest brany za już urodzonego” – *conceptus pro iam nato habetur*. Jeśliby więc umieszczenie na kolumnadzie zależało tylko od długości, wzięto by z pewnością tę wersję paremii. Obok powszechnie w naszej literaturze używanego imiesłowu czasu przyszłego *nasciturus*, a więc dosłownie „ten, który ma się urodzić”, na określenie dziecka poczętego używa się również rzeczownika IV deklinacji *conceptus*, czyli poczęty, lub opisowego wyrażenia *nondum natus* – jeszcze nie urodzony. Autor rozpoczyna rozważania w sposób typowy dla romanistyki. Wychodzi od brzmienia samego sformułowania *conceptus pro iam nato habetur*. Odnotowując jako fakt to potoczne łacińskie stwierdzenie, przytacza opinie na temat jego związku z rozwiązaniami prawnymi: niektórzy uważają, że powstało zupełnie niedawno, inni, że sformułowanie sięga korzeniami epoki pojustyniańskiej. We wszelkich poważniejszych zakazach przerywania ciąży autor upatruje chrześcijańskie wpływy. Nie wiąże podmiotowości nienarodzonego z represją wobec aborcji. Wydaje się sugerować, że łączenie tych kwestii będzie niepotrzebnie zaciemniać obraz badawczy. Rozpoczyna od stwierdzenia, że panuje w zasadzie zgoda, iż maksyma *conceptus pro iam nato habetur* podsumowuje doświadczenie prawa rzymskiego, a w szczególności cały kontekst spadkowy. I jest przekonany, że paremia sięga korzeniami Rzymu prawa archaicznego. Taki pogląd wyraził już onego czasu Ubaldo Robbe⁸, jednak w opinii E. Bianchiego twierdzenie to oparł on nie na źródłach, lecz na błędzie *petitio principii*. Zainteresowanie najdawniejszym okresem historii prawa rzymskiego po pierwsze

(red.), *'Consul est iuris et patriae defensor'*. Księga pamiątkowa dedykowana doktorowi Andrzejowi Kremerowi, Warszawa 2012, s. 122.

8 U. Robbe, *I postumi nella successione testamentaria romana*, Milano 1937, s. 31 i n.

zwolniło autora od badań literatury chrześcijańskiej, po drugie zaś uzasadniło pominięcie kwestii związanych z aborcją.

Struktura książki E. Bianchiego jest niejednolita. Autor poświęcił aż cztery siódme jej objętości prawnospadkowej pozycji pogrobowców. Rozdział drugi, który ma przeszło 200 stron i został zatytułowany „W poszukiwaniu *postumi* między *sui heredes a sui*”, stanowi właściwie autonomiczne opracowanie, strukturalnie obudowane dwoma krótszymi. Jednak rozdział pierwszy „Znaczenie poczęcia w epoce archaicznej” to nie tylko wprowadzenie do rozważań o pogrobowcach. Analizuje się w nim wszystkie inne poszlaki prowadzące do wniosku, iż Rzymianie znów okazali się wielkimi realistami. Od najdawniejszych czasów nie zatrzymywali się na momencie narodzenia, aby odrzucić możliwość podmiotowego postrzegania w prawie dziecka poczętego. W zgoła innej tradycji żyli Germanie, dla których nienarodzony jeszcze dla prawa nie istniał. Miał szansę stać się podmiotem prawa dopiero z chwilą urodzenia. Nie było to wszelako jedyne ograniczenie, które każe oceniać germańską tradycję prawną jako znacznie mniej bogatą, użyteczną i produktywną niż rzymska⁹. Trzeci rozdział jest pogłębionym studium źródłowym pt. „*In rerum natura* oraz *in humanis rebus*. Niedoceniane przeciwstawienie?”. Autor zastanawia się w nim, czy zasady stworzone w prawie archaicznym są zauważalne potem w sposobie postrzegania przez Rzymian małżeńskiego pochodzenia dziecka poczętego, które rodzi się po śmierci ojca. Wyrażenie *in rerum natura*, użyte w stosunku do nienarodzonego, miałyby stwierdzać istnienie prawne, ale też fizyczne i fizjologiczne, które to pierwsze z nich zakłada. Natomiast wyrażenie *in rebus humanis* ma podkreślać niekompletność, niedokonanie. Zdaniem włoskiego romanisty, ale nieco inaczej niż *communis opinio*¹⁰, źródła wskazują, iż poczęty jest *in rerum natura*, lecz nie *in rebus humanis*. Miałyby to w praktyce oznaczać, że cieszy się ochroną prawną, tak jakby był *in rebus humanis*. Wnioski trze-

ciego rozdziału czyni E. Bianchi podsumowaniem całej książki. Chyba niesłusznie, gdyż najciekawsze wydają się rozważania rozdziału pierwszego.

Książkę tworzą trzy powiązane ze sobą opracowania. Ukierunkowano je na prawo archaiczne. Z tych dwóch powodów cała praca jest – zgodnie zresztą z tytułem – przyczynkiem do badań nad zasadą *conceptus pro iam nato habetur*. W założeniu więc nie aspiruje do całościowego przedstawienia zagadnień prawnych, jakie mogą się wiązać z faktem poczęcia człowieka. Gdy więc pytamy o spektrum poruszanych zagadnień, praca P. Niczyporuka zdaje się bogatsza, choćby o analizy dotyczące pieczy prawnej nad nienarodzonym (*cura ventris*). Obu autorów łączy zaś eksponowanie badania sytuacji prawnej pogrobowców w prawie antycznym, choć takim studium trudno zainteresować szersze audytorium prawnicze. Zresztą za najciekawszy, nawet nowatorski, ale i kontrolerski uważam rozdział pierwszy. Być może myśli z nim związane doprowadziły do powstania książki, a przynajmniej do nadania jej nośnego tytułu i ukierunkowania – nie na kwestie dotyczące pogrobowców, które w istocie są dość niszowe, lecz na zagadnienie prawej doniosłości poczęcia. Jeśli jednak dla autora najważniejsze okazałyby się długie rozważania o pogrobowcach (*postumi*), trzeba uznać, że książka pokazuje instrukcyjny zabieg, jak zbudować kontekst przedstawienia własnych badań – nawet jeśli nie da się nimi zainteresować, a o ich wynikach chce się informować szerszą publiczność.

Pierwszy rozdział rozpoczyna się od uwag wzywających do ostrożności: na płaszczyźnie językowej brakuje terminu, na dogmatycznej zaś koncepcji, która odpowiadałaby współczesnej „zdolności prawnej”. Trudno posługiwać się tą koncepcją w odniesieniu zwłaszcza do epoki archaicznej Wiecznego Miasta. Z drugiej wszakże strony trzeba pamiętać, że my nie mamy odpowiednika rzymskiej *capitis deminutio*. Potrzeba przeto wiele pokory badawczej – jak zwykle. E. Bianchi wierzy, że daje się dotrzeć do rzymskiego prawa archaicznego, i to nawet z epoki przed decemwirami, którzy ogłosili ustawę XII tablic w latach 451–450 przed Chr. Jest przekonany, że dzięki najdawniejszym mitom i rytom daje się wejrzeć nawet w czasy przedmiejskie i przedobywatelskie w Rzymie. Wskazuje na Lemuria, ofiary roślinne o znaczeniu płodów i inne rytuały religijne. Dla historyka prawa

⁹ W. Dajczak, F. Longchamps de Brier, *Prawo rzymskie w czasach dekodyfikacji*, „Forum Prawnicze” 2012, nr 2(10), s. 14.

¹⁰ Z pewnością przeciwstawienie *in rerum natura* oraz *in humanis rebus* nie jest niedoceniane przez P. Niczyporuka, por. *Prywatnoprawna ochrona...*, s. 71; A. Tarwacka, *Recenzja*, s. 452.

oczywisty jest związek początków prawa z religią. Autor powraca do dawniejszej tradycji studiów nad prawem rzymskim, doceniającej szerokie spojrzenie, które uwzględnia rzymską religię. W tym kontekście E. Bianchi dyskutuje znaczenie ustawy zwanej królewską, która od niepamiętnych czasów zakazywała grzebania kobiety ciężarnej bez uprzedniego otwarcia jej łona. Analizuje nakaz zachowania przez 10 miesięcy żałoby po zmarłym mężu. Nie chodzi mu tylko o wymóg ostrożności oraz ewidentnie zastępczą i symboliczną ofiarę z ciężarnej krowy, gdyby wdowa go nie zachowała. Zdaniem włoskiego romanisty 10 miesięcy służyło pierwotnie nie tyle pewności co do ojcostwa, lecz interesom ojca, rozumianym w tamtych czasach swoiście. Oto bowiem w dziecku, które jest w łonie żony, dostrzega się ideę kontynuacji zmarłego: przetrwanie ojca, jego osoby w potomstwie¹¹. Wątek ten rozwija autor, przytaczając jeden z przepisów ustawy XII tablic – T. 4,4. Głosi on, że dziecko urodzone po upływie 10 miesięcy od śmierci męża nie będzie miało prawa do dziedziczenia. Regulacja sięgać ma najdawniejszego prawa czasów królewskich – przynajmniej sami Rzymianie uważali ją za głęboko zakorzoną w swej tradycji prawnej. Wskazany wyżej przepis ustawy XII tablic stanowi, zdaniem

E. Bianchiego, szczególnie wymowne świadectwo dostrzegania, od zarania Miasta, prawnego znaczenia początku życia, za który niekoniecznie trzeba uważać dopiero urodzenie.

Inny był wtedy świat, inaczej postrzegany człowiek. Pozwala to wszelako – przy wszystkich współczesnych zastrzeżeniach co do komunikatywności posługiwania się terminem „osoba” – docenić realizm Rzymian, w pełni świadomych i dostrzegających również w prawie, że poczęty i nienarodzony jest jednostką ludzką: „indywiduum”, co logicznie poprzedza koncepcję „osoby”. Objęcie go prawną ochroną to odrębna kwestia, choć ważna i warta zastanowienia. Wnioski z badań nad najdawniejszymi rzymskimi czasami wydają się jednak prowadzić ku konkretnym ustaleniom, ważnym dla antropologii. Chodzi więc nie tylko o fakt zaistnienia ludzkiego życia z momentem poczęcia, gdyż to oczywiste, ale o postrzeganie tego faktu przez społeczeństwo. Stąd cztery kręgi, o których była mowa, zaczynają się na płaszczyźnie prawnej układać w zgoła innej kolejności. Skoro *nasciturus* też jest człowiekiem, w centrum znajdzie się postulat objęcia dziecka poczętego taką ochroną, jaką cieszy się każdy inny byt ludzki. Postulat wskazuje prawodawcy, iż należy się przynajmniej zastanowić nad zakazaniem aborcji lub wyłączeniem karalności tylko niektórych jej przypadków. Dalszą kwestią jest przyznanie podmiotowości dziecku poczętemu w całym prawie cywilnym, a więc i w prawie spadkowym. Tak tedy dzięki książce E. Bianchiego widać, że badania nawet nad archaicznym prawem rzymskim przynoszą historyczne, a w istocie antropologiczne inspiracje dla dzisiejszych sporów o prawo.

¹¹ Koncepcja ta jest zupełnie niezależnie znana wczesnym czasem Starego Testamentu. Zanim na dobre w Izraelu ugruntowała się koncepcja nieśmiertelności, nadzieje związane z przyjściem Mesjasza wymagały wstępowania w związek małżeński i dochowania się potomstwa. Ono czy jego następcy może doczekają przyjścia pomazańca Bożego, a w ten sposób w nich doczekają go ci, którzy wcześniej zmarli.