

**CONSUL EST IURIS
ET PATRIAE DEFENSOR**



CONSUL EST IURIS ET PATRIAE DEFENSOR

Księga pamiątkowa dedykowana
doktorowi Andrzejowi Kremerowi

pod redakcją
Franciszka Longchamps de Bérrier,
Ryszarda Sarkowicza
i Macieja Szpunara

Warszawa 2012

Wydawca:
Ministerstwo Spraw Zagranicznych RP

Koordynator projektu:
Justyna Lewańska

Współpraca:
Jacek Ożóg

Copyright © Warszawa 2012
Franciszek Longchamps de Bérrier
Ryszard Sarkowicz
Maciej Szpunar
i autorzy poszczególnych artykułów

ISBN 978-83-60943-58-8

Wydanie I

Skład i łamanie:
Tomasz Lebioda/www.tlebioda.eu

WSTĘP

Wielkość człowieka mierzona jest jego zdolnością do kształtowania otaczającej go rzeczywistości. Osoby, które to potrafią, uważane są za kreatorów, wizjonerów, porywających innych swoim entuzjazmem i zapałem. Do takich ludzi należał Andrzej Kremer, naukowiec, dyplomata i urzędnik, zmarły tragicznie w katastrofie smoleńskiej w 2010 roku.

Urodził się 8 sierpnia 1961 roku w Krakowie, w rodzinie nauczycieli historii. Rodzice wpoili mu najważniejsze, ponadczasowe wartości: uczciwość, patriotyzm, szacunek dla drugiego człowieka. Atmosfera domu rodzinnego miała też wpływ na jego wybory życiowe: studia prawnicze, aplikację radcowską i pracę w Katedrze Prawa Rzymskiego Uniwersytetu Jagiellońskiego. Gdy nadszedł pamiętny rok 1989, Andrzej Kremer podjął pracę w odradzającej się polskiej dyplomacji. Wiedział, że uczestniczy w budowaniu nowego państwa. Przez wiele lat współkształtował polską służbę konsularną. Był między innymi dyrektorem Departamentu Konsularnego i Konsulem Generalnym RP w Hamburgu. Przyczynił się do wypracowania jej nowej wizji w momencie, gdy nasz kraj ponownie otwierał się na świat.

Jako dyrektor Departamentu Prawno-Traktatowego Andrzej Kremer czuwał nad zawieraniem umów międzynarodowych, udziałem Polski w pracach międzynarodowych organizacji oraz restytucją dóbr kultury. Po objęciu funkcji podsekretarza stanu w 2008 r. nadzorował obszary kluczowe dla polskiej polityki zagranicznej: sprawy konsularne, prawno-traktatowe oraz politykę wschodnią. Andrzej Kremer był współpracownikiem bardzo wymagającym, a równocześnie życzliwym i pomocnym. Jego wiedza i doświadczenie, którymi tak chętnie się dzielił były niezwykle cenne. Nieraz mogłem się przekonać o tym osobiście.

Obok pracy najważniejsza była dla niego rodzina: żona Maria i synowie Jakub, Maciej i Jan. Starał się spędzać z nimi każdą wolną chwilę w rodzinnym Krakowie. Lubił aktywny wypoczynek, w młodości był dobrze zapowiadającym się lekkoatletą. Był miłośnikiem kultury, czemu sprzyjały jego liczne podróże. Dużo czytał: zarówno pozycje fachowe, jak i literaturę piękną. Uwielbiał teatr i film: w czasach studenckich uczestniczył w Krakowskim Festiwalu Filmów Krótkometrażowych.

Życie Andrzeja Kremera zasługuje na utrwalenie w pamięci. Wierzę, że przyczyni się do tego niniejsza Księga Pamiątkowa, przygotowana przez Ministerstwo Spraw Zagranicznych wspólnie z Wydziałem Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego. Poświęcona jest ona obszarom szczególnie bliskim Andrzejowi: prawu rzymskiemu i prawu międzynarodowemu publicznemu. Zawiera także notki wspomnieniowe jego przyjaciół i najbliższych współpracowników.

Redakcji naukowej tomu podjęli się ks. Franciszek Longchamps de Brier, Ryszard Sarkowicz i Maciej Szpunar. Pomógł im w tym entuzjazm wobec przedsięwzięcia ze strony środowisk akademickich.

Dziękując uczynom za tę niezwykłą publikację, jestem przekonany, iż droga życiowa Andrzeja Kremera będzie wzorem dla obecnych i przyszłych pokoleń.

RADOSŁAW SIKORSKI
MINISTER SPRAW ZAGRANICZNYCH

Wykaz publikacji Andrzeja Kremiera (opracowała Paulina Świąćicka)

1. PRAWO RZYMSKIE I TRADYCJA ROMANISTYCZNA

Z dziejów Katedry prawa rzymskiego Akademii Krakowskiej w XVI w., ZNUJ Prace Prawnicze 125 (1989) 51-64;

Z dziejów Katedry prawa rzymskiego Akademii Krakowskiej w XVII w., 41 CPH 2 (1989) 53-67;

Titus Aristos Ansichten im Bereich der ungenannten Kontrakte, Archivum Iuridicum Cracoviense 24-25 (1991) 51-65;

Die Verhältnisse 'do ut facias' und 'facio ut des' als ausgewählte Beispiele der Innominatkontrakte in klassischen römischen Recht, w: *Au-delà des frontières. Mélanges de droit romain offerts à Witold Wołodkiewicz*, t. 1, red. M. Zabłocka, Warszawa 2000, 409-428;

Wybrane zagadnienia 'aestimatum' w prawie klasycznym, w: *Profesorowi Janowi Kodreńskiemu in memoriam*, red. A. Pikulska-Robaszkiewicz, Łódź 2000, 145-168;

Die Anfänge der unbenannten Verträge in Gutachten der Juristen in klassischen römischen Recht, w: *Roman Law as formative of Modern Legal system. Studies in Honour of Wiesław Litewski*, red. J. Söndel, J. Reszczyński, P. Ścislicki, Kraków 2003, 265-273;

Decisiones... 'von Pedro Ruiz de Moros ein Beispiel der juristischen Literatur in Polen des 16. Jahrhunderts, w: *UT MAGIS LEGES SAPERE. Studia i prace dedykowane Profesorowi Januszowi Söndlowi w pięćdziesiątą rocznicę pracy naukowej*, red. W. URUSZCZAK, P. ŚWIAĆICKA, A. KREMER, Kraków 2008, 207-220;

'Pro Patria et scientia vivere'. 50 lat pracy naukowej Profesora Janusza Söndla, w: *'Ut magis leg es sapere'. Studia i prace dedykowane Profesorowi Januszowi Söndlowi*

w pięćdziesiątą rocznicę pracy naukowej, red. W. URUSZCZAK, P. ŚWIECICKA, A. KREMER, Kraków 2008, 17-33 (współautorstwo z W. Uruszcakiem i P. Świecicką);

Pedro Ruiz de Moros jako profesor prawa Rzymskiego Akademii Krakowskiej, w: 'Vetera Novis Augere'. *Studia i prace dedykowane Profesorowi Wacławowi Uruszcakowi*, red. S. GRODZISKI, D. MALEC, A. KARABOWICZ, M. STRUS, t. 1, Kraków 2009, 479-490.

2. PRAWO MIĘDZYNARODOWE I KONSULARNE

Niektóre aspekty realizacji Traktatu pomiędzy Rzeczypospolitą Polską a Republiką Federalną Niemiec z dnia 17 czerwca 1991 r., w: *Polacy i Niemcy. Płaszczyzny i drogi normalizacji. Bilans pierwszego pięciolecia. Materiały z sesji naukowej odbytej w dniach 5-6 grudnia 1996 r. w Opolu*, red. M. LIS, A. TRZCIELIŃSKA-POLUS, Opole 1997, 23-28;

Polen auf dem Weg in UE, „Braunschweiger Zeitung” czerwiec 2004 r.;

Wstęp do: P. CZUBIK, M. KOWALSKI, *Konsul honorowy. Studium Prawnomiędzynarodowe*, Kraków 1999, 11-12;

Zawarcie związku małżeńskiego przed konsulem (wybrane zagadnienia), 7 Zeszyty Prawnicze UKSW 1 (2007) 177-194;

Tworzenie, studiowanie i rozpowszechnianie prawa międzynarodowego. The Elaboration, Study and Dissemination of International Law. Dokumenty Komisji Prawa Międzynarodowego i Komisji NZ ds. Międzynarodowego Prawa Handlowego nr 6, wrzesień 2007, Warszawa 2007, wstęp 5-11, dokumenty 13-34;

Aspekty prawne negocjacji podczas Konferencji Międzyrządowej 2007 ze szczególnym uwzględnieniem udziału Polski, w: *Traktat z Lizbony*, red. J. BARCZ, Warszawa 2008, 22-52;

Basic Principles for the Settlement of the Conflicts on the Territories of the GUAM States, w: *Materiały z Konferencji zorganizowanej przez Ministerstwo Spraw Zagranicznych Republiki Azerbejdżańskiej*, Baku 2008;

Opieka dyplomatyczna i konsularna nad turystą – wybrane aspekty, w: *Turystyka a prawo. Aktualne problemy legislacyjne i konstrukcyjne*, red. P. CYBULA, P. RACIBORSKI, Sucha Beskidzka-Kraków 2008, 293-305;

Wstęp do: *I Raport o implementacji i upowszechnianiu międzynarodowego prawa humanitarnego w Rzeczypospolitej Polskiej, 22 maja 2009 r.*, Warszawa 2009 = *1st Report on the Implementation and Dissemination of the International Humanitarian Law in the Republic of Poland. 22 may 2009*;

Prawno-międzynarodowe znaczenie Globalnego Kodeksu Etyki w Turystyce, w: *Transformacja prawa turystycznego*, red. P. CYBULA, Kraków 2009, 19-26;

3. INNE

Sytuacja społeczna i kulturalna mniejszości polskiej w Niemczech, w: *Polacy w Niemczech. Materiały z sesji naukowej zorganizowanej w Mülheim/Ruhr w dniach 20-22 września 1995 r.*, red. M. LIS, Opole 1996, 73-80;

Warschauer Austand 1944, Hamburger Abendblatt 1.08.2004, 2;

4. RECENZJE, SPRAWOZDANIA, KOMUNIKATY, REDAKCJE

Sprawozdanie: Międzynarodowe Kolokwium Historyczno-Prawne w Jabłonce, 38 CPH 2 (1986) 217-220;

rec. W. BOJARSKI, W. DAJCZAK, A. SOKAŁA, *Przewodnik do ćwiczeń z prawa rzymskiego*, Toruń 1990, ZSS 109 (1992) 742-744;

Sprawozdanie z prezentacji książki Das deutsches Sachenrecht in Polen, red. W. DAJCZAK, H. KNOTHE, w dniu 2 grudnia 2005 r. w KG RP w Hamburgu, 6 Zeszyty Prawnicze UKSW 2 (2006) 351-353;

Współredakcja: *'Ut magis leges sapere' . Studia i prace dedykowane Profesorowi Januszowi Sondłowi w pięćdziesiątą rocznicę pracy naukowej*, red. W. URUSZCZAK, P. ŚWIĘCICKA, A. KREMER, Kraków 2008, ss. 776.

Fictio legis Corneliae

Kilka uwag na temat powstania i treści rzymskiej fikcji prawnej

1. W roku 81 przed Chr. Lucjusz Korneliusz Sulla¹ chcąc przywrócić bezpieczeństwo i porządek publiczny w państwie rzymskim, zdecydował się na objęcie urzędu dyktatora *legibus scribendis et rei publicae constituendae*². Celem dyktatury było spisanie praw i uporządkowanie republiki³. Powstało kompleksowe prawodawstwo, blok tzw. *leges Corneliae*, regulujących rozmaite dziedziny życia publicznego. Składało się nań co najmniej 27 ustaw⁴, głównie dotyczących działalności kluczowych instytucji państwowych i ścigających najpoważniejsze przestępstwa karne⁵. Poniżej poczynionych zostanie kilka uwag na temat regulacji zupełnie szczególnej w dorobku Korneliusza Sulli, zawierającej w istocie rozwiązania prywatnoprawne w sferze swoiście rozumianych stosunków międzynarodowych, w jakich pozostawało państwo rzymskie. Chodzi tu o ustawę znaną pod nazwą *lex Cornelia de captivis*, pochodzącą prawdopodobnie z 81 lub 80 r. przed Chr.⁶

Odnosząc spektakularne zwycięstwo Sulla, jak na dobrego wodza przystało, musiał szybko i skutecznie zadbać o interesy swoich żołnierzy, którzy dzielnie towarzyszyli mu w dotychczas prowadzonych wojnach, także w wojnie domowej.

1. Lucjusz Korneliusz Sulla – znakomity dowódca i strateg wojskowy odniósł najpierw szereg liczących się zwycięstw w wojnach toczonych poza granicami państwa z Italikami oraz z państwami greckimi. Następnie, po zwycięskiej, ale wyczerpującej wojnie domowej, w której zwolennicy utrzymania ustroju republikańskiego rozprawili się z demokratami, opanował Rzym. Kraj był jednak nadal targany nieustannymi walkami, trudna sytuacja polityczna miażdżyć się, uległa zaostreniu. Na temat Sulli, zwłaszcza jego kariery wojennej, por. obszerną literaturę zestawioną w książce: K. AMIELAŃCZYK, *Lex Cornelia de sicariis et veneficiis. Ustawa Korneliusza Sulli przeciwko nożownikom i trucicielom (81 r. p.n.e.)*, Lublin 2011, 9 przyp. 1.

2. Stało się tak po części z powodu ogłoszenia list proskrypcyjnych. Kilka tysięcy osób, które się na nich znalazły czekała niechybna śmierć zadawana w nadzwyczajnym trybie. Każdy mógł proskrybowanego bezkarnie zabić i odebrać stosowną nagrodę. Majątki ofiar grabiono, nieruchomości wystawiano na sfinansowane licytacje, by zakupić je potem za bezcen (por. sprawę Roscjusza z Amerii). Śmierć osiągała już nie tylko tych, których z przyczyn politycznych na listach umieszczono, ale także ich rodziny i przyjaciół oraz osoby z konfliktem politycznym w ogóle nie związane. U podłoża takich działań najczęściej leżała zwykła żądza łatwego wzbogacenia się poprzez zagrabienie dóbr ziemskich osób już nieżyjących. Na temat politycznych aspektów burzliwych czasów sulliańskich istnieje obszerna literatura, por. zestawienie w: AMIELAŃCZYK, *Lex Cornelia* (wyżej przyp. 1) 24 przyp. 44.

3. Por. Cic. *S. Rosc.* 139; Plut. *Sulla* 38,7; App. 1,99,462; Sen. *clem.* 10,1.

4. Dokładna ich liczba nie może być podana, w każdym razie na temat 27 istnieją w przekazach źródłowych. Warto podkreślić, że wszystkie te ustawy były ustawami ludowymi, uchwalanymi na komicjach, co wskazuje na duże przywiązanie dyktatora do tradycji i na chęć jej przestrzegania – por. R. WITTMANN, *Res publica recuperata*, w: *Gedachtnisschrift für W. Kunkel*, Frankfurt a. M. 1984, 569.

5. Por. K. AMIELAŃCZYK, *Ustawodawstwo Korneliusza Sulli na rzecz restauracji republiki i zaprowadzenia porządku publicznego*, *Annales UMCS, Sectio G*, 38 (1991), *passim*.

6. G. ROTONDI, *Leges publicae populi Romani*, Hildesheim 1962, podążając tropem wypowiedzi Jawolena (D. 28,3,15 – Jawolen 4 *epist.*) nazywa ustawę odmiennie, niż przyjęło się to w literaturze – *lex Cornelia de confirmandis testamentis eorum qui in hostium potestate decessissent* – i datuje ją na rok 81 przed Chr.

Dyktator podjął w tym celu następujące działania: przeprowadził kolonizację na rzecz weteranów⁷, przekazując im w dowód zasług majątki ziemskie pochodzące ze skarbu państwa. Weteranów uwłaszczano w Italii, głównie w Etrurii, wykorzystując tereny zarekwirowane gminom italskim i osobom prywatnym podczas wojen z plemionami italskimi. Uwłaszczona w ten sposób wielotysięczna armia legionistów-weteranów miała stanowić dla Sulli wdzięczne i posłuszne zaplecze polityczne⁸.

Sulla zadbał o interesy wiernych mu żołnierzy także w inny sposób. Postanowił rozwiązać ustawowo problem tych, którzy dostali się w trakcie wojny w niewolę nieprzyjacielską i tam zmarli nie odzyskawszy wolności. Osoby takie na skutek *capitis deminutio maxima* traciły swoje majątki ziemskie i inne dobra, które z braku prawnych dziedziców mogły także wpaść w okresie powojennego rozgardiaszu w niepowołane ręce⁹. Zgodnie z nowym prawem majątki zmarłych miały przypaść ich dziedzicom testamentowym. Instytucja znana pod nazwą *fictio legis Corneliae* przywodzi dalekie skojarzenia z racjami leżącymi u podstaw współczesnych przepisów międzynarodowego prawa prywatnego. Tu interesować nas będzie jej zaledwie jeden aspekt, mianowicie pytanie, czy przepis prawny zawarty w ustawie Sulli miał charakter współcześnie rozumianej fikcji prawnej.

Popadnięcie w nieprzyjacielską niewolę wojenną było źródłem powstania niewoli według rzymskiego „prawa międzynarodowego” (*ius gentium*), które miało zastosowanie także wobec obywateli rzymskich. Jeśli obywatel rzymski wrócił z niewoli, wtedy działało *ius postliminii*¹⁰, dzięki któremu odzyskiwał wszystkie prawa, jakie mu przysługiwały przed utratą wolności. Zachowywał ciągłość władzy ojcowskiej, opieki, odzyskiwał prawa majątkowe. Nie odżywały jednak instytucje oparte na stanach faktycznych: posiadanie i małżeństwo¹¹. Z powyższym „prawem powrotu”, zwanym precyzyjnie *postliminium in bello* zrównano z czasem *postliminium in pace*, które związane było z sytuacją, gdy

7. Na temat kolonizacji weteranów przeprowadzonej przez Sulę, z podaniem różnej ich liczby ostatnio: K. BRINGMANN, *Historia republiki rzymskiej od początków do czasów Augusta*, Poznań 2010, 249 (70 – 80 tysięcy); M. JACZYŃSKA, M. PAWLAK, *Starożytny Rzym*, Warszawa 2011, 118 (120 tysięcy).

8. M. JACZYŃSKA, *Historia starożytnego Rzymu*, Warszawa 1986, 165; T. ŁOPOZKO, *Historia społeczna republikańskiego Rzymu*, Warszawa 1987, 277 nn. Ponadto dziesięciu tysiącom niewolników, głównie tym należącym do osób proskrybowanych, nadał wolność i własne imię rodowe *Cornelii*, tworząc z nich wierną i posłuszną gwardię. Oczywiście, działania te miały wzmocnić dodatkowo pozycję Sulli wśród wiernych mu towarzyszy i zapewnić ochronę w trakcie sprawowania urzędu.

9. G. 1,159: *Est autem capitis deminutio prioris status permutatio: Eaque tribus modis accidit: Nam aut maxima est capitis deminutio aut minor, quam quidam mediam vocant, aut minima. 160. Maxima est capitis deminutio, cum aliquis simul et civitatem et libertatem amittit; quae accidit incensis, qui ex forma censuali venire iubentur: Quod ius, qui contra eam legem in urbe Roma domicilium habuerint; item feminae, quae ex senatus consulto Claudiano ancillae fiunt eorum dominorum, quibus invititis et denuntiantibus cum servis eorum coierint.*

10. *Limen* (łac. „próg”), *postliminium* („powrót za próg”).

11. G. 1,129: *Quod si ab hostibus captus fuerit parens, quamvis servus hostium fiat, tamen pendet ius liberorum propter ius postliminii, quo bi, qui ab hostibus capti sunt, si reuersi fuerint, omnia pristina iura recipiunt; itaque reuersus habebit liberos in potestate: si uero illic mortuus sit, erunt quidem liberi sui iuris; sed utrum ex hoc tempore, quo mortuus est apud hostes parens, an ex illo, quo ab hostibus captus est, dubitari potest. ipse quoque filius neposue si ab hostibus captus fuerit, similiter dicemus propter ius postliminii potestatem quoque parentis in suspensio esse.*

Rzymianin dostał się do niewoli w państwie, z którym akurat nie prowadzono wojny¹².

Co jednak się działo, jeśli rzymski obywatel trafił do nieprzyjacielskiej niewoli i w niej zmarł? *Capitis deminutio maxima* pozbawiała go już od chwili popadnięcia w niewolę osobowości prawnej wyrażanej przez jego pozycję w ramach *status libertatis* i *status civitatis*. Pozbawiała go w szczególności należnej obywatelom *testamenti factio activa*. Proste rozumowanie prowadzi do wniosku, że skoro Rzymianin umarł jako niewolnik, to żadne rozporządzenie testamentowe, ani to dokonane w trakcie trwania niewoli (testament nieważny), ani to dokonane przed popadnięciem w niewolę (testament wprawdzie ważny, ale nieskuteczny) nie pozwoliłoby jego dziedzicom na prawne objęcie spadku. Także dziedziczenie beztestamentowe nie mogłoby dojść do skutku, bo z chwilą utraty wolności *captivus* tracił swoje prawa majątkowe, które „odżyłyby” jedynie w sytuacji gdyby udało mu się uwolnić i powrócić do kraju (*ius postliminii*)¹³.

Tekst *legis Corneliae de captivis* nie zachował się do naszych czasów. Jedno wszakże jest pewne, że ustawa zawierała rozwiązanie dla żołnierzy korzystne, sprowadzające się do umożliwienia dziedziczenia testamentowego po nich, jeśli zmarli w niewoli. Powszechnie przyjmuje się, że zawierała ona fikcję prawną, która to dziedziczenie umożliwia¹⁴.

2. Dość liczne źródła prawnicze potwierdzają zasługi Sulli i wskazują wyraźnie na wprowadzenie do ustawy mechanizmu fikcji prawnej. Pojawiają się jednak w związku z tym pewne wątpliwości. Przede wszystkim wydaje się być interesujące, aby przyrzeć się tym źródłom w poszukiwaniu odpowiedzi na pytanie, czy mamy do czynienia z fikcją prawną we współczesnym tego słowa znaczeniu? Równie ważnym celem analizy źródłowej byłoby udzielenie odpowiedzi na pytanie: czego dokładnie przedmiotowa Sullańska fikcja miałyby dotyczyć? W postawieniu właściwych wniosków pomóc może przegląd opinii czterech znamienitych jurystów klasycznych: Ulpiana, Paulusa, Juliana i Papiniana, najczęściej nawiązujących wprost do instytucji *fictio legis Corneliae*.

12. Por. W. LITEWSKI, *Rzymskie prawo prywatne*, Warszawa 1990, 126. Szerzej na temat *postliminium in pace* por. F. BONA, *Postliminium in pace*, SDHI 21 (1955) 249 nn.

13. Siegającą XIX wieku (od 1872 r.) i bardzo obszerną (około 30 pozycji) literaturę na temat *postliminium* i *capitis deminutio* zestawila M.V. SANNA, *Capitis deminutio e captivitas*, *Diritto@Storia* 6 (2007) - *Tradizione Romana*, przyp. 1. Por. ponadto: H. KRELLER, *Juristenarbeit am postliminium*, ZSS 69 (1952) 172 nn; H. KORNHARDT, 'Postliminium' in *republikanischer Zeit*, SDHI 19 (1953) 17 nn; F. DE VISSCHER, *Droit de capture et Postliminium in pace*, RIDA 3 (1956) 197 nn; A. MAFFI, *Ricerche sul postliminium*, Milano 1992; H. STIEGLER, *Et partui postliminium datur*, w: *Ars boni et equi. Festschrift für Wolfgang Waldstein*, Stuttgart 1993, 331 nn; A. GUARINO, *Giavoleno e il 'ius postliminii'*, Napoli 1994; M.F. CURSI, *La struttura del 'postliminium' nella repubblica e nel principato*, Napoli 1996.

14. Por. E. BALOGH, *Der Urheber und das Alter der fiktion des Cornelischen Gesetzes*, w: *Studi Bonfante*, t. 4, Milano 1930, 623 nn; H.J. WOLFF, *The lex Cornelia de captivis and the roman law of succession*, TR 17 (1941) 136 nn. *Fictio legis Corneliae* poświęcona została częściowo praca E. BIANCHI, *Fictio iuris. Ricerche sulla fizione in diritto romano dal periodo arcaico all'epoca augustea*, Padova 1997, 352 nn. Informacji na temat tej instytucji w mniejszym lub większym zakresie dostarczają także liczne publikacje dotyczące problematyki *capitis deminutio*, *ius postliminii*, niewoli nieprzyjacielskiej i relacji prawnych Rzymian z sąsiadami (*ius gentium*). Por. wykaz literatury w: SANNA, *Capitis deminutio* (wyżej przyp. 13).

A) Ulpian

UE. 23, 5:

Si is, qui testamentum fecit, ab hostibus captus sit, testamentum eius valet, si quidem reversus fuerit, iure postliminii; si vero ibi decesserit, ex lege Cornelia, quae perinde successionem eius confirmat, atque si in civitate decessisset.

Z pierwszego tekstu pochodzącego z tytułu *Quemadmodum testamenta rumpuntur* dzieła *Tituli XXVIII ex Corpore Ulpiani* przypisywanego juryscie Ulpianowi wynika, że ustawa Sulli po pierwsze przewidywała ważność testamentu sporządzonego przez osobę, która dostała się do niewoli, a po drugie możliwość dziedziczenia z testamentu po osobie, która w tej niewoli zmarła. Fikcja ukryta została w ostatniej części zdania: *atque si in civitate decessisset*. *Civitas* znaczy zarówno „państwo” (zwłaszcza rzymskie), jak i stan obywatelstwa (rzymskiego)¹⁵. Ustawa zatem, według pierwszego tłumaczenia zapewniała dziedziczenie po zmarłym, tak jakby zmarł w państwie (rzymskim). Fikcyjnym byłoby więc przyjęcie, że śmierć nastąpiła w innym miejscu, niż w rzeczywistości (miejsce jest fikcyjne)¹⁶. Zgodnie z drugim, konkurencyjnym przekładem, fikcja zapewniała dziedziczenie po zmarłym, tak jakby znajdujący się w niewoli zmarł będąc obywatelem rzymskim. Śmierć spotkałaby zatem obywatela rzymskiego, a nie niewolnika. Fikcja dotyczyłaby stanu obywatelstwa (stan człowieka fikcyjny).

D. 38,16,1 pr. (Ulpianus 12 Sab.):

Intestati proprie appellantur, qui, cum possent testamentum facere, testati non sunt. Sed et is, qui testamentum fecit, si eius hereditas adita non est vel ruptum vel irritum est testamentum, intestatus non improprie dicitur decessisse. Plane qui testari non potuit proprie non est intestatus, puta impubes furiosus vel cui bonis interdictum est: sed hos quoque pro intestatis accipere debemus: eum quoque, qui ab hostibus captus est, quoniam per legem Corneliā successio his defertur, quibus deferretur, si in civitate decessisset: nam et eius hereditas fuisse creditur.

W tekście powyższym Ulpian rozważał, kogo należy uznać za *intestatus* czyli osobę, która zmarła beztestamentowo (nie pozostawiwszy testamentu). Głównym kryterium kwalifikującym uczynił jurysta okoliczność tkwiącą w pytaniu, czy dana osoba mogła w ogóle sporządzić ważny testament? *Intestatus* stawał się tylko ten, kto był władny sporządzić ważny testament, ale tego nie uczynił. W ten sposób kryterium spełniał nie tylko ten kto umierał nie pozostawiwszy testamentu, ale także kto sporządził testament nie mając w istocie żadnego majątku albo jego

15. POR. J. SONDEL, *Słownik łaciński – polski dla prawników i historyków*, Kraków 2006, 156.

16. Angielski przekład *Regulae Ulpiani* autorstwa Samuela P. Scotta, zawarty w zbiorze *The Civil Law*, Cincinnati 1932 (dostępny pod adresem <http://www.constitution.org/sps/sps.htm>), zawierał właśnie tłumaczenie terminu *civitas* jako miejsca: „If the person who made the will is captured by the enemy, it still remains valid; if he returns it is valid by the law of *postliminium*; if he dies in the hands of the enemy, it is valid by the *Lex Cornelia* which confirms his succession, just as if he had died in his own country”.

testament został obalony, bądź okazał się nieważny. Z drugiej strony kryterium takiego nie spełniali *impuberes*, chorzy umysłowo, osoby pozbawione majątku interdyktem. Nie mogli oni stać się *intestati*, bo nie mieli zdolności do sporządzenia testamentu w ogóle. W świetle tego rozróżnienia pojawił się problem kwalifikacji testamentu osoby, która zmarła w niewoli. Ulpian powołując się na przepisy *legis Corneliae* przywołał fikcję, wedle której uznaje się, że zmarły w niewoli zmarł jako obywatel. Co więcej, uznał taką osobę za *intestatus*, co uruchamiałoby dziedziczenie ustawowe argumentując, że w chwili śmierci majątek takiej osobie przysługiwał. Z powyższego tekstu wyłania się zatem ponownie obraz fikcji dotyczącej faktycznego miejsca śmierci *si in civitate decessisset* (miejsce jest fikcyjne)¹⁷, ewentualnie, w konkurencyjnym tłumaczeniu, fikcji dotyczącej stanu obywatelstwa¹⁸. Pojawia się jednak także nowa koncepcja rozumienia fikcji prawnej, powiązana ściśle z ideą *postliminium*: uznawano (fikcyjnie), że w chwili śmierci Rzymianin miał majątek, którym mógł na wypadek śmierci zadysponować (stan majątkowy zmarłego jest fikcyjny).

D. 49,15,18 pr. (Ulpian 35 Sab.):

In omnibus partibus iuris is, qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse videtur, cum captus est.

Trzeci przekaz Ulpiana, zamieszczony w tytule piętnastym księgi czterdziestej dziewiętej „Digestów” Justyniana, który poświęcony został w całości problematyce związanej z niewolą nieprzyjacielską¹⁹, przynosi informację na temat fikcji o jeszcze innej treści. Ulpian z pewnym patosem (chodzi przecież juryście o *lex Cornelia*) pouczał w nim, że we wszystkich gałęziach prawa obowiązuje zasada, że jeśli komuś nie uda się powrócić z niewoli nieprzyjacielskiej, to przyjmuje się, że zmarł w chwili pochwycenia go. Fikcja, wywiedziona w rzeczywistości z ustawy Sullańskiej, polegałaby zatem na przyjęciu, że śmierć nastąpiła w innym czasie niż w rzeczywistości (moment śmierci jest fikcyjny). Taka właśnie konstrukcja fikcji, z adnotacją, że fikcja ta pochodzi z *lex Cornelia*, przytaczana jest właściwie we wszystkich współczesnych polskich podręcznikach prawa rzymskiego²⁰.

17. Por. angielskie tłumaczenie „Digestów” justyniańskich autorstwa S. P. Scotta, zawarte w zbiorze *The Civil Law*, Cincinnati 1932 (dostępne pod adresem <http://www.constitution.org/sps/sps.htm>): „He also is regarded as intestate who has been captured by the enemy, since by the Cornelian Law his succession passes to those to whom it would go if he had died in his own country; for his estate is held to be transmitted to his heirs”.

18. Konkurencyjny przekład wypowiedzi Ulpiana w edycji „Digestów” pod red. Alana Watsona, *The Digest of Justinian*, Philadelphia 1985, 365, gdzie *civitas* znaczy „przynależność do społeczności”, „stan obywatelstwa”, brzmi: „And likewise also a person in captivity, since under the *lex Cornelia* succession is offered to those persons to whom it would be offered if he had died as a member of the community; for the estate is considered to have belonged to him too”.

19. D. 49,15,0. *De captivis et de postliminio et redemptis ab hostibus* („O pojmanych w niewolę, prawie powrotu i wykupie od nieprzyjaciół”). Por. też C. 8,50,0. *De postliminio et de redemptis ab hostibus*.

20. Inaczej jednak dawny podręcznik R. SOHM, *Instytucje, historia i system rzymskiego prawa prywatnego*, przeł. R. Taubenschlag i Wł. Kozubski, Warszawa 1925, 182: „Jeżeli Rzymianin umiera w niewoli, wówczas traktuje się go tak, jak gdyby zmarł nie jako niewolnik, lecz w pełnym posiadaniu rzymskiego obywatelstwa. Jurysprudencja klasyczna rozwinęła stąd zasadę mocy wstecznej: śmierć w niewoli działa zarówno odnośnie do spadkobrania, jak i innych stosunków prawnych wziętego do niewoli, tak jak gdyby zmarł w chwili wzięcia do niewoli”.

Oczywiście, dla potencjalnych beneficjentów regulacji Sullańskiej nie miało znaczenia, czy fikcję prawną ukrytą w ustawie zdefiniowanoby tak jak w pierwszym z przekazów, jak w drugim, czy też jak w trzecim. We wszystkich wariantach konsekwencją fikcyjnego założenia istnienia faktów niezgodnych z rzeczywistością byłby ten sam skutek – dziedziczenie po zmarłym. Jednak zastanawiające jest, iż ten sam Ulpian przedstawiał fikcję w tak różny sposób: raz fikcja miałaby dotyczyć miejsca, stanu obywatelstwa, innym razem terminu śmierci czy nawet stanu majątkowego osoby zmarłej. Już na tym etapie rozważań domyślać się można, że wszystkie figury logiczne przedstawione przez Ulpiana – skoro się jednak dość wyraźnie od siebie różnią – mogą być uznane jedynie za komentarz jurysty do przepisu ustawy Sulli. Nie są wprost powtórzeniem jej literalnego brzmienia. Wydaje się, że Ulpian za każdym razem w różny sposób, mniej lub bardziej przekonująco, szukał logicznego uzasadnienia dla przepisu ustawy Sullańskiej; być może przepisu bardzo lakonicznego, stanowiącego w krótkich słowach o skuteczności testamentów pozostawianych przez żołnierzy zmarłych w niewoli nieprzyjacielskiej.

B) Paulus

D. 35,2,11 (Paulus sing. leg. Falc.):

Lex Falcidia etiam ad eos, qui apud hostes moriuntur, propter legem Corneliam pertinere videtur, quod ea lex perinde eorum testamenta confirmat, atque si in civitate decessissent: propter quam fictionem lex Falcidia et omnes testamentariae pertinent, quae tamen possint locum habere.

Komentarz Paulusa został ogłoszony na kanwie *lex Falcidia*, ustawy z 40 r. przed Chr. wprowadzającej ograniczenie wysokości legatów. Zdaniem Paulusa (co specjalnie nie dziwi), ustawa ta powinna mieć także zastosowanie wobec osób zmarłych w niewoli poza granicami państwa. Stąd kolejne odwołanie do *lex Cornelia*. Paulus, podobnie jak Ulpian w pierwszej ze swych wypowiedzi, odniósł fikcję z ustawy Sullańskiej do miejsca, w którym nastąpiła śmierć (ewentualnie stanu obywatelstwa), a nie do czasu, w którym ona nastąpiła (*atque si in civitate decessissent*)²¹. Zauważyć także warto, że odwołanie się do ustawy Sulli zawiera tylko uwagę o „potwierdzeniu testamentu” zmarłego, a nie o potwierdzeniu dziedziczenia w ogóle (*lex Cornelia* nie umożliwiała dziedziczenia beztestamentowego po zmarłym w niewoli nieprzyjacielskiej). Tu zatem także widać podobieństwo do przekazu Ulpiana zawartego w EU. 23,5.

21. Tłumaczenie S.P. Scotta (*civitas* = państwo rzymskie), *loc.cit.*, brzmi: „On account of the Cornelian Law, the *Lex Falcidia* is also considered to apply to those who die in the hands of the enemy; for the reason that the Cornelian Law confirms their wills just as if they had lost their lives in their own country(…)”. Konkurencyjna edycja translatorska A. Watsona (*civitas* = stan obywatelstwa), *op.cit.*, 201, zawiera tłumaczenie: „The *lex Falcidia* is held applicable also to those who die in enemy hands by reason of the *lex Cornelia*; for this latter enactment confirms their testamentary dispositions as if they had died citizens”.

D. 38,2,4,1 (Paulus 42 ed.):

Si libertus captus ab hostibus ibi decesserit, quamvis liberti appellatio eum non tangat, tamen propter legem Corneliam, quae testamentum sic confirmat atque si in civitate decesserit, patrono quoque bonorum possessio danda erit.

W swym komentarzu do edyktu Paulus ponownie przytoczył formułę fikcji prawnej *atque si in civitate decessissent*. Tym razem rzecz dotyczyła spadkobrania po wyzwoleniu (*libertus*), który zmarł w niewoli. Wprawdzie odmówił mu, co zrozumiałe, przymiotu „wyzwolenia” w warunkach niewoli, w której zmarł, jednak powołując się ponownie na *lex Cornelia* uznał, że będzie miała ona także doń zastosowanie. Ponieważ ustawa potwierdzała (utrzymywała w mocy) testament osoby zmarłej w niewoli (*testamentum confirmat*), do dziedziczenia przystąpić miał, zgodnie z regułami prawa, patron wyzwolenca.

Jak z powyższego widać, wypowiedzi Paulusa odnoszące się do *lex Cornelia* są zbieżne z niektórymi autorstwa Ulpiana. Tymi, w których konstrukcja fikcji prawnej wywiedziona z ustawy Sulli opiera się na fikcyjnym założeniu, że pozbawiony wolności przez nieprzyjaciela zmarł w niewoli będąc obywatelem rzymskim (*atque si in civitate decessissent/decesserit*).

C) Julian

D. 28,1,12 (Julian 42 dig.):

Lege Cornelia testamenta eorum, qui in hostium potestate decesserint, perinde confirmantur, ac si hi qui ea fecissent in hostium potestatem non pervenissent, et hereditas ex his eodem modo ad unumquemque pertinet.

W przytoczonym wyżej wstępie do dłuższej wypowiedzi dotyczącej problematyki *heres necessarius* (dziedzica koniecznego) Julian nawiązał do podstawowego przesłania, płynącego z ustawy Korneliusza Sulli. Jurysta zadeklarował, że *lex Cornelia* „potwierdzając” testamenty osób, które zmarły w niewoli u nieprzyjaciela, zrównywała je z tymi sporządzanymi przez osoby, które w niewolę takową nie popadły. Słowa: *ac si hi qui ea fecissent in hostium potestatem non pervenissent*, oznaczają w istocie informację o fikcji prawnej, leżącej u podstaw regulacji Sullańskiej. Testamenty zmarłych w niewoli nieprzyjacielskiej dzięki ustawie Sulli traktowane były tak, jakby zostały sporządzone przez osoby, które w niewoli się w ogóle nie znalazły. Fikcja mogłaby zostać wyrażona zatem przez nieprawdziwy fakt, iż zmarły Rzymianin w ogóle do niewoli nie trafił.

D. 28,6,28 (Julian 62 dig.):

Lex Cornelia, quae testamenta eorum qui in hostium potestate decesserunt confirmat, non solum ad hereditatem ipsorum qui testamenta fecerunt pertinet, sed ad omnes hereditates, quae ad quemque ex eorum testamento pertinere potuissent, si

in hostium potestatem non pervenissentiarum quapropter cum pater in hostium potestate decessit filio impubere relicto in civitate et is intra tempus pubertatis decesserit, hereditas ad substitutum pertinet, perinde ac si pater in hostium potestatem non pervenisset.

Tekst powyższy ponownie dotyczy dość szczegółowej kwestii, tym razem związanej z podstawieniem pupilarnym, które zdaniem jurysty powinno być realizowane zgodnie z dyspozycją płynącą z testamentu dzięki dobrodziejstwu, jakie zawierała *lex Cornelia*. Pojmowanie fikcji prawnej przypisywanej przepisom ustawy przez Juliana ponownie nawiązuje do porównania z testamentem osoby, która w niewolę nie popadła. Znowu zatem można zdefiniować *fictio legis Corneliae* jako fikcję faktu, że zmarły do niewoli nie trafił.

D. 49,15,22 pr. (Julian 62 dig.):

Bona eorum, qui in hostium potestatem pervenerint atque ibi decesserint, sive testamenti factionem habuerint sive non habuerint, ad eos pertinent, ad quos pertinerent, si in potestatem hostium non pervenissent: idemque ius in eadem causa omnium rerum iubetur esse lege Cornelia, quae futura esset, si hi, de quorum hereditatibus et tutelis constituebatur, in hostium potestatem non pervenissentiarum.

Julian, także w trzecim przekazie swego autorstwa, był konsekwentny. Konstrukcję fikcji prawnej zbudował dokładnie w ten sam, co poprzednio, sposób. Stwierdził wyraźnie, że majątek osób, które zmarły pozostając pod władzą wrogów, przypadać powinien, i to niezależnie od tego czy tym osobom przysługiwał obywatelski przywilej testowania (*testamenti factio activa*) czy też nie, tym spadkobiercom, którzy dziedziczyliby gdyby zmarli spadkodawcy nie trafili do niewoli. Ustawa Sulli dawała podstawę do realizacji postanowień testamentowych po osobach zmarłych w niewoli tak jakby w ogóle w niewoli się te osoby nie znalazły. Faktem rzeczywistym było: Rzymianin dostał się do niewoli i tam zmarł. Fikcją było zaprzeczenie temu faktowi: Rzymianin do niewoli się nie dostał.

D) Papinian

D. 49,15,10 pr. (Papinian 29 quaest.):

Pater instituto impuberi filio substituerat et ab hostibus captus ibi decessit: postea defuncto impubere legitimum admitti quibusdam videbatur neque tabulas secundas in eius persona locum habere, qui vivo patre sui iuris effectus fuisset. Verum huic sententiae refragatur iuris ratio, quoniam, si pater, qui non rediit, iam tunc decessisse intellegitur, ex quo captus est, substitutio suas vires necessario tenet.

Papinian przytoczył następujący kazus. Ojciec ustanowił dziedzica podstawionego (substytuta) dla swego niedojrzałego syna ustanowionego spadkobiercą, po

czym znalazłszy się w niewoli zmarł. Następnie zmarł też jego syn. Uważano, że dziedzicem powinien zostać dziedzic ustawowy (*heres legitimus*), a syna nie będzie dotyczyć postanowienie testamentowe o substytucji. Uzasadnieniem miałby być argument, że gdyby ojciec żył, syn stałby się osobą własnowolną (*sui iuris*). Papinian z taką opinią się nie zgodził, twierdząc że zasady prawa jej przeczą, ponieważ gdyby przyjąć, że ojciec, który nie zdołał powrócić z niewoli, zmarł w chwili gdy go pojmano, podstawienie koniecznie powinno dojść do skutku.

Zwrot Papiniana *decessisse intellegitur, ex quo captus est* wyraża konstrukcję fikcji prawnej znaną już z przekazu Ulpiana zamieszczonego w D. 49,15,18 pr. (*quasi tunc decessisse videtur, cum captus est*). Fikcją objęty zostałby moment śmierci Rzymianina w ten sposób, iż fikcyjnie przyjmowano, że Rzymianin zmarł odpowiednio wcześniej (najpóźniej w chwili popadnięcia w niewolę).

3. Wszystko przemawia za tym, że regulacja, której przypisuje się cechę fikcji prawnej w tekście oryginalnej ustawy, ograniczała się zaledwie do dziedziczenia testamentowego po zmarłym. Przekonują o tym, poza przytoczonym wyżej przekazem Papiniana (i wcześniej omówionymi źródłami: Ulp. 23,5, Jul. D. 49,15,22 pr.²² i Ulp. D. 38,16,1 pr.) także inne jeszcze wypowiedzi jurystów klasycznych:

D. 28,6,28 (Julian 62 dig.):

Quare etiam si pubes filius vivo patre captus fuerit, deinde mortuo in civitate patre in hostium potestate decesserit, patris hereditas ex lege duodecim tabularum, non filii ex lege Cornelia ad adgnatum proximum pertinet.

Julian, prowadząc dalsze szczegółowe wywody na temat substytucji pupilarnej zamieszczonej w testamencie przez spadkodawcę, który zmarł później w niewoli poza granicami kraju, przedstawił wyjątkową sytuację, która uniemożliwiała dojście substytutu do dziedziczenia wbrew omówionej wcześniej zasadzie. Jeśli niedojrzały syn spadkodawcy został także pojmany w niewolę w czasie, w którym jego ojciec w tej niewoli pozostawał, a następnie w tej niewoli zmarł, ale po swym ojcu, który nie zdążył odzyskać praw obywatelskich, spadek po ojcu przysługiwał najbliższemu agnatowi według Ustawy XII Tablic, a nie dziedzicowi syna (substytutowi) na podstawie *lex Cornelia*. W przekazie tym wyraźnie przeciwstawione zostało dziedziczenie beztestamentowe (z Ustawy XII Tablic) dziedziczeniu testamentowemu na podstawie *lex Cornelia*. Wskazywać to może na brak obecności w ustawie Sulli jakichkolwiek innych przepisów poza tym dotyczącym utrzymania w mocy testamentów osób zmarłych w niewoli.

22. Por. także kolejne fragmenty: D. 49,15,22,1-4 (Julian 62 dig.).

D. 49,15,10,1 (Papinian 29 quaest.):

Si mortuo patre capiatur impubes institutus vel exheredatus, in promptu est dicere legem Corneliam de tabulis secundis nihil locutam eius dumtaxat personam demonstrasse, qui testamenti factionem habuisset. Plane captivi etiam impuberis legitimam hereditatem per legem Corneliam deferri, quoniam verum est ne impuberem quidem factionem testamenti habuisse: et ideo non esse alienum praetorem subsequi non minus patris quam legis voluntatem et utiles actiones in hereditatem substituto dare.

Papinian z kolei, ponownie rozważając problem substytucji pupilarnej, wyraził opinię, że jeśli po śmierci ojca niedojrzały, którego ten ojciec wyznaczył następcą albo wydziedziczył, zostanie pojmany przez wrogów, to oczywistym jest, iż *lex Cornelia*, która w ogóle nie odnosiła się do problemu substytucji testamentowej, miała zastosowanie jedynie do osoby, której przysługiwało uprawnienie do *testamenti factio*. Nie ma zatem wątpliwości, twierdził dalej Papinian, że dziedziczenie według *ius civile* po osobie zmarłej w niewoli u wroga, nawet niedojrzałej, jest przeprowadzane dzięki uruchomieniu go przez *lex Cornelia*, ponieważ prawdą jest, że niedojrzały w rzeczywistości nie miał *testamenti factio*. Jurysta wskazał dalej, że zasadny jest pogląd, aby pretor kierował się tak intencją ojca, jak i prawa, i przydzielił dziedzicowi podstawionemu (substytutowi) skargi użyteczne (*actiones utiles*).

W wypowiedzi tej ważnych dla prowadzonych tu rozważań jest kilka kwestii. Po pierwsze, *lex Cornelia* nie zajmowała się szerzej kwestiami prawa spadkowego, na przykład substytucją; odnosiła się tylko do osób z *testamenti factio*, a więc do dziedziczenia testamentowego. Uruchomieniu dziedziczenia z testamentu na podstawie przepisów *legis Corneliae* mogło czasami stanąć na przeszkodzie możliwe dziedziczenie ustawowe wedle *ius civile* w sytuacji braku *testamenti factio* u dziedzica (*impubes*). Prawdopodobnie ubogość postanowień ustawy Sullańskiej wymusiła uzupełnianie prawa przez prawotwórczą działalność pretorów rzymskich.

Przekaz powyższy pokazuje wyraźnie w jakim kierunku i z czym udziałem dokonywało się dzieło prawotwórczej interpretacji przepisów *legis Corneliae*. Uczestniczył w nim nie tylko opiniujący jurysta, ale także pretor rzymski, który udzielał nowej skargi na wzór skargi istniejącej w sytuacji, gdy miał do czynienia ze stanem faktycznym analogicznym (*actio utilis*) albo umieszczał w formułce fikcję (*actio ficticiae*). Brak w regulacji *legis Corneliae* rozciągnięcia dobrodziejstwa dziedziczenia po zmarłym w niewoli na przypadki, w których Rzymianin umierał beztestamentowo, mógł być przyczyną dla której oryginalna konstrukcja z ustawy została poddana rozszerzającej (prawotwórczej) interpretacji i tak „przekształcona”, aby objąć swym dobrodziejstwem oba typy dziedziczenia: tak testamentowe, jak i beztestamentowe. Chociaż

prawdą jest, że dzięki aktywności pretorów rozciągnięto działanie ustawy Sulli na dziedziczenie beztestamentowe²³, jednak trudno przypisywać w tej materii jakiegokolwiek zasługi Sulli. *Lex Cornelia* zawierała tylko regulację dotyczącą testamentów²⁴. Przypomnieć można, że zarówno Ulpian (EU. 23,5), jak Paulus (D. 35,2,1,1) mówili tylko o testamencie w kontekście tej ustawy (*testamenta/successionem confirmat*), pomimo że w ich czasach *fictio legis Corneliae* kojarzono już także z dziedziczeniem beztestamentowym. Wyjaśnienie wydaje się być proste: juryści starali się być wierni przesłaniu tkwiącemu w tradycji *legis Corneliae*, zajmującej się jedynie rozrządzeniami testamentowymi.

Tak więc Sulla wprowadził nie tyle fikcję dotyczącą jakiegoś nieistniejącego stanu faktycznego, lecz zdecydował, że testament wywoła skutki, nawet jeśli ktoś po jego sporządzeniu umrze jako niewolnik. To w gruncie rzeczy niewielkie odstępstwo od dotychczasowego prawa, wszak i tak odwieczne *ius postliminii* szło znacznie dalej: polegało na uznaniu, że prawa uwięzionego na czas niewoli ulegają zaledwie „zawieszeniu”, nie utracie, a przecież niewolnik co do zasady nie mógł mieć żadnych praw i nie mógł niczego z mocy prawa po ustaniu niewoli odzyskać. Dlaczego nie uznać, że śmierć w niewoli nieprzyjacielskiej powodowała, iż skutki prawne testamentu sporządzonego zgodnie z prawem jednak następowały? Powstała oczywista pokusa by uznać, że późniejsza *capitis deminutio maxima* spadkodawcy nie miała działania wstecznego i nie wpływała na ważność testamentu sporządzonego w okresie, gdy obywatelowi rzymskiemu przysługiwała jeszcze pełnia praw.

Tekst ustawowy ograniczał się do „utrzymania w mocy” (uznania ważności i skuteczności) testamentu sporządzonego przez Rzymianina, który zmarł w niewoli. Nie da się zupełnie wykluczyć, że nie tylko testamentu sporządzonego przed, ale i po popadnięciu w niewolę. Przepis taki nie pozwalał jednak na dziedziczenie po zmarłym beztestamentowo, co było oczywistą niedoskonałością prawa. Niedoskonałość tę skutecznie usunęła prawotwórcza działalność pretorów rzymskich, która rozszerzyła działanie regulacji z ustawy Sulli w ramach *supplendi iuris civilis gratia*.

4. Co dzisiaj rozumiemy pod pojęciem „fikcji prawnej”? Trudno wskazać na jakąś jedną, utrwaloną definicję²⁵. Fikcja prawna nie stała się dla współczesnej teorii prawa szczególnym przedmiotem zainteresowania. Z racji praktycznej doniosłości dla prawa cywilnego traktowana być może jako kategoria cywili-

23. Por. np. LITEWSKI, *Rzymskie prawo prywatne* (wyżej przyp. 12) 126.

24. Inaczej A. DĘBIŃSKI, *Rzymskie prawo prywatne*, Warszawa 2007, 140.

25. Por. jednak hasło „fikcja prawna” w: *Leksykon współczesnej teorii i filozofii prawa*, red. J. ZAJĄDEŁO, Warszawa 2007, 87 nn.

styczna²⁶. Najprościej ujmując, fikcja prawna jest niezgodnym z prawdą założeniem wystąpienia faktu, który norma prawna nakazuje przyjąć za prawdziwy. Jest zabiegiem techniki prawodawczej lub szerzej – prawniczej, dość łatwym do zidentyfikowania w przepisach prawnych, gdyż wyraża się ją z reguły za pomocą takich sformułowań jak: „należy uznać, że...”, „uważa się, że...”, itp.²⁷. W nowoczesnym systemie prawa fikcja prawna ma za zadanie zapewniać jego zupełność, działać stabilizująco na obrót prawny i uchylać niepewności prawne poprzez szybkie i łatwe ustalanie niepewnego stanu faktycznego, łagodzić często zbyt ostre działanie surowego prawa w interesie zwłaszcza podmiotów słabszych lub zasługujących na szczególną ochronę.

Fakt prawny jest rodzajem zdarzenia prawnego. Według współczesnej teorii prawa faktami prawnymi są wszelkie okoliczności wymieniane w przepisach prawa, które pociągają za sobą skutki prawne, powodujące powstanie, zmianę lub wygaśnięcie bądź to uprawnień, bądź obowiązków adresatów norm w tych przepisach zawartych²⁸. Istniejąca duża różnorodność faktów prawnych utrudnia znacząco próby ich porządkowania. Ani w teorii prawa, ani w nauce prawa cywilnego nie stworzono więc dotąd jednolitej systematyki²⁹.

Dotychczasowe rozważania źródłowe i refleksje na temat *fictionis legis Corneliae* prowadzą do dwóch podstawowych, choć zapewne dyskusyjnych, wniosków. Po pierwsze, tzw. *fictionis legis Corneliae* może być przedstawiana jako fikcja prawna (we współczesnym rozumieniu), ale tylko wtedy gdy ma się na myśli twór rzymskiej jursprudencji klasycznej, wyposażonej w *ius publice respondendi*. Nie ma wystarczających dowodów na to, aby była dziełem samego Sulli. Wydaje się, że *lex Cornelia de captivis* w swej oryginalnej redakcji nie zawierała jeszcze konstrukcji fikcji prawnej we współczesnym znaczeniu tego słowa. Przeciwnie, rozmaite konstrukcje tej fikcji budowane przez jurystów klasycznych świadczą o tym, że konstrukcja taka została raczej „dointerpretowana” do ustawy, która oryginalnie zawierała zapewne prosty przepis o utrzymaniu w mocy testamentów osób zmarłych w niewoli. Słuszność takiej hipotezy wzmacnia także poczyniona obserwacja, że ustawa Sulli wsparta została aktywnością pretorów, zmierzającą

26. Nie oddalając się zbytnio od „tematyki spadkowej” związanej z rzymską *fictionis legis Corneliae* można wskazać następujące przykłady fikcji prawnych obecnych we współczesnym prawodawstwie cywilnym z zakresu prawa spadkowego: fikcja dotycząca spadkobiercy niegodnego: uznaje się, iż nie dożył on otwarcia spadku (art. 928 § 2 k.c.); fikcje złożenia oświadczenia o przyjęciu spadku przez spadkobiercę w wyznaczonym przez prawo terminie (1015 i 1016 k.c.); fikcja, że spadkobierca, który spadek odrzucił, nie dożył otwarcia spadku i dlatego zostaje wyłączony od dziedziczenia (1020 k.c.), czy też oparta na prawie rzymskim fikcja dotycząca nasciturusa (art. 927 § 2 k.c.).

27. Fikcje prawne należy odróżniać od domniemań prawnych, które mają konstrukcję warunkową i mogą być uchylane poprzez dowieśnięcie faktu przeciwnego. Fikcje prawne nie mogą zostać obalone, są niewzruszalne. Blisko konstrukcji fikcji prawnej leży problematyka dopuszczanego przez prawo wnioskowania *per analogiam*. Należy ono jednak bardziej do sfery stosowania prawa. Wnioskowanie takie następuje z inicjatywy adresatów norm lub organu stosującego prawo, podczas gdy fikcja prawna jest wprowadzana do aktu prawnego z woli prawodawcy, pełniąc od chwili promulgacji z góry założoną funkcję. Zbyt ściśle, jak się wydaje, łączy fikcję prawną z procesem stosowania prawa Z. MURAS, *Podstawy prawa*, Warszawa 2011, 152, dopatrując się jej podobieństwa do domniemań.

28. Zob. definicję w: J. NOWACKI, Z. TOBOR, *Wstęp do prawoznawstwa*, Kraków 2000, 23.

29. Ibidem, 25.

do rozciągnięcia dobrodziejstwa dziedziczenia po zmarłym w niewoli na dziedziczenie również beztestamentowe.

Na konstrukcji fikcji prawnej opierały się za to niewątpliwie propozycje znane z przekazów jurystów klasycznych. Jurysprudencja rzymska podsunęła logiczne uzasadnienie (i to w kilku wariantach) dla regulacji Sullańskiej w konstrukcji fikcji prawnej, nazywanej przez jurystów (z pewnym już jednak nadużyciem) terminem *fictio legis Corneliae*. Dobrze uzasadnienie w ustawie rozwiązaniu mogła zapewnić *de facto* każda z propozycji podawanych przez jurystów rzymskich. Przypuszczać można, iż propozycje te działały w istocie jako jurydyczne narzędzie, dzięki któremu możliwe stało się także rozszerzenie działania ustawy Sulli poza obszar dziedziczenia testamentowego³⁰. Dopiero bowiem przyjęcie (fikcyjnej) konstrukcji, że Rzymianin umarł w chwili popadnięcia w niewolę, czy też umarł jako wolny obywatel, czy każdej innej podobnej, otwierało prostą drogę do wprowadzenia na drodze uzupełniania prawa możliwości dziedziczenia, także ustawowego, po zmarłym w niewoli nieprzyjacielskiej.

Po drugie, skrupulatna analiza wypowiedzi jurystów, zawierających struktury logiczne właściwe dla konstrukcji współcześnie rozumianej fikcji prawnej prowadzi do wniosku, że struktury te nie są tożsame, chociaż przy ich stosowaniu w praktyce osiągnęte są tożsame rezultaty. Juryści proponowali następujące struktury: 1) fikcyjny jest fakt śmierci w stanie obywatelstwa (w państwie rzymskim) wobec prawdziwego, jakim jest fakt śmierci w stanie niewoli; 2) fikcyjny jest moment śmierci w chwili popadnięcia w niewolę wobec rzeczywistego faktu, jakim jest śmierć w czasie trwania niewoli; 3) fikcyjny jest stan posiadania praw majątkowych przez Rzymianina w chwili śmierci wobec rzeczywistego faktu, jakim jest brak tych praw u osoby znajdującej się w niewoli; 4) fikcyjny jest fakt, że zmarły Rzymianin nie popadł w niewolę, wobec prawdziwego faktu, iż Rzymianin w niewolę popadł.

Która z tych struktur (konstrukcji) może być uznana za bliższą duchowi *legis Corneliae*? Jeśli założyć, że ustawa Sulli „utrzymywała w mocy” testamenty osób zmarłych w niewoli, najodpowiedniejszą wydaje się taka konstrukcja, która wskazywałaby na pokrewieństwo z odwiecznym *ius postliminii* i nie wymagała zbyt karkołomnego zabiegu myślowego. Skoro w ramach *ius postliminii* zakładano fikcję „przywrócenia” praw majątkowych czasowo w niewoli „zawieszonych”, bliższa zatem wydaje się ta konstrukcja, wedle której za rzeczywisty uznać należy fikcyjny fakt, że Rzymianin zmarł w stanie obywatelstwa (*in civitate decessisset*), skoro to obywatelstwo, tak jak prawa Rzymianina, pozostawało zaledwie w

30. Por. jeszcze PS. 3,4a,8.

„zawieszeniu”³¹. Blisko oryginalnego przepisu ustawy leżała też odosobniona konstrukcja fikcji znana z przekazu Ulpiana (D. 38,16,1 pr.), a zakładająca, że Rzymianin w chwili śmierci miał prawa majątkowe. Konstrukcja fikcji polegająca na przesunięciu momentu śmierci do chwili popadnięcia w niewolę, choć również ma źródłowe umocowanie, od litery ustawy Korneliusza Sulli oddalona jest chyba najbardziej.

31. Taką właśnie konstrukcję *fictio legis Corneliae* („Man fingiert, er als Bürger gestorben”) w odniesieniu do regulacji z ustawy Sulli zawiera podręcznik M. Kaser, *Das Römische Privatrecht*, München 1971, 291. Jak już wspomniano, współczesne polskie podręczniki prawa rzymskiego przyjmują konstrukcję fikcji Sullańskiej zakładającą przesunięcie momentu śmierci Rzymianina do chwili popadnięcia w niewolę.

„Natura umowy” w argumentacji prawników rzymskich

1. Wprowadzenie

Nowelizacja kodeksu cywilnego z roku 1990 wprowadziła kryterium „właściwości (natury) stosunku” jako jedną z granic swobody umów¹. Poświęcona temu dyskusja naukowa pokazuje istotne wątpliwości. Obejmują one w szczególności pytanie, czy oparta na tym kryterium ocena może wyjść poza wnioski wyciągnięte na podstawie przepisów prawa lub ich implikacji? Czy może stanowić podstawę dla oceny umowy z punktu widzenia jej użyteczności i racjonalności²? To inspiruje, aby zapytać o wcześniejsze doświadczenia związane z wykorzystaniem słowa „natura” w argumentacji dotyczącej zobowiązań umownych. Możliwość taką daje już antyczne prawo rzymskie. Odwołania do natury występują w rzymskim języku prawniczym stosunkowo często³. Słowo *natura* ma w nim różne znaczenia i funkcje argumentacyjne⁴. Poczynając od tekstu żyjącego w I wieku po Chr. Jawolena Priskusa znajdujemy wypowiedzi, w których prawnicy odwoływali się do natury skargi⁵. Od II wieku po Chr. spotykamy przykłady odwoływania się do *natura* przy rozstrzyganiu wątpliwości co do granic pojęcia lub instytucji prawnej⁶. Szczególnym przykładem tej praktyki jest kilka przypadków włączenia kryterium „natury” do opisu lub oceny postanowień kontraktowych. Zachowały się one w tekstach z przełomu II i III wieku oraz w konstytucjach justyniańskich. Spójrzmy na tę praktykę argumentacyjną, poszukując odpowiedzi na pytanie, co było punktem odniesienia dla prawników, operujących kryterium natury w

1. Art. 3531 KC.

2. Por. R. TRZASKOWSKI, *Granice swobody kształtowania treści i celu umów obligacyjnych. Art. 353¹ K.C.*, Kraków 2005, 347 nn; P. MACHNIKOWSKI, *Swoboda umów według art. 353¹ KC. Konstrukcja prawna*, Warszawa 2005, 327.

3. Por. O. GRADENWITZ, *Natur und Sklave bei der Naturalis Obligatio*, w: *Festgabe der juristischen Fakultät zu Königsberg für ihren Senior Johann Theodor Schirmer zum 1. August 1900*, Königsberg 1900, 149-161.

4. Według Wolfganga Waldsteina teksty rzymskich jurystów zawierające słowo *natura* dają się podzielić na co najmniej osiem grup znaczeniowych, w których obrębie możliwe są dalsze rozróżnienia; por. W. WALDSTEIN, *Entscheidungsgrundlagen der klassischen römischen Juristen*, w: *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt. Geschichte und Kultur Roms im Spiegel der neueren Forschungen*, t. XV.2, Berlin-New York, 1976, 31.

5. Por. D. 21,2,60 (Jawolen Priskus 2 *Plaut.*); G. 4,33; D. 4,2,12,2 (Ulpian 11 *ed.*); D. 11,7,14,13 (Ulpian 25 *ed.*).

6. Tak np. Pomponiusz mówił, że zgodnie ze swą naturą (*ea natura est*) służebność nie polega na obowiązku czynienia czegoś, lecz tylko znoszenia lub zaniechania (D. 8,1,15,1 – Pomponiusz 33 *Sab.*), zaś Paulus prezentując różnicę między terminem początkowym i końcowym wyjaśnił, iż natura terminu „czy przyrzekasz dać na kalendy marcowe”, jest taka (*natura haec est*), że przez jego nadejściem nie można niczego żądać (D. 44,7,44,1 – Paulus 74 *ed.*).

odniesieniu do konkretnego typu kontraktu oraz ogólniejszymi zwrotami *natura obligationis* lub *natura contractus*.

2. *Natura depositi* oraz *natura obligationis* u Emiliusa Papiniana

Pierwszy chronologicznie zachowany przypadek odwołania się do natury przy ocenie postanowień kontraktu zawiera fragment z dziewiątej księgi *Quaestiones* Emiliusa Papiniana⁷. Odpowiadając na pytanie pochodzące prawdopodobnie z praktyki bankowej, jurysta ocenił dwie kwestie⁸: jaki jest typ kontaktu zawarty między stronami oraz czy żądanie odsetek jest uzasadnione. Odpowiedź na pierwsze pytanie oparł na użytym przy przekazaniu pieniędzy stwierdzeniu, że zostały one „zawierzone i zostaną wypłacone tak szybko i w miejscu jakim chce”⁹ kontrahent. Na tej podstawie jurysta uznał, że strony zawarły kontrakt przechowania (*depositum*). Odpowiadając na pytanie dotyczące odsetek stwierdził, że jeśli dłużnik nie popadł w zwłokę, to żądanie odsetek byłoby sprzeczne z dobrą wiarą (*bona fides*) i naturą przechowania (*depositi naturam*). Rozstrzygnięcie co do pierwszej kwestii dotyczyło sytuacji prawnej nazywanej od średniowiecza *depositum irregulare*¹⁰. Temat ten był przedmiotem kontrowersji w dyskursie prawników rzymskich¹¹. Możemy zatem powiedzieć, że Papinian zajął tu stanowisko co do kwestii wskazywanej przez nowożytną naukę prawa rzymskiego jako jedna z najbardziej kontrowersyjnych¹². Jurysta opowiedział się – w ramach tej kontrowersji – za rozwiązaniem dającym większą swobodę stron. Uznał bowiem, że w przypadku oddania na przechowanie rzeczy gatunkowych strony mogą umówić się, że wierzyciel otrzyma nie to samo, lecz tyle samo. Istota drugiego z podjętych pytań dotyczyła granic swobody stron w zakresie ustalania treści tak szeroko rozumianego kontraktu przechowania (*depositum*). Jurysta przypomniał

7. D. 16,3,24 (Papinian 9 *quaest.*): *Lucius Titius Sempronio salutem. Centum nummos, quos hac die commendasti mihi adnumerante servo Stichio actore, esse apud me ut notum haberes, hac epistula manu mea scripta tibi notum facio: quae quando voles et ubi voles confestim tibi numerabo'. quaeritur propter usurarum incrementum. respondi depositi actionem locum habere: quid est enim aliud commendare quam deponere? quod ita verum est, ut id actum est, ut corpora nummorum eadem redderentur: nam si ut tantundem solveretur convenit, egrreditur ea res depositi notissimos terminos. in qua quaestione si depositi actio non teneat, cum convenit tantundem, non idem reddi, rationem usurarum haberi non facile dicendum est. et est quidem constitutum in bonae fidei iudicii, quod ad usuras attinet ut tantundem possit officium arbitri quantum stipulatio: sed contra bonam fidem et depositi naturam est usuras ab eo desiderare temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit. si tamen ab initio de usuris praestandis convenit, lex contractus servabitur.*

8. F. BONIFACIO, *Ricerche sul deposito irregolare in diritto romano*, BIDR 49-50 (1947) 132.

9. Użyte w interpretowanym przez Papiniana dokumencie słowo *commendare* było używane w II wieku po Chr. w języku potocznym przy kwitowaniu przekazania pieniędzy, por. *Fontes iuris Romani anteiustiniani*, t. 3. *Negotia*, red. S. RICCOBONO, J. BAVIERA, C. FERRINI, J. FURLANI, V. ARANGIO-RUIZ, Florentiae 1968, nr 120. W romanistyce spotykamy pogląd, że taka praktyka językowa mogła dotyczyć pieniędzy przekazanych na przechowanie i pożyczonych. Por. B. ADAMS, *Haben die Römer depositum irregulare und Darlehen*, SDHI 28 (1962) 362.

10. B. ADAMS, *Haben die Römer* (wyżej przyp. 9) 363.

11. Za dopuszczeniem depozytu w takiej postaci: D. 19,2,31 (Alfenus 5 *Paul.*); D. 16,3,28 (Scewola 1 *resp.*); przeciw: Paulus, Coll. 10,7,9.

12. W. LITEWSKI, *Le dépôt irrégulier*, RIDA 21 (1974) 215; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1996, 217.

najpierw, iż w skargach z klauzulą *ex fide bona*, do których należy *actio depositi*, sędzia może nakładać obowiązki co do odsetek, które mają taką samą moc prawną, jak wynikające z przyrzeczenia stron (*stipulatio*). Następnie wyjaśnił, że korzystając z tej swobody, sędzia nie może nałożyć na depozytariusza obowiązku płacenia odsetek za okres przed popadnięciem w zwłokę (*ante moram*). Wskazanie na sprzeczność z dobrą wiarą (*bona fides*) i naturą przechowania (*natura depositi*) służyło zatem wytyczeniu granic wykładni uzupełniającej treść kontraktu. W tej argumentacji szczególną uwagę przyciąga nowy w praktyce językowej jurystów zwrot *natura depositi*¹³. Prawnik powołując się na *natura depositi*, wykluczył możliwość wprowadzenia przez sędziego odpłatności kontraktu w interesie deponenta. Na nietypowe, jednocześnie wykorzystanie w argumentacji dwóch kryteriów *bona fides* i *natura depositi* zwrócił uwagę Mario Talamanca. Uznał on, że odniesienie do *bona fides* łączy się z akcentowaniem takich wartości, jak wierność danemu słowu i powiązanie poprawności wykonania kontraktu z jego funkcją społeczno-ekonomiczną. Natomiast kryterium *natura depositi* służyło – zdaniem tego romanisty – wskazaniu, że rozwiązanie powinno być zgodne z wyobrażeniem o typie ocenionego kontraktu¹⁴. Dalej idące uwagi poświęcone połączeniu kryteriów *bona fides* i *natura depositi* sformułował Riccardo Cardilli. Jego zdaniem to właśnie kryterium *natura depositi* odnosi się do ekonomicznej wizji ocenianej relacji umownej. Zdaniem tego romanisty opierało się ono na przekonaniu, że fundamentalnym celem kontraktu przechowania jest zawsze zachowanie rzeczy w stanie nie pogorszonym. Dlatego zwrot *natura depositi* posłużył wyrażeniu przez Papiniana myśli, że reguła właściwa dla typowego przechowania powinna mieć zastosowanie także w przypadku nietypowym, gdy depozytariusz uzyskuje własność otrzymanych pieniędzy i może z nich korzystać. Kryterium *bona fides* miało natomiast – zdaniem R. Cardilli¹⁵ – akcentować uprawnienie sędziego do uwzględniania odsetek z tym, że za okres przed popadnięciem w zwłokę było to możliwe tylko wtedy, gdy strony się tak umówiły¹⁶. Myśl, że u podstaw argumentacji Papiniana leżało zwrócenie uwagi

13. W literaturze prezentowany był pogląd, że w oryginalnym tekście Papinian wytyczył granicę interpretacji sędziego, powołując się tylko na *bona fides*, zaś kryterium *natura depositi* zostało dodane przez kompilatorów justyniańskich jako element teorii *natura contractus*. Por. H. T. KLAMI, *‘Mutua magis videtur quam deposita’ über die Geldverwahrung im Denken der römischen Juristen*, Helsinki 1969, 58 nn (tam wcześniejsza lit.). Szeroka obecność kryterium natury w argumentacji jurystów klasycznych i brak pozytywnego dowodu interpolacji przemawiają za przyjęciem oryginalności tekstu w brzmieniu zachowanym przez justyniańskie „Digesta”.

14. M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: ‘Leerformel’ e valori dell’ordinamento*, w: *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea*, w: *Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, red. L. GAROFALO, t. 4, Milano 2003, 197 nn.

15. R. CARDILLI, *Il problema della resistenza del tipo contrattuale nel diritto romano. Tra natura contractus e forma iuris*, w: *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, red. R. FIORI, t. 3, Napoli 2008, 59 nn.

16. W romanistyce prezentowano pogląd, że dopuszczalność takiego porozumienia jest owocem późniejszej przeróbki tekstu. Por. ADAMS, *Haben die Römer* (wyżej przyp. 9) 369 (tam dalsza lit.). Brak jednak przekonujących podstaw źródłowych dla przyjęcia takiego stanowiska.

na cel¹⁷, praktyczny sens ocenianego kontraktu¹⁸, była podnoszona wcześniej już przez innych autorów. Jako uogólnienie tego, co wspólne w naszkicowanych poglądach romanistów można przyjąć myśl, że kryterium *natura depositi* wyrażało spojrzenie na rozważany kontrakt z punktu widzenia usprawiedliwionych oczekiwań deponenta. Odniesienie do *bona fides* mogło wzmacniać i precyzować takie rozumienie *natura depositi*. W praktyce argumentacyjnej jurystów było ono bowiem wykorzystywane między innymi dla uzasadnienia konieczności uwzględnienia zgodnego zamiaru stron z chwili zawarcia umowy¹⁹. Ocena z perspektywy usprawiedliwionych oczekiwań wierzyciela prowadziła zatem do typowego dla rozważanego kontraktu rezultatu ekonomicznego. Nie zawsze jednak zachodzi tak prosta spójność między ładem ekonomicznym i dogmatycznym na którym można oprzeć prawną ocenę umowy. Ilustrujący to przykład spotykamy już w dalszej części tego samego dzieła Papiniana. W księdze 27 *Quaestiones*²⁰ jurysta porównywał dwa przypadki oddania rzeczy na przechowanie dwóm depozytariuszom. Pierwszy, gdy w chwili zawarcia kontraktu ustalono różny zakres odpowiedzialności odszkodowawczej przechowawców. Jeden odpowiadał za winę umyślną (*dolus*), a drugi także za winę nieumyślną (*culpa*). W drugim przypadku przy zawarciu kontraktu ustalono odpowiedzialność obu przechowawców w tym samym zakresie winy nieumyślnej (*culpa*)²¹, a następnie porozumieniem między deponentem i jednym z depozytariuszy ograniczono jego odpowiedzialność do winy umyślnej. Co do pierwszego ze wskazanych przypadków Papinian wyjaśnił, że zobowiązanie dwóch dłużników nie powstało, gdyż byłoby ono nierówne. W odniesieniu do drugiego przypadku uznał, że zobowiązanie powstało i trwa, bo późniejsze umowne ograniczenie odpowiedzialności nie zmieniło „stanu i natury zobowiązania” (*statum et naturam obligationis*). Powstanie i trwałość zobowiązania obu depozytariuszy w drugim przypadku tłumaczy się w nauce tym, że Papinian uznał je za przypadek, nazwany w późniejszej dogmatyce zobowiązaniem solidarnym. Jego istoty upatrywał w tym, że może powstać jedno zobowiązanie z jednym świadczeniem, które ciąży na kilku jednakowo traktowanych dłużnikach²². Oceniając znaczenie użytego w argumentacji zwrotu *natura obligationis*, G. Rotondi wyraził pogląd, iż odnosi się on do „pierwotnej struktury zobowiązania i

17. BONIFACIO, *Ricerche sul deposito irregolare* (wyżej przyp. 8) 133.

18. ADAMS, *Haben die Römer* (wyżej przyp. 9) 363; KLAMI, 'Mutua magis videtur quam deposita' (wyżej przyp. 13) 131.

19. W. DAJCZAK, *Zwrot 'bona fides' w rozstrzygnięciach dotyczących kontraktów u prawników rzymskich okresu klasycznego*, Toruń 1998, 119.

20. D. 45,2,9,1 (Papinian 27 *quaest.*): *Sed si quis deponendo penes duos paciscatur, ut ab altero quoque praestaretur, verius est non esse duos reos, a quibus impar suscepta est obligatio. non idem probandum est, cum duo quoque culpam promississent, si alteri postea pacto culpa remissa sit, quia posterior conventio, quae in alterius persona intercessit, statum et naturam obligationis, quae duos initio reos fecit, mutare non potest. quare si socii sint et communis culpa intercessit, etiam alteri pactum cum altero factum proderit.*

21. Typową była odpowiedzialność depozytariusza jedynie za szkody powstałe w następstwie jego złego zamiaru (*dolus*). Por. D. 13,6,5,2 (Ulpian 28 *ed.*).

22. M. E. LUCIFREDI PETERLONGO, *Intorno alla unita o pluralita di vincoli nella solidarieta contrattuale*, Milano 1941, 21.

nie ma konieczności myślenia o strukturze nałożonej przez prawo pozytywne²³. Łącząc myśl tego romanisty w wyniku rozważań poświęconych omówionemu wcześniej tekstowi Papiniana uważam, że sens odwołania się do „natury zobowiązania” tkwił w spojrzeniu na usprawiedliwione oczekiwania wierzyciela. Przedmiotem oceny według kryterium *natura obligationis* była spójność między nimi a przyjętym w chwili powstania zobowiązania rozkładem ryzyka. Nie zachowało się więcej fragmentów z dzieł Papiniana, zawierających odniesienie do natury przy ocenie umowy. Na podstawie dwu przedstawionych tekstów można sformułować hipotezę, że podstawowe znaczenie dla takiej oceny miał rezultat ekonomiczny, precyzowany z perspektywy usprawiedliwionych oczekiwań wierzyciela. Podstawę do weryfikacji tej hipotezy daje fragment z dzieła Paulusa oraz kilka tekstów Ulpiana.

3. *Natura mandati* w argumentacji Juliusza Paulusa

W piątej księdze *Quaestiones* Juliusz Paulus²⁴ wyjaśniał, że relacja wymiany usług „czynię abyś uczynił” (*facio ut facias*), polegających na wzajemnym dochodzeniu należności, może mieć różną postać prawną. Takie porozumienie może być uznane za wykraczające poza swoją naturę zlecenie (*naturam suam excedere*) lub łatwiej za przypadek zobowiązania chronionego *actio praescriptis verbis*. Biondo Biondi wskazał ten fragment jako przykład „osłabiania tradycyjnych zasad” kontraktu zlecenia²⁵. Akcentowane przez prawnika wykroczenie poza naturę zlecenia polegało na przełamaniu zasady nieodpłatności. Wyrażało się w ustaleniu świadczeń wzajemnych, określonych przez jurystę jako „wzajemne wypełnianie powinności” (*mutuum officium prestamus*). To, że jurysta mówi o wyjściu poza naturę, a nie o sprzeczności z naturą, możemy tłumaczyć szerokim dopuszczaniem odpłatności zlecenia w ówczesnej praktyce²⁶. Słowo *natura* oznacza tu zatem to, co typowe dogmatycznie, a w konsekwencji ekonomicznie. W ocenianym przypadku usprawiedliwione oczekiwania stron co do skutku ekonomicznego umowy łączyły się z zaburzeniem ładu dogmatycznego. Usunięciu tego rozdzwiewu służyło następujące dalej wyjaśnienie, jak „łatwiej” kwalifikować ocenianą umowę. Inaczej

23. G. ROTONDI, *Natura contractus*, BIDR 24 (1911) 57.

24. D. 19,5,5,4 (Paulus 5 quaest.): *Sed si facio ut facias, haec species tractatus plures recipit. nam si pacti sumus, ut tu a meo debitore Carthagine exigas, ego a tuo Romae, vel ut tu in meo, ego in tuo solo aedificem, et ego aedificavi et tu cessas, in priorem speciem mandatum quodammodo intervenisse videtur, sine quo exigi pecunia alieno nomine non potest: quamvis enim et impendia sequantur, tamen mutuum officium praestamus et potest mandatum ex pacto etiam naturam suam excedere (possum enim tibi mandare, ut et custodiam mihi praestes et non plus impendas in exigendo quam decem): et si eandem quantitatem impenderemus, nulla dubitatio est, sin autem alter fecit, ut et hic mandatum intervenisse videatur, quasi refundamus invicem impensas: neque enim de re tua tibi mando. sed tutius erit et in insulis fabricandis et in debitoribus exigendis praescriptis verbis dari actionem, quae actio similis erit mandati actio, quaemadmodum in superioribus casibus locationi et emptioni.*

25. B. BIONDI, *Contratto e stipulatio*, Milano 1953, 87.

26. Por. W. DAJCZAK, T. GIARO, F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, Warszawa 2009, 500.

niż w przedstawionych wcześniej tekstach Papiniana użyte przez Paulusa słowo *natura* nie pełniło funkcji kryterium wytyczania skutków kontraktu z uwagi na usprawiedliwione oczekiwania co do jego rezultatu ekonomicznego. Uzupełnia to refleksję nad sformułowaną wyżej hipotezą. Nasuwa się wniosek, że użycie przez Papiniana kryterium natury umowy jako instrumentu oceny z ekonomicznej perspektywy usprawiedliwionych oczekiwań wierzyciela nie było czymś oczywistym w ówczesnym języku prawniczym. Możemy przypuszczać, że taki sposób użycia słowa *natura* przez Papiniana był efektem jego samodzielności, oryginalności i innowacyjności w obszarze prawa umów²⁷. Spójrzmy zatem na przykłady odniesień do natury umowy w argumentacji młodszego od Paulusa o około dziesięć lat Domicjusza Ulpiana – jurysty, który wyróżniał się wśród współczesnych sobie teoretycznym spojrzeniem na prawo, zaś w swoich pismach prawniczych wyrażał zachwyt wobec tego, co naturalne²⁸.

4. *Natura obligationis* i *natura contractus* w argumentacji Domicjusza Ulpiana

Znany z argumentacji Papiniana zwrot *natura obligationis* spotykamy we fragmencie komentarza Ulpiana do dzieł Sabinusa²⁹. Także tu pojawia się ona w kontekście oceny skutków wielości podmiotów w stosunku obligacyjnym. Gdy jednak tekst Papiniana wyraża myśl, iż zobowiązanie może polegać na istnieniu jednego stosunku prawnego, w którym występuje kilka osób po jednej ze stron³⁰, tekst Ulpiana jest przykładem poglądu, zgodnie z którym w takim przypadku jest tyle stosunków prawnych, ile osób, choć wierzycielowi należy się tylko jedno świadczenie³¹. Jurysta rozważa dwa przypadki. Pierwszy dotyczył wielości dłużników. Polegał on na tym, że dwie osoby przyrzekły spełnienie tego samego świadczenia temu samemu wierzycielowi. Po śmierci jednego z tych dłużników, drugi dłużnik został jego spadkobiercą. Drugi przypadek dotyczył wielości wierzycieli. Polegał na tym, że dłużnik przyrzekł spełnienie tego samego świadczenia dwóm osobom, a po śmierci jednego z tych wierzycieli, drugi został jego spadkobiercą. Analogiczny w obu przypadkach problem sprowadzał się do py-

27. H. ANKUM, *Papinian, ein dunkler Jurist?*, OIR (Brno) 2 (1996) 7 nn (tam wcześniejsza lit.).

28. T. HONORÉ, *Ulpian. The Pioneer of Human Rights*, Oxford 2005, 76, 79.

29. D. 46,1,5 (Ulpian 46 *Sab.*): *Generaliter Iulianus ait eum, qui heres extitit ei, pro quo intervenerat, liberari ex causa accessionis et solummodo quasi heredem rei teneri. denique scripsit, si fideiussor heres extiterit ei, pro quo fideiussit, quasi reum esse obligatum ex causa fideiussionis liberari: reum vero reo succedentem ex duabus causis esse obligatum. nec enim potest reperiri, quae obligatio quam peremat: at in fideiussore et reo reperitur, quia rei obligatio plenior est. nam ubi aliqua differentia est obligationum, potest constitui alteram per alteram peremi: cum vero duae eiusdem sint potestatis, non potest reperiri, cum altera potius quam altera consumeretur. refert autem haec ad speciem, in qua vult ostendere non esse novum, ut duae obligationes in unius persona concurrant. est autem species talis. si reus promittendi reo promittendi heres extiterit, duas obligationes sustinet: item si reus stipulandi extiterit heres rei stipulandi, duas species obligationis sustinebit. plane si ex altera earum egerit, utramque consumet, videlicet quia natura obligationum duarum, quas haberet, ea esset, ut, cum altera earum in iudicium deduceretur, altera consumeretur.*

30. Np. LUCIFREDI PETERLONGO, *Intorno alla unita o pluralita* (wyżej przyp. 22) 21.

31. Np. LUCIFREDI PETERLONGO, *Intorno alla unita o pluralita* (wyżej przyp. 22) 23.

tania o skutki prawne omawianych sytuacji. Jurysta stwierdził, że śmierć jednego z dłużników lub wierzycieli nie zmienia tego, że istnieją dwa zobowiązania o to samo świadczenie, a w następstwie dziedziczenia stroną każdego z tych zobowiązań będą pozostający przy życiu dłużnik i wierzyciel. Oznaczało to, że w obu przypadkach wierzyciel będzie miał przeciwko jednemu dłużnikowi dwie skargi o to samo świadczenie. Ulpian wyjaśnił, że wystąpienie z jedną z tych skarg powoduje konsumpcję drugiej, bo taka jest „natura obu zobowiązań” (*natura obligationum duarum*). Uznanie przez Ulpiana, iż oba zobowiązania pozostają w mocy mimo śmierci współwierzyciela lub współdłużnika, wyraża myśl widoczną w wypowiedziach jurystów od połowy II wieku³². Ta część wypowiedzi Ulpiana stanowiła najprawdopodobniej powtórzenie słów Juliana³³. Nowość w argumentacji Ulpiana dotyczyła tylko użycia słów *natura obligatio* w uzasadnieniu tego, że wytoczenie skargi co do jednego ze zbiegających się zobowiązań powoduje umorzenie drugiego. Oparta na nich argumentacja zapewniała ekonomiczną spójność usprawiedliwionych oczekiwań w ramach obu zobowiązań o to samo świadczenie. Porównując tę wypowiedź Ulpiana z przedstawionym wyżej przypadkiem użycia słów *natura obligationis* przez Papiniana możemy dostrzec, że odwołanie się do nich przez obu jurystów „wykraczało” poza odmiennie dogmatycznie stanowiska prawników. Obaj użyli zwrotu *natura obligationis*, kierując uwagę na niezależny od dogmatycznych zawiłości ekonomiczny sens ocenianych sytuacji. Kolejnym przykładem wzbogacającym obraz takiej praktyki językowej jest fragment z siedemdziesiątej księgi komentarza Ulpiana do edyktu. Jest on poświęcony stypulacjom pretorskim. Tekst rozpoczyna się od przedstawienia ich podziału na trzy rodzaje: dokonywane dla zabezpieczenia wykonania rozpoczętego procesu (*iudiciales*), dające nową skargę poszkodowanemu, aby ułatwić ochronę prawną, (*cautionales*) i dokonywane w związku z procesem (*communes*). Po wskazaniu tego podziału dogmatycznego Ulpian stwierdził, że „wszystkie stypulacje ze swej natury (*natura sui*) są zabezpieczające”, gdyż celem stypulacji jest to, że ktoś czuje się bezpieczniejszy i spokojniejszy³⁴. W romanistyce podnoszono wątpliwości co do klarowności i użyteczności trójelementowej systematyki stypulacji pretorskich³⁵. Ich rozwinieciem był spór o to, czy, a jeśli tak, to w jakim zakresie fragment oddaje oryginalną myśl Ul-

32. D. 46,3,93 (Cervidiusz Scevola *sing. quaest. publ. tract.*), D. 45,2,13 (Wenoniusz 3 *stipul.*).

33. D. JOHNSTON, *On a Singular Book of Cervidius Scaevola*, Berlin 1987, 67; P. KIESS, *Die confusio im klassischen römischen Recht*, Berlin 1995, 96.

34. D. 46,5,1 pr.-4 (Ulpian 70 *ed.*): *Praetoriarum stipulationum tres videntur esse species, iudiciales cautionales communes. 1. Iudiciales eas dicimus, quae propter iudicium interponuntur ut ratum fiat, ut iudicatum solvi et ex operis novi nuntiatione. 2. Cautionales sunt autem, quae instar actionis habent et, ut sit nova actio, intercedunt, ut de legatis stipulationes et de tutela et ratam rem haberi et damni infecti. 3. Communes sunt stipulationes, quae fiunt iudicio sistendi causa. 4. Et sciendum est omnes stipulationes natura sui cautionales esse: hoc enim agitur in stipulationibus, ut quis cautior sit et securior interposita stipulatione.*

35. Por. G. BRANCA, rec. A. MOZZILLO, *Contributi allo studio delle 'stipulationes pretoriae'*, Napoli 1960, IURA 12 (1961) 35.

piana. W oparciu o istniejące źródła pewne rozstrzygnięcie sporu o genezę i znaczenie wskazanego trójpodziału *stipulationes* nie jest możliwe. Z punktu widzenia niniejszych rozważań istotne jest jednak dostrzeżenie, że sens myśli Ulpiana, iż „z natury wszystkie stypulacje są zabezpieczające” sprowadza się do przeciwstawienia mogącej budzić wątpliwości różnorodności dogmatycznej stypulacji pretorskich, jasnemu zdaniu, że wszystkie one mają tę samą funkcję praktyczną³⁶. Odwołanie do *natura* nie oznacza tu dogmatycznej jednolitości typu zobowiązania. W takiej formie wypowiedzi jurysta skierował uwagę ku usprawiedliwionym oczekiwaniom wierzyciela mówiąc o jego bezpieczeństwie i spokoju. W innym fragmencie z komentarza Ulpiana do edyktu spotykamy jedyny pochodzący od późnoklasycznego jurysty przypadek użycia zwrotu *natura contractus*³⁷. Występuje on w ramach rozważań poświęconych swobodzie kształtowania treści zobowiązania chronionego skargą z klauzulą *ex fide bona*. Powołując się na Papiniana, Ulpian wyjaśnił, że rozróżnia się pomiędzy nietypowymi porozumieniami (*pacta*) przyjętymi w chwili zawarcia kontraktu i tymi, które zostały dodane przez strony po powstaniu zobowiązania umownego. Pierwsze, nazwane *ex continenti*, należały do treści kontraktu. Odmienne traktowanie tych drugich, określonych jako *ex intervallo*, polegało na tym, że ich wykonania nie można było żądać za pomocą skargi kontraktowej. Po przedstawieniu tej teorii Papiniana i dwóch ilustrujących ją przykładów dotyczących umów o zwrot posagu oraz wysokość odsetek dla opiekuna, czytamy w tekście, że „gdy jakiś czas po zawarciu umowy sprzedaży coś zostało umówione poza naturą kontaktu (*extra naturam contractus*), to nie można skorzystać ze skargi właściwej dla sprzedaży z uwagi na regułę, iż z nieformalnego porozumienia nie powstaje skarga”. W naukowej dyskusji poświęconej temu fragmentowi podjęto w szczególności dwa istotne dla niniejszych rozważań kwestie. Pytanie o oryginalność tekstu oraz sens zawartego w nim zwrotu *natura contractus*. Co do pierwszej z wyróżnionych kwestii widoczna jest wyraźna ewolucja poglądów w ciągu XX i w początkach XXI stulecia. Dominuje dziś pogląd uznający autorstwo Ulpiana, ale i skróty kompilatorów w końcowej części tekstu³⁸. Paola Lambrini wyraziła niedawno w tym kontekście myśl, że słowa *extra naturam contractus*

36. Por. A. GUARINO, *La classificazione delle stipulationes praetoriae*, Labeo 8 (1962) 214.

37. D. 2,14,7,5 (Ulpian 4 ed.): *Quin immo interdum format ipsam actionem, ut in bonae fidei iudiciis, solemus enim dicere pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis, sed hoc sic accipendum est, ut si quidem ex continenti pacta subsecuta sunt, etiam ex parte actoris insint, si ex intervallo, non inerunt, nec valebunt, si agat, ne ex pacto actio nascatur. (...) ea enim pacta insunt, quae legem contractui dant, id est quae in ingressu contractus facta sunt. idem responsum scio a Papiniano, et si post emptionem ex intervallo aliquid extra naturam contractus conveniebat, ob hanc causam agi ex empto non posse propter eandem regulam, ne ex pacto actio nascatur. quod et in omnibus bonae fidei iudiciis erit dicendum (...).*

38. ROTONDI, *Natura contractus* (wyżej przyp. 23) 112 nn, wykazywał że zarówno przedstawiona w tekście teoria, jak i zwrot *natura contractus* pochodzą od justyniańskich kompilatorów. Tak też M. KASER, *Die Rechtsgrundlage der actio rei uxoriae*, RIDA 2 (1949) 532 nn; R. KNÜTEL, *Die Inhärenz der exceptio in bonae fidei iudicium*, ZSS 84 (1967) 141 nn. Pogląd ten był stopniowo podważany od drugiej połowy XX wieku. Nie ma on przekonujących podstaw źródłowych. W najnowszych pracach nie podnosi się już zarzutów co do oryginalności tekstu, por. CARDILLI, *Il problema della resistenza* (wyżej przyp. 15) 54 przyp. 135 (tam dalsza lit.).

mogły zostać wpisane przez prawników justyniańskich w miejsce znanej z tekstu Papiniana formuły „umowy, które coś dodają” (*pacta quae aliquid addiciunt*)³⁹. Bezpośrednia weryfikacja tej hipotezy nie jest możliwa. Pośrednio będzie można się do niej odnieść, podejmując – trwale w dyskusji naukowej – pytanie o sens zwrotu *natura contractus* w argumentacji prawniczej. Treść zdania, w którym on występuje pozwala uznać, iż stanowił fragment samodzielnej refleksji Ulpiana⁴⁰. Jurysta powiązał sens przedstawionej teorii Papiniana z dwoma obecnymi w dyskursie prawniczym maksymami: opartym na dobrej wierze nakazie urzeczywistnienia zgodnego zamiaru stron z chwili zawarcia kontraktu⁴¹ oraz reguły, iż nietypowa umowa (*pactum*) nie rodzi prawnego obowiązku jej wykonania (*ne ex pacto actio nascatur*). W nauce wyrażano pogląd, iż powiązanie zwrotu *extra naturam contractus* i reguły *ne ex pacto actio nascatur* stanowiło tylko odwołanie się do zasady, zgodnie z którą źródłem zobowiązania mogą być jedynie wskazane przez prawo typy umów⁴². G. Rotondi łączył tu kryterium natury kontaktu z ustaloną przez strony w chwili powstania zobowiązania strukturą stosunku prawnego⁴³. Niedawno odniósł się to tej kwestii R. Cardilli. Stwierdził on, iż „termin *natura* kwalifikuje ten zakres treści sprzedaży, który choć ‘akcesoryjny’ to byłby typowy dla zawartego kontraktu”⁴⁴. Ulpian nie podjął jednak żadnych rozważań co do treści *pactum* dodanego w chwili zawarcia kontaktu. P. Lambriini sformułowała przypuszczenie, że jurysta oceniał porozumienie, które nie zmieniało istotnych cech kontraktu, ale coś do niego dodawało⁴⁵. Przekonujące w tym sposobnie myślenia jest to, że chodzi o porozumienie zmieniające rozkład ryzyk i korzyści w istniejącym już kontrakcie. Ogólna formuła *natura contractus* nie daje jednak podstaw aby precyzować kierunek i zakres tych zmian. Dlatego parafrazując myśl G. Rotondiego trafne wydaje mi się powiązanie „natury kontraktu” z jakimś ładem istniejącym w chwili powstania konkretnego zobowiązania. Uważam, że poszukując argumentacyjnego sensu słów *natura contractus* należy zwrócić uwagę na to, że zróżnicowanie przez Ulpiana skutków prawnych *pacta* wynikało tylko z momentu ich zawarcia. W tym względzie stanowisko Ulpiana różni się od zachowanego w źródłach poglądu Papiniana, który odmiennie oceniał skutkami późniejszych porozumień, które coś pomniejszają lub

39. Por. D. 18,1,72 pr. (Papinian 10 *quaest.*); P. LAMBRINI, *Brevi riflessioni in tema di patti modificatori*, w: *Studi per Giovanni Nicosia*, t. 4, Milano 2007, 320.

40. Tak też: CARDILLI, *Il problema della resistenza* (wyżej przyp. 15) 52 nn.

41. Por. B. SCHMIDLIN, *Römische Rechtsregeln*, Köln-Wien 1970, 119 nn; DĄCZAK, *Zwrot bona fides*, (wyżej przyp. 19) 43 nn.

42. TALAMANCA, *La bona fides* (wyżej przyp. 14) 73.

43. ROTONDI, *Natura contractus* (wyżej przyp. 23) 111, uważał, że takie postrzeganie praktyki kontraktowej wprowadzili kompilatorzy justyniańscy.

44. CARDILLI, *Il problema della resistenza* (wyżej przyp. 15) 55 nn.

45. LAMBRINI, *Brevi riflessioni* (wyżej przyp. 35) 320-321.

dodają w treści konkretnego kontraktu sprzedaży⁴⁶. Nawiązując do analizowanych wcześniej źródeł wspiera to wniosek, że jurysta odnosił zwrot *natura contractus* do powstałej w chwili zawarcia kontraktu struktury korzyści i ryzyk. Można więc wnioskować, że występujący tu pierwszy raz zwrot *natura contractus* był rozwinięciem praktyki językowej, w której odniesienie do „natury” wyrażało spojrzenie na umowę z perspektywy usprawiedliwionych oczekiwań stron z chwili powstania zobowiązania. Można przypuszczać, iż stosunkowo późne i ograniczone pojawienie się tego kryterium argumentacyjnego, było w części następstwem ewolucji języka prawniczego, w którym stopniowo rozwijały się różne sposoby użycia słowa *natura*, a w części wynikiem trudności „wymacypowania” się tego kryterium z oceny według dobrej wiary. To właśnie odniesienie do dobrej wiary przyniosło wyraźne powiązanie wykładni umowy z jej celem. Wspólne dla obu tych formuł argumentacyjnych było to, że wyrażały odniesienie do zewnętrznych względem prawa wartości⁴⁷. Lektura tekstów Papiniana i Ulpiana, zawierających różne językowo postaci odwołań do „natury umowy” dała podstawę do sformułowania i umacniania hipotezy, że kierują one uwagę ku ekonomicznemu sensowi rozważanych sytuacji. W szczegółach wyrażał się on przez takie myśli jak: wierzyciel nie może w sposób usprawiedliwiony oczekiwać wynagrodzenia za korzystanie z rzeczy oddanej na przechowanie, gdy się co do tego nie umówiono; wierzyciel powinien móc oczekiwać tego samego od każdego z dłużników, na których w ramach jednego zobowiązania ciąży to samo świadczenie; nie można oczekiwać, aby dłużnik spełnił dwa razy to samo świadczenie, oraz, że należy chronić stabilność przyjętego w chwili powstania zobowiązania rozkładu ryzyk i korzyści. Ich specyfiki upatruję w tym, iż przekraczały one formalnodogmatyczne schematy oraz kontrowersje i opierały się na postrzeganiu omawianej umowy jako instrumentu do realizacji oczekiwanego celu praktycznego. Odwołanie w argumentacji do „natury” skupiało uwagę na adekwatności porozumienia stron do realizacji tego celu. Zakładało istnienie ładu, pozwalającego osiągnąć wskazaną adekwatność między instrumentem a celem. Dostrzeżone w oparciu o źródła cechy tego ładu łączą się z wytyczaniem ram usprawiedliwionych oczekiwań wierzyciela. Wyciąganie takich samych wniosków w oparciu o leżące u podstaw *bona fides* filozoficznoprawne wyobrażenia Rzymian o celach prawa byłoby także możliwe w ramach swobodniejszej interpretacji⁴⁸. Można zatem powiedzieć, że wprowadzenie kryterium „natury umowy” do rzymskiego języka prawniczego służyło precyzyjniejszemu powią-

46. Por. D. 18,1,72 pr. (Papinian 10 *quaest.*).

47. Por. TALAMANCA, *La bona fides* (wyżej przyp. 14) 73.

48. Analizując przypadki operowania przez jurystów zwrotem *bona fides* w praktyce kontraktowej sformułowałem wniosek, że były one „katalizatorem” znajdowania rozstrzygnięć odpowiadających wskazanym przez Ulpiana (D. 1,1,10,1 – Ulpian 2 *reg.*) nakazom prawa: żyć uczciwie (*honeste vivere*), nie wyrządzać innemu szkody (*alterum non laedere*) oddać każdemu to, co jego (*sum cuique tribuere*). Por. DAJCZAK, *Zwrot bona fides* (wyżej przyp. 19) 148 nn.

zaniu argumentacji prawniczej z intuicją co do istnienia niezależnych od prawa zasad ekonomicznej racjonalności zawieranych umów. Uzasadniające ten wniosek przykłady pochodzą jednak tylko z kilku tekstów późnoklasycznych jurystów, którzy wyróżniali się predyspozycjami do refleksji teoretycznoprawnej. Taka praktyka językowa nie wyszła w okresie późnoklasycznym poza fazę „embryonalną”. Nie była jednolita, bo towarzyszył jej przypadek użycia słowa *natura* przez Paulusa dla wyrażenia tego, co typowe w dogmatycznym kształcie kontraktu. Powstaje zatem pytanie o walor tego doświadczenia dla prawników, którzy modernizowali prawo w czasach Justyniana i przygotowali kompilację justyniańską.

3. „Natura umowy” w konstytucjach justyniańskich

Patrząc na używanie słowa *natura* w języku kompilatorów justyniańskich można stwierdzić, że wyróżniają się przypadki odwołania do natury skargi lub natury konkretnej instytucji. Justyniańscy prawnicy chętnie sięgali do tego określenia, wyjaśniając wprowadzone przez cesarza innowacje. W ten sposób mówili na przykład o tym, co jest właściwe naturze zmienionej skargi o zwrot posagu (*et natura quidem ex stipulati actionis haec intellegatur*)⁴⁹, czy też prezentowali jednolitą naturę zapisów i modyfikację odpowiedzialności z tytułu *pecunia constituta* jako „poszerzenie jej natury” (*necessarium nobis visum est magis pecuniae constitutae naturam ampliare*)⁵⁰. Dostrzeżenie takiego stanu źródeł dało asumpt do sformułowania na początku XX stulecia myśli, że to prawnicy czasów Justyniana zbudowali teorię *natura actionis*, dotyczącą „prawnej struktury skarg” i z nią łączyli budowanie teoretycznych wizji instytucji prawnych⁵¹. Rozwijając ten pogląd G. Rotondi uważał, iż było to teoretyczne uogólnienie, które zastępowało brakujące u Rzymian pojęcie stosunku prawnego. Jego „odbiciem” miało być także określenie *natura contractus*⁵². Łącząc dogmatyczne innowacje Justyniana z taką hipotezą G. Rotondi uważał, że „prawnicy justyniańscy i późniejsi prawnicy bizantyjscy rozumieli pojęcie *natura* jako oznaczenie ustalonej przez porządek prawny struktury lub zespołu elementów, służących do zbudowania autonomicznej figury prawnej”⁵³. Innymi słowy, natura skargi czy umowy stanowiły – zdaniem tego włoskiego romanisty – oznaczenie wymaganych i dozwolonych przez prawo elementów

49. C. 5,13,1,1 (Justynian 530).

50. C. 4,18,2 pr (Justynian 531).

51. ROTONDI, *Natura contractus* (wyżej przyp. 23) 5 nn.

52. *Ibidem*, 48.

53. *Ibidem*, 18.

treści stosunku prawnego, które zostały przyjęte w chwili jego powstania⁵⁴. Myśl G. Rotondi o postawieniu na równi zwrotów *natura actionis* i *natura contractus* budzi jednak wątpliwości. Po pierwsze, wyraźne odniesienie do „natury umowy” spotykamy w tekście kompilacji justyniańskiej tylko trzy razy. Baza źródłowa jest więc bardzo skąpa dla stanowczego uogólnienia. Po drugie, przedstawiony pogląd włoskiego romanisty został w dużym stopniu oparty na argumentach pochodzących z późniejszych od Justyniana o około blisko 300 lat „Bazylik”, bizantyjskiej parafrazy justyniańskiego „Kodeksu” i „Digestów”⁵⁵. W tym stanie rzeczy właściwe wydaje się skupienie uwagi na pytaniu o to, jaka była funkcja odniesień do „natury umowy” w argumentacji prawniczej zachowanej w „Kodeksie” i „Instytucjach” Justyniana? Pierwszym przykładem z tego zakresu jest konstytucja Justyniana umieszczona w tytule „Kodeksu” poświęconym uchyleniu instytucji „rzecznika wolności” (*adsertor*). Zmiana ta sprawiła, iż spór o wolność nie mógł się już toczyć po śmierci osoby, która jako powód zmierzała do wykazania, że była błędnie uważana za niewolnika. W konsekwencji pojawiła się wątpliwość, czy ten kto kupił taką osobę może po jej śmierci wystąpić przeciwko sprzedawcy, powołując się na to, że „kupił” osobę wolną, a zatem zawarł nieważny kontrakt. Zasadniczym tematem konstytucji jest usunięcie tej wątpliwości. W jej tekście wyjaśniono, że w nowym stanie prawnym kupujący może wystąpić przeciwko sprzedawcy. Ten uwolni się od odpowiedzialności, jeśli wykaże, że sprzedana osoba była niewolnikiem. W tym kontekście prawnicy cesarscy dodali, że w przypadku, gdyby sprzedaż dotyczyła człowieka wolnego, regres kupującego przeciwko sprzedawcy obejmuje to, co było zawarte w dokumencie sprzedaży albo to, czego wymagała natura umowy⁵⁶. Interpretując ten tekst, G. Rotondi stwierdził, że użycie słów *natura contractus* służyło określeniu wytyczonego przez prawodawcę zakresu odpowiedzialności sprzedawcy⁵⁷. Dieter Medicus w ramach studiów nad służącą określeniu odszkodowania klauzulą *id quod interest* stwierdził krótko, że jako jej ekwiwalent należy rozumieć występujące w konstytucji sformułowanie *quo natura contractus exigebat*⁵⁸. Dla oceny funkcji słów *natura contractus* w rozważanej konstytucji istotne jest, moim zdaniem, zwrócenie uwagi na to, że stanowiły one jedno z alternatywnie sformułowanych kryteriów określenia wielkości roszczenia kupującego. Przypomnijmy, że w „Digestach”

54. *Ibidem*, 73.

55. Giovanni Rotondi twierdził, że „zrekonstruowaną” w ten sposób justyniańską teorię „natury umowy” wyrażają także obecne w tekstach klasycznych prawników odniesienia do „natury umowy”. Dlatego uznał je za wynik przeróbek dokonanych przez justyniańskich prawników.

56. C.7,17,2,1 (Justynian 531): (...) *habeat regressum adversus venditorem, ut ei quasi liberae personae venditor reddat id, quod emptionali instrumento continebatur vel natura contractus exigebat*.

57. ROTONDI, *Natura contractus* (wyżej przyp. 23) 11.

58. D. MEDICUS, *Id quod interest*. Studien zum römischen Recht, Köln 1962, 77.

Justynian powtórzył stanowisko prawników klasycznych, którzy różnicowali zakres odpowiedzialności sprzedawcy stosownie do tego czy wiedział, czy też nie, o niemożliwości osiągnięcia celu kontraktu. Co do pierwszej z tych sytuacji w pochodzącym z przełomu II i III wieku teksie Paulusa znajdujemy wyjaśnienie, że sprzedawca powinien zwrócić kupującemu tyle, ile odpowiada naruszonemu „interesowi” (*quod interest restituere*)⁵⁹. Trafna zatem jest myśl D. Medicusa, iż słowa *natura contractus* pełniły tu taką samą funkcję, jaką w dyskursie prawników klasycznych miał zwrot *quod interest*. Podstawę dla ustaleń przyczyny tej zmiany językowej i stojącego za nią wyobrażenia o sensie „natury umowy” daje jedna z dwóch znanych konstytucji justyniańskich, w których występuje zwrot *quod interest*⁶⁰. Spotykamy w niej wyjaśnienie, iż budził on dawniej nieskończone wątpliwości⁶¹. Jako właściwą drogę ich przewyciężenia Justynian wskazał, aby „we wszystkich przypadkach, w których jest precyzyjnie określona ilość lub natura” uznać, iż określenie wielkości *id quod interest* nie może być wyższe od dwukrotności przyjętej przez strony wielkości⁶². Obraz staje się wyraźniejszy, gdy zestawimy tę wypowiedź z konstytucją, w której zwrot *natura contractus* wyznaczał wielkość roszczenia kupującego. Takie zestawienie pozwala przypuszczać, iż u podstaw użycia słów *natura contractus* leżało – zgodne z prawem cesarskim – skierowanie uwagi ku ekonomicznemu sensowi kontraktu. Powiązanie odniesienia do „natury” z opisem dawnej kontrowersji spotykamy także w jednym z fragmentów „Instytucji” Justyniana⁶³. W tym podręczniku została przypomniana – znana także dzięki innym źródłom – dyskusja wywołana poglądem Kwintusa Mucjusza Scewoli, że „spółka nie mogłaby być zawarta w ten sposób, iż wspólnik ma inny udział w stracie i w zysku”⁶⁴. W teksie justyniańskich „Instytucji” czytamy, że sprzeciw Kwintusa Mucjusza opierał się na sprzeczności takiego postanowienia z naturą spółki (*contra naturam societatis talem pactionem esse existimavit*). W analogicznym fragmen-

59. D.18,1,57,1 (Paulus 5 Plaut.).

60. Por. MEDICUS, *Id quod interest* (wyżej przyp. 58) 296.

61. C. 7,47,1 (Justynian 531): *Cum pro eo quod interest dubitationes antiquae in infinitum producere sun(...)*.

62. C. 7,47,1,1 (Justynian 531): *Sancimus itaque in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam, veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus, quod hoc interest dupli quantitatem minime excedere (...)*.

63. I. 3,25,2: *De illa sane conventione quaesitum est, si Titus et Seius inter se pacti sunt, ut ad Titium lucri duae partes pertineant, damni tertia, ad Seium duae partes damni, lucri tertia, an rata debet haberi conventio? Quintus Mucius contra naturam societatis talem pactionem esse existimavit, et ob id non esse ratam habendam. Servius Sulpicius, cuius sententia prevaluit, contra sentit, quia saepe quorundam ita pretiosa est opera in societate, ut eos iustum sit meliore condicione in societatem admitti: nam et ita coiri posse societatem non dubitatur, ut alter conferat, alter non conferat et tamen lucrum inter eos commune sit, quia saepe opera, alicuius pro pecunia valet. et adeo contra Quinti Mucii sententiam optinuit, ut illud quoque constiterit posse convenire, ut quis lucri partem ferat, damno non teneatur, quod et ipsum Servius convenienter sibi existimavit: quod tamen ita intellegi oportet, ut, si in aliqua re lucrum, in aliqua damnum allatum sit, compensatione facta solum quod superest intellegatur lucri esse.*

64. D. 17,2,30 (Paulus 6 Sab.): *Mucius libro quarto decimo scribit non posse societatem coiri, ut aliam damni, aliam lucri partem socius ferat (...)*.

cie pochodzących z II wieku po Chr. „Instytucji” Gaiusa, które w znacznym stopniu wpłynęły na tekst justyniańskiego podręcznika, nie ma wzmianki o „naturze spółki”⁶⁵. W rękopisie dzieła Gaiusa nie ma luki pozwalającej przypuszczać, że wzmianka się zatarła⁶⁶. W tym stanie źródeł należy uznać, że słowa *contra naturam societatis* zostały wprowadzone przez prawników justyniańskich. Sądzę, że użyli ich dla syntetycznego nazwania fundamentów poglądu Kwintusa Mucjusza Scewoli. Sięgając do dyskusji jurystów można wskazać dwie kwestie będące źródłem kontrowersji. Pierwsza, czy jest praktycznie racjonalne uprzywilejowanie jednego ze współników przez zapewnienie mu większego udziału w zysku niż w stracie? Druga, czy i jak jest rachunkowo możliwe zróżnicowanie udziału w zysku i stracie tego samego współnika? Stanowisko Kwintusa Mucjusza uznającego konieczność równości między udziałem w zyskach i stratach tego samego współnika, opierało się najprawdopodobniej na pierwotnej dla spółki idei równowagi ekonomicznej między spadkobiercami⁶⁷. Zasadność jego przełamania w imię ekonomicznej efektywności była stopniowo umacniana przez prawników. Serwiusz Sulpicjusz Rufus w I wieku przed Chr. wyjaśnił, iż można w pewnym zakresie uprzywilejować współnika, który prowadzi sprawy współników⁶⁸. W połowie II wieku po Chr. Gaius twierdził ogólniej, że słuszność przemawia za taką możliwością, „o ile jego praca wydaje się tak wartościowa”⁶⁹. Ulpian zilustrował tę myśl przykładami, wskazując na szczególny walor pracy współnika żeglarza lub udającego się w zagraniczną podróż⁷⁰. Autorzy justyniańskiego podręcznika już bezwarunkowo i ogólnie⁷¹ uznawali wadliwość stanowisko Kwintusa Mucjusza. Wyjaśnił, że „w spółce praca niektórych jest tak cenna, iż sprawiedliwe jest dopuszczenie ich do spółki na lepszych warunkach”⁷². Przełamanie wypowiedzianej przez Kwintusa Mucjusza zasady budziło także wątpliwość z punktu widzenia logicznej reguły, iż to samo zdarzenie nie może być jednocześnie zyskiem i stratą. Rachunkowy model jej przewyciężenia zaproponował Serwiusz Sulpicjusz

65. G. 3,149.

66. F. HORAK, *Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo*, t. 1, Aalen 1969, 158.

67. Por. TALAMANCA, *La bona fides* (wyżej przyp. 14) 30; F. BONA, *Studi sulla societa consensuale in diritto romano*, Milano 1973, 27. Por. też: O. BEHREND, *Le due giurisprudenze romane e le forme delle loro argomentazioni*, Index 12 (1983-1984) 205. Niemiecki romanista wyraził pogląd, że stanowisko Kwintusa Mucjusza opierało się nie na wizji dogmatycznoprawnej, ale na uwzględnieniu społecznej i ekonomicznej rzeczywistości.

68. D. 17,2,29,1 (Ulpian 30 *Sab.*).

69. G. 3,149.

70. D. 17,2,29,1 (Ulpian 30 *Sab.*).

71. Por. HORAK, *Rationes decidendi* (wyżej przyp. 66) 158 nn.

72. I. 3,25,2. W romanistyce był spór co do tego, czy celem takiego rozwiązania było wprowadzenie środka prawnego przeciwko gorszemu traktowaniu współnika, który nie wnosi kapitału (tak. F. WIEACKER, *Societas: Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft, Untersuchungen zur Geschichte des römischen Gesellschaftsrechts*, Weimar 1936, 261 nn), czy też zgoda na uprzywilejowane traktowanie współnika prowadzącego sprawy spółki (tak M. TALAMANCA, *Costruzione giuridica e strutture sociali fino a Quinto Mucio*, w: *Societa romana e produzione schiavistica*, t. 3, Bari 1981, 25).

Rufus. Chciał, aby „ustalać różny udział w zysku na podstawie tego, co jest *per saldo* aktywem, tj. po odjęciu łącznej straty, i ustalać różny udział w stracie na podstawie tego, co jest *per saldo* stratą”⁷³. Poświecone temu wyjaśnienie w „Instytucjach” Justyniana jest obszerniejsze. Czytamy w nich, iż „to należy rozumieć w ten sposób, że jeśli jedna transakcja przynosi zysk, a druga stratę, po dokonaniu potrącenia tylko to, co pozostaje, uważa się za zysk”⁷⁴.

Trwałość niejasności co do rachunkowego sposobu przełamania reguły Kwintusa Mucjusza potwierdza sporządzona po grecku przez jurystę Teofila w 534 roku parafraza „Instytucji” justyniańskich. Zawarte w niej wyjaśnienia co do metody wyliczania różnego udziału w zysku i stracie tego samego współnika są jeszcze bardziej rozbudowane. Zostały oparte na przykładzie wystąpienia zysku i straty w różnych branżach prowadzonej przez spółkę działalności oraz na przypadku likwidacji spółki⁷⁵. Wskazane źródła dają zatem podstawę do przypuszczenia, że justyniańscy prawnicy użyli słów *contra naturam societatis* dla wyrażenia odmienności poglądu Kwintusa Mucjusza, tkwiącej w innym rozumieniu ekonomicznego sensu kontraktu. Podobnie jak w przedstawionej wyżej konstytucji, a inaczej niż u późnoklasycznych jurystów, *natura* nie jest tu kryterium oceny postanowienia umownego. Służy tylko wyrażeniu myśli, że obowiązujące rozwiązanie dogmatyczne pozwala osiągnąć akceptowany rezultat ekonomiczny.

W justyniańskich „Instytucjach” spotykamy jeszcze jeden przypadek użycia argumentu natury umowy⁷⁶. W ramach wyjaśnień pokazujących bliskość kontraktów sprzedaży (*emptio venditio*) i *locatio conductio* (służącego odpłatnemu korzystaniu z cudzych rzeczy) wspomina się, że przez długi czas było wątpliwe, który z nich obejmuje oddanie gruntu do trwałego korzystania w zamian za czynsz. Przypomniano, że niejasność tą usunęła konstytucja cesarza Zenona. Prawnicy tego władcy z drugiej połowy V wieku po Chr., w oderwaniu od wcześniejszej dyskusji jurystów, wyodrębnili emfiteuzę (*ius emfiteuticarium*) jako samodzielny typ prawa ustanawianego w drodze umowy⁷⁷. Akcentując oryginalność i trwałość tego rozwiązania Justynian stwierdził, że „konstytucja Zenona ustanowiła (*statuit*), że kontrakt emfiteutyczny ma swoistą naturę (*propriam naturam*), nie skłania się ani ku dzierżawie, ani sprzedaży, lecz opiera się na właściwych sobie porozumieniach. I jeśli nawet dodano by jakieś uzgodnienie, to ma obowiązywać tak, jakby należało do natury kontraktu”⁷⁸.

73. D. 17,2,30 (Paulus 6 Sab.).

74. I. 3,25,2: (...) *quod tamen ita intellegi oportet, ut, si in aliqua re lucrum, in aliqua damnum allatum sit, compensatione facta solum quod superest intellegatur lucri esse.*

75. Theoph. 3,25,2.

76. I. 3,24,3.

77. C. 4,66,1 (Zenon). Por. A. BOTTIGLIERI, *La nozione romana di enfiteusi*, Napoli 1994, 72.

78. I. 3,24,3: (...) *lex Zenoniana lata est, quae emphyteuseos contractui propriam statuit naturam neque ad locationem neque ad venditionem inclinantem, sed suis pactionibus fulciendam, et si quidem aliquid pactum fuerit, hoc ita optinere, ac si naturalis esset contractus (...).*

Występujące we fragmencie dwukrotne odwołanie do „natury umowy” pokazują wprost, iż łączyło się ono z przekonaniem o prawnej odrębności wynikającej ze specyfiki praktycznego celu umowy. Zestawmy tę wypowiedź z przedstawionymi wcześniej tekstami justyniańskimi. Daje to podstawę, aby potwierdzić i bardziej stanowczo wyrazić myśl, że prawnicy cesarscy mówiąc o „naturze umowy”, podkreślali adekwatność prawa cesarskiego do osiągania takich celów praktycznych, jakich wierzyiciel może w sposób usprawiedliwiony oczekiwać. Patrząc szerzej na praktykę operowania słowem *natura* w odniesieniu do kontraktów można stwierdzić, że zarówno juryści późnoklasycy, jak i prawnicy Justyniana, przyjmowali w tych wypowiedziach istnienie wymiaru dogmatycznego i ekonomicznego praktyki kontraktowej⁷⁹. Odmienność dotyczyła rozumienia relacji między tymi sferami. Tylko u Papiniana i Ulpiana można dostrzec w tym kontekście intuicję co do niezależności ładu ekonomicznego jako kryterium oceny postanowień kontraktowych.

4. Konkluzje

W zachowanych źródłach prawa rzymskiego odniesienia do „natury” przy opisie lub ocenie kontraktów spotykamy w kilku tekstach Papiniana, Paulusa i Ulpiana oraz w kilku konstytucjach z czasów panowania cesarza Justyniana I. Opierając się na takiej podstawie źródłowej możemy uznać, że twórcze z punktu widzenia argumentacji prawniczej było wprowadzenie przez Papiniana, a za nim Ulpiana, kryterium „natury umowy” dla wytyczania granic skuteczności zobowiązań zawierających nietypowe porozumienia stron. Lektura tekstów tych jurystów dała podstawę do sformułowania i przyjęcia hipotezy, że kierują one uwagę ku ładowi ekonomicznemu rozważanych sytuacji. Wyjątkiem od takiej praktyki językowej jest jeden tekst Paulusa, w którym słowo *natura* wyrażało typowość określonej cechy dogmatycznej. Dostrzeżony u Papiniana i Ulpiana sposób użycia kryterium „natury umowy” w argumentacji prawniczej nie wyszedł do końca III wieku poza fazę „embrionalną”. Tłumaczyć to można trudnością „wymancypowania” się oceny według tego kryterium względem oceny opartej na *bona fides*.

Źródła nie pozwalają na rozbudowaną i stanowczą rekonstrukcję cech leżącego u podstaw „natury umowy” ładu. Jako jego przejawy dostrzegłem takie myśli jak: wierzyiciel nie może w sposób usprawiedliwiony oczekiwać wynagrodzenia za korzystanie z rzeczy oddanej na przechowanie, gdy się co do tego nie umówiono; wierzyiciel powinien móc oczekiwać tego samego od każdego z dłużników, na których w ramach jednego zobowiązania ciąży to samo świad-

79. Odmienne ROTONDI, *Natura contractus* (wyżej przyp. 23) 73.

czenie; nie można oczekiwać, aby dłużnik spełnił dwa razy to samo świadczenie czy też należy chronić stabilność przyjętego w chwili powstania zobowiązania rozkładu ryzyk i korzyści. Oparta na kryterium „natury” ocena postanowienia kontraktowego zakładała spojrzenie z perspektywy usprawiedliwionych według chwili powstania zobowiązania oczekiwań wierzyciela. Wprowadzenie kryterium „natury umowy” do rzymskiego języka prawniczego pozwalało na precyzyjniejsze niż w przypadku *bona fides* powiązanie argumentacji prawniczej z intuicją co do istnienia niezależnych od prawa zasad ekonomicznej racjonalności zawieranych umów. Niewielka liczba odniesień do „natury umowy” w źródłach poklasycznych wskazuje, że w antyku kryterium to nie osiągnęło teoretycznej ani praktycznej „dojrzałości”.

Cenne jest jednak spostrzeżenie, że także w wypowiedziach prawników justyniańskich można dostrzec powiązanie zwrotu „natury umowy” z ekonomicznym wymiarem kontraktu. Na tym jednak podobieństwa między nimi się kończą. W wypowiedziach prawników z VI wieku nie widać bowiem – dającej się uchwycić u późnych klasyków – myśli o niezależności cech ekonomicznego ładu względem prawa. Patrząc szerzej na tę różnicę, można ją postrzegać jako jeden z przejawów odmienności między dyskursem jurystów późnoklasycznych, inspirowanym głównie stoicyzmem, a stylem prawników justyniańskich właściwym dla kancelarii cesarza, mającego pełnię władzy i wizję odnowienia imperium.

Z perspektywy wspomnianych na wstępie wątpliwości i postawione go pytania, naszkicowane doświadczenie prawnicze zwraca uwagę na trzy kwestie. Pierwszą stanowi trudność w uchwyceniu argumentacyjnej samodzielności i specyfiki kryterium „natury umowy”. Druga polega na tym, że już w rzymskim języku prawniczym znajdujemy przypadki akcentowania przy pomocy słowa *natura* zarówno tego, co należy do dogmatycznego ładu kontraktu danego typu⁸⁰, jak i tego, co służy ekonomicznej racjonalności zobowiązania umownego. Trzecia to ustalenie, że w argumentacji prawników rzymskich wyraźnie silniejsza była intuicja powiązania „natury umowy” z ekonomicznym sensem kontraktu.

80. Rozwinięciem tego jest wprowadzone przez średniowieczną naukę prawa pojęcie *naturalia contractus* jako wynikających z prawa elementów treści umowy.

KS. ANTONI DĘBIŃSKI

Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II

„Rękopisy nie płoną” Profesor Stanisław Popławski i jego testament

U schyłku 2011 roku nakładem Wydawnictwa Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego ukazała się reedycja pracy profesora Stanisława Popławskiego pt. *„Bellum Romanum. Sakralność wojny i prawa rzymskiego”*¹. Pracowite i twórcze życie autora tej monografii, filologa klasycznego, znawcy starożytności, a szczególnie religii antycznych, dobiegło końca wkrótce po zakończeniu II wojny światowej. Na kilka miesięcy przed śmiercią profesor, świadomy swego stanu zdrowia, przygotował testament, w którym zawarł polecenie, aby spalić wszystkie jego nie wydane drukiem autografy, artykuły, monografie, notatki oraz konspekty do wykładów. Nowe wydanie jego pracy poświęconej wojnie rzymskiej jest dobrą okazją do przypomnienia osoby i dorobku autora oraz przedstawienia kwestii dyskusyjnych, dotyczących wykonania jego testamentu.



Stanisław Mieczysław Popławski² przyszedł na świat 20 grudnia 1883 roku w wielokulturowej Odessie, mieście stanowiącym podówczas ważne centrum życia społecznego i gospodarczego carskiej Rosji. Pochodził ze zubożałej rodziny ziemiańskiej, był synem Hipolita, powstańca styczniowego zesłanego na Syberię, i Apolonii z domu Zbrożek. Wykształcenie zdobył w stołecznym Petersburgu. Tam też po ukończeniu szkoły średniej studiował w latach 1912-18 na Wydziale Historyczno-Filologicznym Petersburskiego Uniwersytetu Państwowego. Wśród jego nauczycieli byli znakomici przedstawiciele nauki, m.in. Michaił I. Rostowcew (1870-1952), wybitny historyk i archeolog, znawca starożytności, jej aspektów ekonomicznych i społecznych³, a także Tadeusz Zieliński (1859-1944),

1. Wydawnictwo KUL, Lublin 2011.

2. Na temat życia, działalności i dorobku S. Popławskiego, por. A. DĘBIŃSKI, *Słowo wprowadzenia*, w: M. S. POPŁAWSKI, *‘Bellum Romanum’. Sakralność wojny i prawa rzymskiego*, Lublin 2011, 11-16; H. HOFFMAN, s.v. *Popławski Mieczysław*, w: *Religia. Encyklopedia PWN*, t. 1, Warszawa 2001, 196; G. KAROLEWICZ, *Nauczyciele akademicy Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego w okresie międzywojennym*, t. 2, Lublin 1996, 176-177; J. KRÓKOWSKI, *Mieczysław St. Popławski (ur. 1893, zm. 1946)*, 42 *Eos* 2 (1947) 114-128; H. PODBIELSKI, s.v. *Popławski Mieczysław Stanisław*, w: *Polski Słownik Biograficzny*, t. 27, 613-614; R. SAWA, s.v. *Popławski Mieczysław*, w: *Encyklopedia Katolicka*, t. 15, Lublin 2011, szp. 1425.

3. W.I. KUZYSZYN, *Bolszaja Sowjetskaja Enciklopedija*, t. 22, Moskwa 1975, 319, s.v. *Rostowcew Michaił (1870-1952)*.

historyk kultury i filolog klasyczny, jeden z najwybitniejszych i najwszechstronniejszych polskich badaczy świata antycznego⁴. Należy przy tym stwierdzić, że Uniwersytet Petersburski, jeden z najstarszych w Rosji, założony przez Piotra I w pierwszej połowie XVIII wieku, odegrał dużą rolę w formowaniu przyszłych kadr naukowych powstałego w 1918 r. Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego. Oprócz Popławskiego na tamtejszym Wydziale Historyczno-Filologicznym studiowali przyszli lubelscy profesorowie historii: Stanisław Ptaszycki (1853-1933), Konstanty Chyliński (1881-1939) i Aleksander Kossowski (1886-1965), a także filolog klasyczny Stefan Srebrny (1890-1962). Na Wydziale Prawnym te same uczelnie swoje naukowe szlify zdobywali związani później z lubelską uczelnią prawnicy: Bronisław Bouffał (1867-1949), Jerzy Fedorowicz (1888-?), Michał Orzęcki (1891-1941) i Henryk Radziszewski (1873-1923)⁵.

Ostatnie lata studiów Popławskiego w Petersburgu przypadły na okres niepokojny w dziejach Rosji, naznaczony wybuchem rewolucji październikowej, a następnie wojny domowej. Po ukończeniu studiów pozostał na krótko w mieście nad Newą, gdzie – jak czytamy w jego *curriculum vitae* – pracował w Dziale Muzealnym Komisariatu Oświaty⁶. W roku 1919, po dojściu do władzy w Rosji bolszewików, Stanisław Popławski, podobnie jak wielu innych profesorów polskiego pochodzenia, postanowił opuścić Petersburg i wyjechać do ojczyzny. Ze względu na walki toczące się na terenie Rosji jego podróż okazała się długa, pełna trudności i niebezpieczeństw. W czerwcu 1919 roku został aresztowany przez bolszewików, a następnie przez kilka miesięcy był więziony w Mińsku, Bobrujsku i Smoleńsku, skąd zbiegł.

W październiku 1919 roku ostatecznie udało mu się uzyskać przepustkę do Lublina, wydaną przez sztab 8 Dywizji Wojska Polskiego. Kiedy w 1920 roku wybuchła wojna między odrodzoną Rzeczypospolitą i dążącą do podboju Europy Rosją Sowiecką, zgłosił się na ochotnika do wojska polskiego. Z kampanii tej szczęśliwie powrócił, w jej trakcie jednak nabawił się gruźlicy płuc, która trawiła go do końca życia.

W 1919 roku rozpoczął pracę na KUL-u, początkowo jako lektor języka łacińskiego i greckiego. Jednocześnie, w latach 1921-1927, uczył historii i języka łacińskiego w znanym Prywatnym Żeńskim Gimnazjum i Liceum W. Arciszewskiej. Z lubelską *Alma Mater* związał się na trwałe i na zawsze, był – jak to ujął Juliusz Kleiner (1886-1957) – „jednym z głównych [jej] filarów”⁷. Pod koniec lat trzydziestych został profesorem

4. *Biogramy uczonych polskich*, cz. 1. *Nauki społeczne*, red. A. ŚRÓDKA, P. SZCZAWIŃSKI, z. 3: P-Z, Wrocław 1985, 595, s.v. *Tadeusz Zieliński*.

5. POL. KAROLEWICZ, *Nauczyciele akademicy* (wyżej przyp. 2) t. 1, 128-132; nt. dorobku wspomnianych prawników por. *Prawo. Kultura. Uniwersytet. 80 lat ośrodka prawniczego w KUL*, red. A. DĘBIŃSKI, Lublin 1999; *Profesorowie Prawa Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II*, red. A. DĘBIŃSKI, W. STASZEWSKI, M. WÓJCİK, wyd. 2, Lublin 2008.

6. Archiwum KUL, A-44n. *Akta personalne. Prof. dr Mieczysław Popławski, Curriculum vitae p. Mieczysława Stanisława Popławskiego*.

7. J. KLEINER, *Ś.p. prof. Mieczysław Popławski*, *Gazeta Lubelska* 8 (1946) 3.

nadzwyczajnym filologii klasycznej w zakresie języka i literatury łacińskiej, a w roku 1933 – profesorem zwyczajnym. Od 1936 roku aż do śmierci kierował Katedrą Filologii Łacińskiej. Podczas okupacji niemieckiej, 11 listopada 1939 roku wraz z grupą profesorów KUL został aresztowany przez Niemców i osadzony na Zamku Lubelskim, który w okresie II wojny światowej i okupacji pełnił rolę więzienia. Profesor spędził w nim pięć miesięcy; po zwolnieniu pracował w Polskim Czerwonym Krzyżu, równocześnie oddając się z pasją pracy naukowej.

W trakcie swej kariery akademickiej dwukrotnie był dziekanem Wydziału Nauk Humanistycznych KUL – po raz pierwszy w roku akademickim 1934/35, a następnie w 1939 roku. Funkcję tę pełnił nadal w roku akademickim 1944/45. Po wojnie należał do grona profesorów, którzy przyczynili się do reaktywowania Uniwersytetu. W 1944 roku, kiedy w niemal frontowych warunkach wznowił on swoją działalność, Popławski włączył się w życie uniwersyteckie i naukowe, walczyąc przyczyniając się do uruchomienia studium filologii klasycznej. Jeszcze przez rok prowadził zajęcia dydaktyczne mimo słabego zdrowia, którego stan znacznie pogorszył się w okresie okupacji hitlerowskiej.

W październiku 1946 roku otrzymał od Rady Wydziału Humanistycznego Uniwersytetu Warszawskiego propozycję objęcia zajęć w Katedrze Historii Starożytnej⁸. Prośbę w tej sprawie przedstawił mu prof. Kazimierz Michałowski (1901-81), znany archeolog i historyk sztuki, ówczesny dziekan Wydziału Humanistycznego UW⁹. W odpowiedzi M. Popławski napisał: „W najbliższych dniach wyjeżdżam do Otwocka i sądzę, że pobyt mój potrwa tam do stycznia 1947 r. Definitywną odpowiedź w sprawie postawionej mi propozycji uzależniam od tego, jaki będzie stan mego zdrowia w styczniu przyszłego r. [pisownia oryginalna – A.D]”. Nie dane mu jednak było podjąć na nowo aktywności uniwersyteckiej. Ostatnie chwile spędził w sanatorium w Otwocku, gdzie zmarł w dniu 29 grudnia 1946 roku, w wieku 63 lat.

Zainteresowania naukowe Stanisława Popławskiego skupiały się wokół starożytnej kultury i literatury łacińskiej; w oparciu o teksty źródłowe (przede wszystkim dzieła Cezara, Salustiusza, Wergiliusza, Cyserona i Horacego) prowadził badania z zakresu komparatystyki religioznawczej, czyniąc przedmiotem swoich dociekań antyczne zwyczaje, obrzędy, praktyki, rytuały oraz mity greckie i rzymskie. Z ogromną erudycją uwzględniał przy tym różnorodne płaszczyzny badanych zjawisk i ich szeroki kontekst nie tylko filologiczny, lecz także historyczny, etnologiczny, etnograficzny i archeologiczny. Efektem tych poszukiwań były stosunkowo liczne artykuły i prace naukowe poświęcone religijnym aspektom funkcjonowania instytucji państwowych i życia społecznego w starożytnym Rzymie (m.in. religijnych cech rzymskiego triumfu,

8. Archiwum KUL, A-44n. Akta personalne. Prof. dr Mieczysław Popławski (wyżej przyp. 6), pismo z dn. 11 października 1946 r.

9. Archiwum KUL, A-44n. Akta personalne. Prof. dr Mieczysław Popławski (wyżej przyp. 6), pismo z dn. 28 października 1946 r.

znaczenia pojęć *clarigatio* (uroczyste wypowiedzenie wojny) i *divinatio* (wrózenie służące określaniu przyszłych okoliczności i zjawisk), zagadnienia sakralno-politycznego aktu apoteozy (konsekracja jako forma ubóstwienia cesarza w Rzymie), cech ustroju rzymskiego w okresie wczesnego pryncypatu¹⁰, nauki w starożytności oraz literatur klasycznych¹¹. Opublikował wiele prac popularnonaukowych i przekładów¹², w tym antologię literatury greckiej i rzymskiej opublikowaną w ramach wydanej na początku lat trzydziestych ubiegłego stulecia „Wielkiej Literatury Powszechnej”¹³.

Ważną częścią uniwersyteckiej działalności Popławskiego było nauczanie. W auli uniwersyteckiej, za katedrą czuł się dobrze; cieszył się opinią cenionego dydaktyka i prelegenta umiejącego przykuć uwagę słuchacza¹⁴. Ogromnym szacunkiem darzyli go studenci, według których „prowadził wykłady i seminaria z wielkim zaangażowaniem i umiłowaniem historii, kultury i literatury antycznej [...]”¹⁵, „umiał nawet suchy wykład z historii starożytnej okraszyć jaką anegdotką [...]”¹⁶. Jako wszechstronnie wykształcony humanista był Popławski człowiekiem o szerokich zainteresowaniach. Zajmował się nie tylko kulturą i literaturą grecką i rzymską, w której „był rozmiłowany”¹⁷, znał także gruntownie literatury światowe, religioznawstwo i etnologię¹⁸, interesował się współczesną mu literaturą polską, był entuzjastą muzyki. „Miał [Popławski – A.D.] uzdolnienia artystyczne. Lubił kolekcjonować obrazy dobrych malarzy, lubił muzykę [...], bywał regularnie na koncertach, miał bogatą kolekcję płyt i dużo artystycznych drobiazgów, utrzymywał szerokie kontakty z lubelskim światem artystycznym”¹⁹.

W roku 1923 opublikował Popławski fundamentalną monografię pt. „*Bellum Romanum*. Sakralność wojny i prawa rzymskiego”²⁰. Jej cele klarownie wyłożył

10. M.in. *Tryumf rzymski jako spełnienie 'devotio'*, w: *Charisteria Casimiro de Morawski septuagenario oblata ab amicis collegis discipulis. Pars Polona*, Kraków 1922, 32-50; *Kapłani kastraci w starożytności*, w: *Pamiętniki IV Powszechnego Zjazdu Historyków Polskich w Poznaniu 6-8 grudnia 1925*, Lwów 1925, 1-11; *Remarques sur l'origine de la divination*, *Eos* 28 (1925) 25-36; *La vie sexuelle dans les religions antiques*, *Eos* 29 (1926) 101-134; *L'apothéose de Sulla et d'Auguste*, *Eos* 30 (1927) 273-338; *Mesjanistyczny poemat Wergiliusza*, w: *Commentationes Vergilianae*, Kraków 1930, 244-430.

11. *Sylwetki rzymskich uczonych*, Lublin 1939; *Anaksylander*, 41 *Eos* 1 (1940-46) cz. 2, 58-72; *Człowiek i świat powszechny w ujęciu Sokratesa i Newtona*, *Meander* 1 (1946) 25-33; *Muzeum, czyli Królewskie Towarzystwo Nauk i Literatury w Aleksandrii*, Lublin 1946.

12. Por. M. CISOWSKA, *Bibliografia podmiotowa i przedmiotowa Mieczysława Stanisława Popławskiego*, 36 *Roczniki Historyczne* 3 (1988) 37-43.

13. *Wielka Literatura Powszechna*, red. S. Lam, t. 5. *Antologia*, Warszawa 1933.

14. KLEINER, Ś.p. *prof. Mieczysław Popławski* (wyżej przyp. 7) 3.

15. M. KUNOWSKA, *Wspomnienia o profesorach KUL*, w: *Katolicki Uniwersytet Lubelski w latach 1925-1939 we wspomnieniach pracowników i studentów*, red. G. KAROLEWICZ, Lublin 1989, 227.

16. B. JANICKA z d. SZWARCZYK, *Ne pereat nostra Alma Mater*, w: *Katolicki Uniwersytet Lubelski w latach 1925-1939 we wspomnieniach*, (wyżej przyp. 15) 220.

17. [...] z entuzjazmem mówił o jej [tj. kultury antycznej – A. D.] walorach i przekazał nam pietyzm dla doskonałego piękna starożytnych dzieł sztuki i literatury”; N. MILTON-ZWOLIŃSKA, *Po pięćdziesięciu latach*, w: *Katolicki Uniwersytet Lubelski w latach 1925-1939 we wspomnieniach* (wyżej przyp. 15) 263.

18. Tak KLEINER, Ś.p. *prof. Mieczysław Popławski* (wyżej przyp. 7) 3.

19. KUNOWSKA, *Wspomnienia* (wyżej przyp. 15) 227.

20. M. S. POPŁAWSKI, *'Bellum Romanum'. Sakralność wojny i prawa rzymskiego*, Towarzystwo Naukowe KUL, Lublin 1923, ss. VIII+395.

we „Wstępie”, pisząc m.in.: „Dlaczego podczas trwania wojny świątynia Janusa stoi otworem, a podczas pokoju jest zamknięta? [...] Dlaczego, gdy zaczynano wojnę, fecjał (*fetialis*), kapłan-urzędnik, w wełnianej narzutce na głowie, wygłaszając liczne i straszne zaklęcia, rzucał w granice nieprzyjacielskiej gminy włócznie drewnianą, opaloną u ostrza i zbroszoną we krwi? Dlaczego podczas wojny grzebie się żywcem Greka i Greczynkę, Gala i Galijkę lub kogoś innego, ‘cum quibus tum res esset’? Jestże to cudzoziemski wpływ, jak przypuszczają niektórzy, wpływ religii Apollona, bezwzględnej i okrutnej? Apollona, który przez księgi Sybilli, przez usta dziesięciu mężów-ofiarników nakazuje rzymskiemu narodowi Kwirytów składać ofiary z ludzi, czego mu Grecy już od dawna nie składali? Dlaczego w procesji triumfalnej, przed rydwanem zwycięskiego imperatora, idzie jakiś starzec w królewskiej purpurze ze złotym łańcuchem na piersiach, idzie i tańczy niby skoczek, i rozwesela sobą rzeszę? [...] Dlaczego zwycięski imperator wznosi triumfalny łuk? Dla oczyszczenia czy dla samochwalstwa?”²¹.

Odpowiedź na tak sformułowane pytanie stanowi ośnowę rozprawy; jej autor rzetelnie i całościowo zestawiał wszystkie źródła na temat obrzędów poprzedzających wypowiedzenie wojny. W swoim gruntownie przemyślanym wywodzie uwzględniał opinie i teorie innych badaczy, filologów klasycznych i historyków prawa, zajmujących się tym zagadnieniem w XIX i XX stuleciu, m.in. Salomona Reinacha (1858-1932), Ludwika A. Deubnera (1887-1946), Alfreda von Domaszewskiego (1856-1927) i Georga Wissowy (1859-1931).

Pracę na temat rzymskich obrzędów sakralno-wojennych Popławski przygotowywał przez siedem lat; jej zarodkiem, jak czytamy we „Wstępie”, był fragment referatu, który autor przedstawił na seminarium prowadzonym w Petersburgu przez prof. M. Rostowcewa. Długi okres powstawania pracy tłumaczył z jednej strony „zawieruchą wojenną” z drugiej zaś, co charakterystyczne, brakiem dostępu do literatury. Jak pisał: „[...] znaczną część potrzebnych mi rozpraw, umieszczonych przeważnie w czasopismach, znalazłem, ale są prace, które znam tylko ze streszczeń lub w jakiś inny sposób z drugich rąk”. Dalej zaś dodawał: „Zdaję sobie sprawę z braków, jakie z tego powodu mogły i powinny były wyniknąć, nie czekam jednak na czas, gdy można będzie sprowadzać książki w dowolnej ilości lub pojechać za granicę dla wypełnienia luk i braków, bo jednak możemy i musimy pracować w tych warunkach, które są, wyciągać, co można z tego, co mamy”²².

Był „uczonym wielkiej miary”²³; charakteryzując badawczy dorobek można zacytować opinię filologa klasycznego Jerzego Krókowski, który w pośmiertnym wspomnieniu o prof. Popławskim napisał: „Wyrazem jego osobowości jest

21. POPŁAWSKI, *‘Bellum Romanum’* (wyżej przyp. 20) 20.

22. Ibidem.

23. KLEINER, *Ś.p. prof. Mieczysław Popławski* (wyżej przyp. 7) 3.

styl, barwny i żywy, nowoczesny [...]. Zasluguje na podkreślenie chęć dotarcia do szerszych kół czytelników. Popławski nie chce być filologiem z cechu, nie chce robić z filologii nauki ezoterycznej – po łacinie wcale nie pisywał, lecz chodzi mu o oddźwięk u współczesności”²⁴.

Stanisław Popławski należał do generacji, której udziałem były trudne i bolesne doświadczenia związane z działaniem dwu systemów totalitarnych stworzonych w Europie w XX stuleciu – komunistycznego i hitlerowskiego. W latach studiów zetknął się z działaniami rewolucji i władzy bolszewickiej, przed którą uciekał do Polski. W odrodzonej ojczyźnie włączył się w życie społeczne kraju, w odbudowę suwerennego państwa, w tym także szkolnictwa wyższego. Podczas II wojny światowej egzystował w barbarzyńskim systemie hitlerowskim, odznaczającym się pogardą dla człowieka i podstawowych wartości ludzkich. Lata okupacji spędził w Lublinie, mieście, nieopodal którego powstał obóz koncentracyjny na Majdanku; jego nazwa stała się synonimem zagłady, cierpienia i bezprawia. Mimo tych okoliczności był bardzo twórczym i płodnym badaczem i pisarzem, niezależnie od wydarzeń z pasją oddanym sprawom nauki. Pracy badawczej nie zaprzestał także w mrocznym okresie okupacji. Zdaniem dr Janiny Pliszczyńskiej²⁵, późniejszej profesor filologii klasycznej KUL, paradoksalnie: „okres od 1939 do 1945 r. w twórczości p. prof. M. Popławskiego, zdaje się, był najwybitniejszy”²⁶. W rezultacie pozostawił Popławski w rękopisie wiele prac powstałych także w tym czasie”²⁷.

24. Krókowski, *Mieczysław St. Popławski* (wyżej przyp. 2) 128.

25. J. Niemirska-Pliszczyńska (1904-1982) była filologiem klasycznym; magisterium uzyskała na UW, gdzie studiowała m.in. pod kierunkiem T. Zielińskiego i A. Krokiewicza. W 1928 r. obroniła doktorat i przeniosła się do Lublina, gdzie uczyła łaciny w szkołach średnich (Gimnazjum i Liceum im. St. Staszica, Gimnazjum i Liceum im. J. Zamojskiego). W 1952 r. zaczęła pracować na KUL-u. W 1955 r. habilitowała się i do przejścia na emeryturę w 1967 r. była kierownikiem I Katedry Filologii Klasycznej KUL. W swoich badaniach koncentrowała się na rzymskich pisarzach wczesnego cesarstwa; zajmowała się także literaturą grecką (zwłaszcza eposem Homera i prozą filozoficzną Platona i Arystotelesa) oraz prozą pisarzy chrześcijańskich (m.in. Klemensa Aleksandryjskiego). Tłumaczyła utwory greckie i łacińskie, m.in. dzieła Pauzania (Wędrówki po Helladzie. Na olimpijskiej bieżni i w boju, Wrocław 1968, 2004), W świątyni i w mieście (Wrocław 1978) i Swetoniusza (GAJUS SWETONIUSZ TRANKWILLUS, Żywoty cesarzy, Wrocław 1954; 2004); literaturę odnośnie do jej życia i twórczości zestawia m.in. H. PODBIELSKI, s. v. Niemirska-Pliszczyńska Janina, w: *Encyklopedia Katolicka*, t. 13, Lublin 2009, ssp. 1141.

26. Archiwum KUL, A-44n. Akta personalne. Prof. dr Mieczysław Popławski (wyżej przyp. 6), pismo J. Pliszczyńskiej do Towarzystwa Naukowego przy Katolickim Uniwersytecie Lubelskim z dn. 12 I 1947. Należy dodać, że J. Niemirska-Pliszczyńska przekładu Swetoniusza, cenionego i ważnego w polskiej literaturze naukowej, dokonała w okresie mrocznego czasu okupacji niemieckiej. Jak sama wyznała w przedświadku pracy, przekład ten „uratował mnie [tj. J. Niemirską-Pliszczyńską – A.D.] psychicznie”; J. Niemirska-Pliszczyńska, *Słowo Autora przekładu dla Łaskawego Czytelnika*, w: GAJUS SWETONIUSZ TRANKWILLUS, *Żywoty cesarzy*, (wyżej przyp. 25).

27. Zostały one zdeponowane w Bibliotece Uniwersyteckiej KUL, w Sekcji Rękopisów Oddziału Zbiorów Specjalnych. Obejmują różne materiały, oprócz korespondencji (Rkps 120) i dokumentów osobistych (Rkps 2878) znalazły się tu rękopisy różnych prac. Pierwszą grupę stanowią teksty tłumaczenia niektórych dzieł Salustiusza (Rkps 242; Rkps 2876; Rkps 278) i Herodota (Rkps 2875 I-II; 591 kart). Odrębną grupę stanowią rękopisy monografii – prac: „Cesarstwo rzymskie” (Rkps 643/1- 643/7), „Dziejopisarstwo Liwiusza” (Rkps 252-253; Rkps 276), „Twórczość Izaaka Newtona” (Rkps 651; rękopis obejmuje 476 kart), „O ludziach genialnych” (Rkps 656; Rkps 652; Rkps 657), „Wieńce dziewicze” (Rkps 655), „Oktawian August” (Rkps 654), „August i Rzymianie” (Rkps 653), „Historia” (Rkps 647), „Półinteligent” (Rkps 648), „Snobizm” (Rkps 649), „Absolutyzm ustrojowy i monarchiczny w historii Rzymu” (Rkps 646), „Pax Romana” (Rkps 644-645), „Kosmologia. Nauka o niebie i ziemi od Talesa do Newtona” (Rkps 2874), „Szlaki komunikacyjne w Państwie Rzymskim” (Rkps 2886), „Piękno prostoty w utworach Szopena” (Rkps 279).

Kolejną grupę rękopisów stanowią notatki z lektur (Rkps 2877) i konspekty do wykładów z zakresu historii starożytnego Rzymu (Rkps 2867), historii literatury greckiej (Rkps 2868), historii literatury rzymskiej (Rkps 2871), historii dramatu greckiego (Rkps 2869; 616 kart), historiografii rzymskiej (Rkps 2870).

Odrębną grupę tworzą napisane po rosyjsku prace z zakresu filologii klasycznej z okresu studiów na Uniwersytecie w Petersburgu w latach 1912-1918 (Rkps 2887; Rkps 2888), a także rękopisy rozprawek, referatów i esejów z zakresu filologii klasycznej i polskiej (Rkps 2872 I-III, 775 kart) oraz o treści filozoficznej (Rkps 2873; 444 kart).

W swoim testamencie, sporządzonym w dniu 27 października 1946 roku w Lublinie, na krótko przed wyjazdem do sanatorium w Otwocku, cały swój księgozbiór nakazał przekazać Uniwersytetowi, a wykonawcą testamentu ustanowił władze uczelni. Odnośnie do manuskryptów postanowił, co następuje: „Wszystkie bez wyjątku rękopisy moje nakazuję spalić bez reszty, nie oglądając ich zawartości”. Jednocześnie wskazał na racje tego polecenia, pisząc: „bo do druku żaden nie nadaje się, ze względu na to, że trzeba by wprowadzić w nich poprawki [pisownia oryginalna – A.D.]”²⁸. Te zaś, jak uważał, byłby w stanie zrobić jedynie on sam.

Zachowane – i do dziś niewydane drukiem – rękopisy profesora Popławskiego intrygują przede wszystkim z racji na różnorodność zagadnień podejmowanych przez autora. Obszerne w swych rozmiarach, obejmują teksty prac z zakresu historii literatury rzymskiej i greckiej, przekłady autorów starożytnych (Salustiusz, Herodot, Liwiusz), a także rozprawy poświęcone historii nauki; najobszerniejszą z prac jest podzielona na 27 rozdziałów „Historia cesarstwa rzymskiego”, której rękopis obejmuje przeszło półtora tysiąca stron zapisanych, podobnie jak inne rękopisy, starannym i estetycznym, odręcznym pismem profesora.

Trudno dziś dociec, jakimi motywami kierował się profesor Popławski, zamieszczając w testamencie polecenie zniszczenia swej spuścizny. Trudno też jednoznacznie rozstrzygnąć, czy wynikało ono z niskiej oceny prac przez samego autora, czy też może z jego przekonania o niedostatecznym uwzględnieniu literatury. Najprawdopodobniej jednak klauzula o spaleniu rękopisów została sporządzona pod wpływem załamania, wywołanego wyczerpaniem organizmu, w efekcie depresji uczonego, który pragnął żyć i tworzyć, miał rozległe plany badawcze, lecz plany te pokrzyżował szybki rozwój choroby.

Zawarta w ostatniej woli profesora Popławskiego klauzula zawierająca polecenie spalenia wszystkich bez wyjątku rękopisów stała się po otwarciu testamentu przedmiotem dyskusji w lubelskim środowisku uniwersyteckim²⁹. W 1948 r. na polecenie Rektora KUL ks. prof. Stanisław Styś³⁰ rozesłał ankietę do osób,

28. Archiwum KUL, A-44n. *Akta personalne. Prof. dr Mieczysław Popławski* (wyżej przyp. 6), *Wniosek w sprawie wykonania klauzuli testamentu śp. Prof. Mieczysława Popławskiego odnośnie do pozostawionych przez niego rękopisów; Ankieta*.

29. Również w obowiązującym stanie prawnym jednym z przewidzianych w kodeksie cywilnym rozrządzeń testamentowych jest tzw. polecenie. Zgodnie z art. 982 KC spadkodawca może w testamencie włożyć na spadkobiercę lub na zapisobiercę obowiązek oznaczonego działania lub zaniechania, nie czyniąc nikogo wierzycielem. Działanie lub zaniechanie może leżeć wyłącznie w interesie spadkodawcy, osoby obciążonej poleceniem, osoby trzeciej, a nawet w interesie społecznym. W literaturze często jako przykład stanowiącego przedmiot polecenia działania w interesie samego spadkodawcy podaje się działania dotyczące pozostawionych przez spadkodawcę dokumentów naukowych, literackich, manuskryptów (por. w szczególności B. WĄLASZEK, *Polecenie testamentowe w polskim prawie spadkowym*, *Studia Cywilistyczne* 1 (1981) 155); Z reguły jednak są to przykłady zachowań pozytywnych, np. obowiązek wydania pozostawionych przez spadkodawcę „dzieł” – efektów pracy naukowej, udostępnienia wyników pracy artystycznej „publiczności”. W. CHOJNOWSKI (*Prawo spadkowe*, Warszawa 1951, 173) podaje jako przykład polecenia zobowiązanie spadkobiercy lub zapisobiercy do „nieogłaszania pamiątek spadkodawcy”.

30. Stanisław Styś (1896-1959), jezuita, był bibliistą, tłumaczem Biblii i teologiem. Przed II wojną światową od 1928 wykładał Stary Testament oraz język hebrajski na Wydziale Teologicznym Collegium Bobolanum w Lublinie (w latach 1935-1938 był rektorem tegoż Collegium). Po wojnie wykładał Pismo Święte na Wydziale Teologii O.O. Jezuitów w Warszawie oraz, w latach 1944-52 i 1957-59, teologię biblijną na Katolickim Uniwersytecie Lubelskim. Wykładał także języki starożytne: hebrajski, grecki, arabski, syryjski i akadyjski; E. BULANDA, *Współpracownicy*, w: *Podręczna Encyklopedia Biblijna*, red. E. DĄBROWSKI, t. 1, Poznań-Warszawa- Lublin 1959, VII-IX.

które znały bliżej prof. Popławskiego. Ankieta zawierała pytania odnośnie do pozostawionej w rękopisach spuścizny M. Popławskiego: jak je oceniał sam profesor, czy „nie uważał przynajmniej niektórych z tych dzieł za wykończone i gotowe do druku?”, „[...] czy zdradzał kiedykolwiek [...] że w jego dziełach rękopiśmiennych są jakieś błędy lub niedokładności, które wymagają osobistego przerobienia lub poprawy”³¹. Moraliści nadto zostali poproszeni o odpowiedź na następujące pytania: „1. Czy wolno wykonawcom testamentu śp. M. Popławskiego nie dopełnić tej klauzuli, która się domaga zniszczenia skryptów bez ich czytania; 2. Czy owszem przeciwnie wolno te skrypta przeglądać i ewentualnie wydać drukiem [pisownia oryginalna – A.D.]”³².

Ankietę wypełniło dziewięć osób, które wydały „pochlebne świadectwa” o jego pismach³³; najobszerniej wypowiedziała się p. dr Janina Pliszczyńska, która wyraziła stanowisko, że wszystkie prace, z wyjątkiem dwu rękopisów, „należy co rychlej wydać”³⁴.

Po trzech latach wnioski w sprawie wykonania klauzuli w odrębnym dokumencie zostały zebrane przez S. Stysia, który w konkluzji stwierdził: „[...] nie wolno wykonywać odnośnej klauzuli testamentu, lecz należy rękopisy dać do przeglądu nicy fchowcom i jeżeli ci uznają ich wartość naukową, ogłosić je drukiem”³⁵.

Rozważając kwestie polecenia wydanego na wypadek śmierci, w każdym przypadku trudno nie odnieść się do zasady prawnej mówiącej, że okazanie szacunku dla woli zmarłego jest powinnością każdego, kto pozostaje przy życiu. Zasada ta stanowi jedną z wartości kultury europejskiej. Przekonanie to było utrwalone już w prawie rzymskim, do którego odwołujemy się jako do fundamentu naszej cywilizacji, i znalazło swoje odbicie w normach prawnych. Jako jeden z najstarszych przykładów owego przekonania przywołuje się przepis powstałej w połowie V wieku przed Chr. Ustawy XII tablic, który brzmi: *uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto* (tab. V, 3) – „Tak jak ktoś rozporządził w testamencie co do majątku lub opieki nad swoimi rzeczami, niech będzie prawem”. Zgodnie z przepisem wyrażona w wymaga-

31. Archiwum KUL, A-44n. Akta personalne. Prof. dr Mieczysław Popławski (wyżej przyp. 6), Ankieta (25 IV 1948). Rozrządzenie testamentowe, którego treścią jest obowiązek (nałożony przez testatora na spadkobiercę lub zapisobiercę) zniszczenia pozostawionych przez niego rękopisów nie jest sprzeczne z ustawą. Zgodnie z przepisem art. 16 ust. 4 ustawy z 4 lutego 1994 o prawie autorskim i prawach pokrewnych, to autor decyduje o pierwszym udostępnieniu utworu publiczności. Jak podnosi się w literaturze „dzieło wyraża osobowość twórcy i dlatego wyłącznie on ocenia, czy utwór został ukończony i może być przekazany publiczności” (twórca samodzielnie rozstrzyga o udostępnieniu dzieła bądź jego nieujawnianiu); E. WOJNICKA, w: *System Prawa Prywatnego*, t. 13. *Prawo autorskie*, red. J. Barta, Warszawa 2007, 254. Sąd Najwyższy podnosi, że „do praw osobistych autorskich należy prawo autora wyrażające się w swobodnym decydowaniu o tym, czy jego dzieło ma być wydane, czy też nie” (wyr. SN z 6.5.1976r., IV CR 129/76, OSNC 1977, Nr 2, poz. 27).

32. Archiwum KUL, A-44n. Akta personalne. Prof. dr Mieczysław Popławski (wyżej przyp. 6), Wniosek w sprawie wykonania klauzuli testamentu śp. Prof. Mieczysława Popławskiego odnośnie do pozostawionych przez niego rękopisów (28 VI 1951).

33. *Ibidem*.

34. Archiwum KUL, A-44n. Akta personalne. Prof. dr Mieczysław Popławski (wyżej przyp. 6), dr Janina Pliszczyńska, pismo (2 V 1949) „Do Uniwersytetu Lubelskiego”.

35. Archiwum KUL, A-44n. Akta personalne. Prof. dr Mieczysław Popławski (wyżej przyp. 6), Wniosek w sprawie wykonania klauzuli testamentu śp. Prof. Mieczysława Popławskiego odnośnie do pozostawionych przez niego rękopisów (28 VI 1951).

nej formie wola zmarłego zyskiwała moc obowiązującą, a rozporządzenia dokonane miały pierwszeństwo przed uregulowaniami sukcesji *mortis causa*³⁶. Juryści rzymscy z szacunku dla woli zmarłego wywiedli zasadę faworyzowana testamentu, zmierzając do utrzymania go w mocy nawet mimo pewnych wątpliwości (*favor testamenti*) jako generalną dyrektywę interpretacyjną. Inspirowane rozwiązaniami przyjętymi przez rzymską jursprudencej odnośnie do *voluntas testantis*, współczesne polskie prawo cywilne, jak zresztą inne ustawodawstwa, przyjmuje zasadę pierwszeństwa woli spadkodawcy, albowiem dziedziczenie ustawowe co do całości spadku, jak stanowi kodeks cywilny „następuje wtedy, gdy spadkodawca nie powołał spadkobiercy albo gdy żadna z osób, które powołał, nie chce lub nie może być spadkobiercą”³⁷.

W przypadku polecenia spalenia autografu prawna zasada poszanowania woli zmarłego, zasługująca na jednoznacznie pozytywną ocenę w praktyce społecznej, zderzała się z inną powinnością: z moralnym obowiązkiem zachowania manuskryptów z racji ich wartości literackiej czy naukowej. Moralna powinność i obowiązek udostępnienia manuskryptu czytelnikom (tzn. ludzkości) była niekiedy traktowana, mimo – czy raczej wbrew – woli zmarłego, jako rozstrzygająca³⁸.

Warto tu wspomnieć, iż zjawisko niszczenia autografów dzieł przez ich twórców było w historii wypadkiem wprawdzie rzadkim, lecz bynajmniej nieodosobnionym. W starożytności słynnym przykładem takiego zachowania była decyzja Wergiliusza (Publius Vergilius Maro, 70-19 przed Chr.), który nakazał spalić swoją „Eneidę”, jeżeli nie zdoła ukończyć jej przed śmiercią. Ta w istocie zabrała go przedwcześnie – w czasie podróży, którą podjął do Grecji i Azji Mniejszej w związku z pracami nad poematem. Z powodu złego stanu zdrowia zmuszony był w Atenach przerwać podróż i powrócić do Italii, gdzie w Brundyzjum, w roku 19 przed Chr. zaskoczyła go śmierć; miał wówczas zaledwie 51 lat. Będąc przekonany, że w ówczesnym stanie poemat nie nadaje się do opublikowania, poeta – jak przekazuje tradycja antyczna – na łożu śmierci polecił spalić swój autograf³⁹. Spaleniu „Eneidy” zapobiegł Oktawian

36. Szerzej por. F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Szacunek dla woli zmarłego na przykładzie rzymskich fideikomisów*, w: *Profesorowi Janowi Kordąbskiemu in memoriam*, red. A. PIKULSKA-ROBASZKIEWICZ, Łódź 2000, 209-219; por. także: W. DĄCZAK, T. GIARO, F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, Warszawa 2009, 257 nn.

37. Art. 926 § 2 KC. Trybunał Konstytucyjny w swoim wyroku z dnia 18 września 2007 r. (Dz. U. Nr 168, poz. 1188) zwraca uwagę, że „Konstytucja wyznacza [...] ramy, w których ustawodawca, regulując problematykę prawa spadkowego, ma znaczny zakres swobody. Powinien on respektować [...] założenie dostosowania porządku dziedziczenia do przypuszczalnej woli spadkodawcy, co zakłada oparcie takiej regulacji na określonym stopniu typowości i racjonalności postanowień spadkodawcy”.

38. Także obecnie w literaturze podnosi się, że pozostawione przez twórców materiały mogą okazać się bezcenne dla dalszych badań naukowych, stąd obowiązek ich zniszczenia pozostaje w sprzeczności z szeroko rozumianym interesem społecznym. Rygorystyczne respektowanie ostatniej woli spadkodawcy w testamentach, tak jak w przypadku nakazania spalenia rękopisów naukowych, może naruszać prawo społeczeństwa do rozwoju poprzez korzystanie w szczególności z dorobku naukowego (ale także kulturowego i artystycznego) poprzednich pokoleń. Można by wręcz rozważać, czy takie postępowanie nie utrudnia czy wręcz nie uniemożliwia postępu; por. M. CHAJDA, M. SKWARZYŃSKI, w: *Dziedziczenie własności intelektualnej*, red. M. ZAŁUCKI, Warszawa 2009, 7.

39. Por. *The Concise Oxford Companion to Classical Literature*, Oxford 1996, 566, s.v. *Virgil*. Owidiusz (Publius Ovidius Naso, 43 przed Chr. - ok. 17 po Chr.) w obliczu wygnania spalił rękopis swoich *Metamorfóz*. Nie miało to jednak żadnych negatywnych następstw, ponieważ utwór krążył już wśród czytelników w odpisach. Por. elegia I 7 ze zbioru *Tristia* (*Zale*), ww. 11 nn; por. też S. STABRYŁA, *Owidiusz. Świat poetycki*, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łódź 1989, 287.

August, który – wbrew poleceniu jej autora, Wergiliusza – nakazał wygładzić utwór i przygotować go do wydania. Zadania tego podjęli się poeci i przyjaciele zmarłego: Wariusz (Lucius Varius Rufus, ok. 70-14 przed Chr.) i Tukka (Plotius Tucca, fl. ok. 35 przed Chr.)⁴⁰. Tym sposobem poemat opiewający dzieje Eneasza, jeden z najwspanialszych w historii literatury utworów epickich napisanych po łacinie, nie spłonął, lecz został ocalony dla potomności. Z kolei nieśmiertelność Franzowi Kafce zapewnił Max Brod, który wbrew woli pisarza, miast spalić rękopisy niedokończonych utworów⁴¹, wydał pośmiertnie trzy z nich: „Amerykę”, „Proces” i „Zamek”, ratując tym sposobem od ognia jedno z najważniejszych powieści ubiegłego stulecia. Brod wydał także „Dzienniki” F. Kafki, które ten pisał systematycznie od 1910 roku, oraz listy (do siebie i innych osób). Publikując pośmiertnie dzieła Kafki, przeszedł do historii literatury jako rzetelny i skuteczny wydawca, ale i jako człowiek, który nie wykonał woli przyjaciela wyrażonej na łożu śmierci. Wątpliwość, czy należy spalić rękopisy, pojawiła się także po śmierci M. S. Popławskiego.



Swoistym podsumowaniem powyższych rozważań mogą być słowa: „rękopisy nie płoną”, użyte w tytule niniejszego artykułu. Pochodzą one z powieści „Mistrz i Małgorzata” Michaiła Bułhakowa, zaliczanej do najlepszych utworów literackich XX wieku. Autor pragnął wyrazić przez nie ideę ponadczasowości trwania wielkiego dzieła literackiego. Można je także interpretować jako wyraz przeświadczenia, że rękopisy tak po prostu nie giną, że nawet po latach dają o sobie znać. Włożone w usta tajemniczego „Mistrza” Wolanda, okazały się prorocze w odniesieniu do losów samego Bułhakowa, represjonowanego w okresie stalinowskim. Jego sztuki usunięto z repertuaru teatrów, nie wydawano książek. Ostatecznie przecież, ćwierć wieku po śmierci pisarza, jego największa powieść ukazała się drukiem...

Przywołana wyżej myśl rosyjskiego literata skłania więc do pytania, czy nie należałoby, mimo upływu czasu, powrócić do kwestii publikacji bogatego zbioru rękopisów pozostawionych przez profesora Popławskiego. Jego autografy, spoczywające od kilkudziesięciu lat w zaciszu bibliotecznych magazynów, nadal przecież istnieją, budząc zainteresowanie. Nie spłonęły...

40. Por. *The Concise Oxford Companion to Classical Literature* (wyżej przyp. 39) 566, s.v. *Virgil*.

41. Polecenie takiej treści wydał Franz Kafka (1883-1924), niemieckojęzyczny pisarz żydowskiego pochodzenia, który za życia spalił podobno większość swojego dorobku. Ponadto nakazał Maxowi Brodowi (1884-1968), swojemu przyjacielowi i wykonawcy testamentu, spalenie po swojej śmierci wszystkich pozostałych tekstów. P. ERNST, *Franz Kafka. Koszmar rozumu*, przeł. I. Stąpor, Warszawa 2003.

Krótka historia istoty osoby prawnej

Znany cywilista niemiecki Martin Wolff (1872-1953) podzielił kiedyś uczonych prawników w sposób rozłączny na tych, którzy na temat istoty osoby prawnej już się wypowiedzieli, i tych, którzy jeszcze się do tego przygotowują¹. Coraz liczniejsza staje się wszakże kategoria pominięta w tym podziale. Prawnicy angielscy doceniają bowiem od dawna, jak wiele trudności teoretycznych oszczędziła im praktyka przekazywania majątku powiernikom (*trustees*), a nie zrzeszeniom i korporacjom². Tymczasem jednak również na kontynencie, który tradycyjnie stanowił zagłębie piśmiennictwa teoretycznego na temat istoty osoby prawnej, weszło już ono w swą fazę schyłkową. Zdaje się na to wskazywać jego dotychczasowa ewolucja, którą dla większej przejrzystości podzielimy schematycznie na trzy okresy: przedteoretyczny, teoretyczny i postteoretyczny.



1. Okres przedteoretyczny

Już początkujący student prawa wie, że zdolność prawna przysługuje przede wszystkim człowiekowi. Zwłaszcza koncepcje prawnonaturalne traktują osobę prawną jako wyjątek od tej reguły³. Z drugiej strony wielu prawniczych pozytywistów właśnie osobę prawną uznaje za koronny dowód na okoliczność, że zdolność prawna stanowi czysto konwencjonalną kwestię normatywną. I tak dla Hansa Kelsena (1881-1973) podmiot prawa jest tylko systemowym „punktem zarachowania”, a osoby prawne nie są niczym innym niż częściowymi personifikacjami samego systemu prawa. Swoboda ich tworzenia miałaby unaoczniać ich konwencjonalność, która rykoszetem uderza w osoby ludzkie, gdyż ułatwia uznanie za rzecz dowolną również zdolności prawnej tych ostatnich⁴.

1. M. WOLFF, *On the Nature of Legal Persons*, LQR 54 (1938) 494-511, 494.

2. F. W. MAITLAND, *Trust and Corporation*, w: TENŹE, *Collected Papers*, t. 3, Cambridge 1911, 321-404; P. W. DUFF, *Personality in Roman Private Law*, Cambridge 1938, 206.

3. J. HERVADA, *Prawo naturalne. Wprowadzenie*, przeł. A. Dorabalska, Kraków 2011, 105-115.

4. H. KELSEN, *Allgemeine Rechtslehre*, wyd. 2, Wien 1960, 176-177; krytycznie K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft. Studienausgabe*, Springer 1983, 328.

Tak radykalnemu zrównywaniu osób prawnych z ich stwórcą – człowiekiem sprzeciwia się jednak historia prawa. Potwierdza ona, że podmiotowość osób prawnych jest cechą zdecydowanie wtórną. Według znanego sformułowania romanisty austriackiego Ludwiga Mitteis (1859-1921) pojęcie osoby prawnej było w prawie rzymskim *raczej milcząco założone niż naukowo wyjaśnione*⁵. Tym niemniej prawnicy starożytni znali bez wątpienia podstawową funkcję osobowości prawnej, jaką jest funkcja wyodrębnienia majątku. Zdaniem Ulpiana członkowie korporacji nie mieli w jej majątku udziałów, i to ani na płaszczyźnie prawa zobowiązań (D. 3,4,7,1), ani na płaszczyźnie własnościowej, gdyż np. niewolnik municypalny nie był bynajmniej zwykłą współwłasnością mieszkańców gminy (D. 48,18,1,7).

Istniały nawet w rzymskim prawie prywatnym okresu późnej republiki spółki szczególnego rodzaju, które są niekiedy uznawane za odległych przodków nowoczesnych spółek akcyjnych. Były to spółki dzierżawców podatków (*societates publicanorum*), zaliczone w połowie II wieku po Chr. przez Gaiusa w jego komentarzu do edyktu prowincjonalnego (D. 3,4,1 pr.) w poczet tych związków osób, którym przyznano zdolność prawną, gdyż dozwolono im „tworzyć korporację” (*corpus habere*)⁶. W przeciwieństwie do zwykłej spółki prawa cywilnego, będącej po prostu jednym z czterech typów kontraktów konsensualnych, istnienie korporacji nie zależało od utrzymania identycznego składu jej członków, którym prawa i obowiązki majątkowe przysługiwały tylko jako całości (*universitas*).

W zrzeszeniach kapitału, organizowanych przez rzymskich dzierżawców podatków, stwierdzić można dość daleko posunięty rozdział sfery właścicielskiej od sfery zarządu spółki, mimo że był to rozdział natury wyłącznie faktycznej; z drugiej jednak strony wyodrębnienie majątku *societas publicanorum* od osobistego majątku wspólników nie było dostatecznie zagwarantowane prawnie, co rodziło niebezpieczeństwo tzw. wymieszania majątków. Obok właściwych wspólników typowa struktura spółek publikanów dopuszczała co prawda również istnienie porównywalnych ze współczesnymi akcjonariuszami udziałowców zewnętrznych (*adfines, participes*)⁷. Brak jednak w antycznych źródłach prawnych i historycznych jakichkolwiek dowodów zbywalności udziałów, co różni je zasadniczo od nowoczesnych akcji⁸.

Znacznie mniej zinstytucjonalizowane były w Rzymie starożytnym fundacje. Stanowiły one zawsze fundacje określane w teorii prawa prywatnego jako niesamo-

5. L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, Leipzig 1908, 340.

6. R. WOJCIECHOWSKI, *Kilka uwag o spółkach w europejskiej tradycji prawnej*, AUWr. Prawo 273 (2001) 27-48, 31; J.D. HARKE, *Römisches Recht von der klassischen Zeit bis zu den modernen Kodifikationen*, München 2008, 157-158.

7. U. MALMENDIER, *Roman Law and the Law-and-Finance Debate*, w: *Festschrift Rolf Knütel*, Heidelberg 2009, 719-736, 731-736; T. GIARO, *Prawo handlowe czy gospodarcze?*, w: *Księga jubileuszowa Józefa Okolskiego*, Warszawa 2010, 166-182, 170-171.

8. A. M. FLECKNER, *Antike Kapitalvereinigungen*, Köln-Weimar 2010, 291-292, 335, 419-420, 450-496, 628.

dzielne lub powiernicze. Polegały więc na przysporzeniu pewnego majątku drogą darowizny lub, częściej, zapisu testamentowego osobie prywatnej, jak w tekstach Cerwidiusza Scewoli (D. 33,1,18 pr.; D. 33,1,20,1), lub korporacji, zwłaszcza gminie miejskiej, jak u Marcjana (D. 30,117) i Modestyna (D. 33,2,16). Osobę tę obciążano zarazem poleceniem (*modus*) użycia wspomnianego przysporzenia na określony cel. Dopiero w V w. po Chr. rozpowszechniły się nieco bardziej zinstytucjonalizowane chrześcijańskie fundacje dobroczynne, określane przez Justyniana z uwagi na ich „pobożny cel” jako *piae* (C. 1,2,19; C. 1,3,45,1a) lub *piissimae* (C. 8,53,34,1a) *causae*⁹.

Przytoczone wyżej zastrzeżenia Mitteis’a przyjęte zostały za własne również przez najnowsze piśmiennictwo historycznoprawne, które z reguły nalega, by pod żadnym pozorem nie opisywać starożytnych zjawisk zrzeszeniowych, często zresztą spotykanych w rzymskich źródłach nieprawniczych, zwłaszcza inskrypcyjnych i literackich, za pomocą terminu „osoba prawna”¹⁰, a już z całą pewnością unikać słowa „fundacja”, chyba że z wyraźnym zastrzeżeniem użycia go w sensie zupełnie nietechnicznym¹¹. Trzeba jednak dodać, że wyrażone przez Mitteis’a ponad 100 lat temu ubolewanie nad brakiem analiz osoby prawnej, podobnie jak i nad brakiem samego terminu w słowniku prawników rzymskich, nigdy nie było wśród romanistów jednomyślne.

Jeszcze w latach 30-tych zeszłego wieku uczony niemiecki Fritz Schulz (1879-1957) piętnował nieistnienie w starożytnym Rzymie pojęcia osoby jako podmiotu wyposażonego w zdolność prawną, jednak znalazłszy się niewiele później na emigracji w Wielkiej Brytanii, poczytał on prawnikom rzymskim tę samą okoliczność wręcz za zasługę. W zgodzie z angielskim pragmatyzmem Schulz uznał wtedy pojęcie osoby prawnej za całkowicie zbędne, ba, zganiał je nawet jako źródło zalewu rynku księgarskiego przez masy absurdalnej literatury prawniczej poświęconej rzekomo zagadkowej „istocie” osób prawnych¹². Po kilku latach inny romanista niemiecki, Ulrich von Lübtow (1900-1995), zaznaczył, że zarówno w okresie republiki jak i cesarstwa pozycja obywatela rzymskiego bynajmniej nie cierpiała na tym, że konstrukcja osoby prawnej pozostała prawu rzymskiemu zupełnie nieznana¹³.

Wyróżnić można dwie główne przyczyny niedostatków rzymskiej refleksji na temat osoby prawnej, które zresztą wyjaśniają zarazem ich nieszkodliwość.

9. M. WÓJCIK, *Fundacje dobroczynne w rzymskim prawie poklasycznym*, Lublin 2003; M. PENNITZ, *Juristische Personen II*, w: *Historisch-Kritischer Kommentar zum BGB*, red. M. SCHMOECKEL, t. 1, Tübingen 2003, 272-305, 277-309.

10. H. COING, *Europäisches Privatrecht*, t. 1. *Älteres Gemeines Recht 1500 bis 1800*, München 1985, 167-168.

11. R. FEENSTRA, *Foundations in Continental Law*, w: *Itinera fiduciae*, red. R. HELMHOLZ, R. ZIMMERMANN, Berlin 1998, 323; G. MAININO, *Dalla persona alla persona giuridica*, SDHI 70 (2004) 481-498, 495-498.

12. F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, München 1934, 30; TENŽE, *Classical Roman Law*, Oxford 1951, 86-87; por. L. L. FULLER, *Legal Fictions*, Stanford 1967, 12-13.

13. U. VON LÜBTOW, *Bemerkungen zum Problem der juristischen Person*, w: *Studi Paolo Koschaker*, t. 2, Milano 1954, 467-510, 510.

Pierwszą z nich był fakt, że znakomita większość ówczesnych osób prawnych, jak zwłaszcza skarb państwa (*fiscus*) czy gminy miejskie (*municipia*), podlegała prawu publicznemu (*ius publicum*), któremu prawnicy rzymscy poświęcali znacznie mniej uwagi niż prawu prywatnemu (*ius privatum*). Drugą przyczynę stanowiła daleko posunięta konkretność analizy zjawisk prawnych, praktykowanej przez rzymskich jurystów. Obchodzili się oni przecież znakomicie nie tylko bez pojęcia osoby prawnej, lecz również bez innych abstrakcji z tego samego kręgu znaczeniowego, takich jak osoba fizyczna, podmiot prawa i zdolność prawna.

Zdolność prawną przypisywali prawnicy rzymscy zatem raczej zbiorowości niż bytom abstrakcyjnym, a więc raczej „ludowi rzymskiemu” (*populus Romanus*) niż państwu (*res publica*) i raczej „mieszkańcom gminy” (*municipes*) niż samym gminom (*municipia*). W sposób równie konkretny traktowano zrzeszenia (*collegia*), raz podkreślając aspekt jedności ich organizacji, a innym razem – odwrotnie – wielości jej członków¹⁴. Zdolność spadkowa municypiów powstawała stopniowo: początkowo dozwolono im przyjmować zapisy, następnie fideikomisy uniwersalne, wreszcie spadki po wyzwoleniu i w końcu pretorskie „posiadanie dóbr” (*bonorum possessio*). Pełną zdolność spadkową, obejmującą również dziedziczenie testamentowe, przyniosła municypiom dopiero wydana w 469 r. po Chr. konstytucja cesarza wschodniorzymskiego Leona¹⁵.

Już ten rzutu oka na epokę starożytności zapowiada, jak długi i niełatwy był późniejszy proces kształtowania się instytucji, terminologii i teorii osobowości prawnej. Nazwy *persona ficta*, *persona repraesentata* lub *persona mystica*, oznaczające związki osób (*universitates personarum*), takie jak prowincje, gminy miejskie i cechy rzemieślnicze, wprowadzili do dogmatyki prawniczej dopiero późnośredniowieczni konsyliatorzy i kanoniści¹⁶. Cały Kościół był przez nich rozumiany jako wyposażona w zdolność procesową i prawną publiczną „korporacja wiernych” (*universitas fidelium*) lub „ciało Chrześcijan” (*corpus Christianorum*)¹⁷. To rozumienie Kościoła stanowiło konsekwencję ścisłego oddzielenia go od władzy świeckiej w wyniku reform gregoriańskich, zainicjowanych w latach 1050-1080.

W ślad za konstytucją cesarza rzymskiego Aleksandra Sewera (222-235 po Chr.), która poszkodowanej w obrocie gminie miejskiej (*res publica*) przyznała – podobnie jak niedojrzałej kobiecie pozostającej pod opieką (*pupilla*) – uprawnienie do *in integrum restitutio* (C. 11,30,3)¹⁸, średniowieczna kanonistyka

14. LÜBTOW, *Zur Theorie des Rechtssubjekts* (1985), w: TENZE, *Studien zur Rechtsgeschichte*, Rheinfelden 1997, 187; P. CATALANO, *Diritto e persone*, t.1, Torino 1990, 178-179; I. ŽEBER, *O pojęciu skarbu państwa w starożytnym Rzymie*, w: *Z dziejów skarbowości*, red. R. Wojciechowski, Wrocław 2009, 101-117, 103-106.

15. P. K. GRABOWSKI, *Zdolność municypium do nabycia praw ze spadku*, w: *Samorząd terytorialny. Nagrodzone prace magisterskie*, red. M. Kulesza, Warszawa 2009, 103-122.

16. H. LANGE, M. KRIECHBAUM, *Römisches Recht im Mittelalter*, t. 2, München 2007, 335, 528.

17. J. A. BRUNDAGE, *Medieval Canon Law*, London-New York 1995, 99-105.

18. F. CUENA BOY, *Res publica minorum iure uti solet*, SDHI 71 (2005) 585-593.

oparła konstrukcję zrzeczeń na analogii do instytucji prawnej opieki: zrzeczenie (*universitas*) zestawiano z osobą podopiecznego (*pupillus*), a jego zarządcę (*syndicus*) – z opiekunem (*tutor*). Z uwagi na brak wolności zrzeczeń w średniowieczu konstrukcja ta nie obejmowała jednak zrzeczeń prywatnych, lecz wyłącznie korporacje półpubliczne, czy to natury terytorialnej, jak miasta i gminy, czy zawodowej, jak cechy rzemieślnicze i gildie kupieckie a także stowarzyszenia uniwersyteckie i religijne¹⁹.

Prywatne korporacje wyposażone w odrębność majątkową w celu prowadzenia większych przedsiębiorstw, jak np. kopalnie czy młyny, powstały dopiero w późnym Średniowieczu. W nawiązaniu do tych zjawisk myśliciele XVII-XVIII-wiecznego prawa Rozumu, Samuel Pufendorf (1632-1694) i Christian Wolff (1679-1754), stworzyli pojęcie „osoby moralnej” (*persona moralis*) jako sztucznego podmiotu prawa²⁰. Należy jednak zaznaczyć, że prawnicza ideologia Oświecenia adresowała swe kodyfikacje cywilne do zbiorowości indywiduów, opartej na prawach człowieka, zawarowanych wówczas w konstytucjach USA i deklaracjach Rewolucji Francuskiej. Prawo podmiotowe rozumiano wyłącznie jako prerogatywę osoby ludzkiej, w związku z czym między nią a państwem nie tolerowano żadnych „ciał pośredniczących” (*corps intermédiaires*)²¹.

Ponieważ ówczesne „osoby moralne” mogły być w zasadzie tylko stowarzyszeniami, a więc związkami osób, miarodajny dla dogmatyki podmiotowości pozostał wzorzec człowieka, a zwłaszcza personifikacja zrzeczenia jako jednej jedynej osoby zbiorowej. Korporacje prywatne pominięte zostały całkowicie we francuskim *Code civil*, a w innych kodyfikacjach prawa natury, pruskim ALR (II.6 § 25; II.7 § 19; II.8 § 108) i austriackim ABGB (§§ 26, 646), potraktowano je nader pobieżnie²². Zgodnie z ówczesnie panującym dualizmem prawa cywilnego i handlowego spółki handlowe uregulowane zostały w *code de commerce* z 1807 r. (art. 18-64) i rozwijały się we Francji głównie za sprawą późniejszych ustaw specjalnych i orzecznictwa, które pod koniec XIX wieku przyznało osobowość prawną nawet spółce cywilnej²³.

Funkcjonująca w recypowanym prawie rzymskim konstrukcja prawna fundacji pozostawiała oczywiście jeszcze więcej do życzenia niż konstrukcja korporacji. Tak w historii przedkodyfikacyjnego prawa powszechnego (*ius commune*), jak i pod rządami oświeceniowych kodeksów prawa natury przeważały bowiem nadal

19. COING, *Europäisches Privatrecht*, t. 1 (wyżej przyp. 10) 264-265.

20. *Ibidem*, 170-171.

21. COING, *Europäisches Privatrecht*, t. 2. 19. Jahrhundert, München 1989, 88.

22. COING, *Europäisches Privatrecht*, t. 2 (wyżej przyp. 21) 336-337; F.G. BÄR, *Juristische Personen I*, w: *Historisch-Kritischer Kommentar*, t.1 (wyżej przyp. 9) 242-243; PENNITZ, *Juristische Personen II* (wyżej przyp. 9) 285-286.

23. A. BÜRGE, *La personne morale: la pensée juridique française du XIXe siècle*, w: *Personne, Société, Nature*, red. B. SCHMIDLIN, Fribourg (Suisse) 1996, 59-73; J.-L. HALPÉRIN, *Histoire des droits en Europe de 1750 à nos jours*, wyd. 2, Manchecourt 2006, 114.

zdecydowanie tzw. niesamodzielne lub zależne fundacje powiernicze²⁴. Owe masy majątkowe, zarządzane z reguły przez organizacje kościelne, pozbawione były całkowicie własnej „osobowości moralnej”. Teorię fundacji samodzielnych rozwinęła dopiero niemiecka pandektystyka, ucieleśniona następnie w kodeksie BGB (§§ 80-88), która wywarła wpływ również na kodeksy cywilne hiszpański z 1889 r. (art. 35-39 CCE) i szwajcarski z 1907 r. (art. 80-86 ZGB).

Szeroko rozumiane prawo rzymskie, zarówno starożytne jak i recypowane, nie знаło zatem ani terminu „osoba prawna”, ani tym bardziej odpowiedniej teorii. W prawoznawstwie oświeceniowym powstało co prawda wyrażenie łacińskie *persona moralis*, jednak nowożytny termin „osoba prawna” (*juristische Person*) wprowadził dopiero w 1798 r. prawnik niemiecki Gustav Hugo (1764-1844)²⁵. Ów protoplasta historycznej szkoły prawa nie wiązał jednak z nowym terminem żadnych innych treści niż te, które implikowała już uprzednio oświeceniowa *persona moralis*. Obejmująca również fundacje teoria osób prawnych, rozumiana jako zbiór zdań poszukujących ich „istoty” w celu ustalenia, czym są one „naprawdę”, pojawił się w Niemczech dopiero w połowie XIX stulecia.

2. Okres teoretyczny

Teorię osób prawnych jako doktrynę obejmującą wszystkie postaci organizacji uczestniczących w obrocie prywatnoprawnym rozwinęła więc dopiero niemiecka pandektystyka. Oznaczające osobę prawną pojęcie *juristische Person*, stosowalne w roli nadrzędnej zarówno w odniesieniu do związków osób (stowarzyszeń), jak i do mas majątkowych (fundacji), wprowadził do języka dogmatyki prawniczej w 1807 r. prekursor pandektystyki Georg Arnold Heise (1778-1851)²⁶. Innowację tę zawdzięczamy jego „Zarysowi systemu pospolitego prawa cywilnego”, dziełu opartemu po raz pierwszy na pięcioksięgowym systemie pandektowym, przyjętym prawie sto lat później przez niemiecki kodeks cywilny BGB, a następnie przez wiele innych kodyfikacji.

Pierwszą spośród licznych XIX-wiecznych teorii osoby prawnej jest jednak dopiero teoria fikcji (*Fiktionstheorie*) Fryderyka Karola Savigny’ego (1779-1861), sformułowana przezeń w opublikowanym w 1840 r. drugim tomie „Systemu dzisiejszego prawa rzymskiego”. Ponieważ Savigny uznawał prawo podmiotowe za narzędzie wolnej woli człowieka, przysługujące mu na obszarze pozostawionym jego „moralnej wolności” (*sittliche Freiheit*), „pierwotne pojęcie” podmiotu prawa

24. COING, *Europäisches Privatrecht*, t. 1 (wyżej przyp. 10) 267-268; *ibidem*, t. 2 (wyżej przyp. 21) 350.

25. G. von HUGO, *Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts*, Berlin 1798, 45; W. FLUME, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, t. I.2. *Die juristische Person*, Berlin 1983, 1-2.

26. G.A. HEISE, *Grundriss eines Systems des gemeinen Zivilrechts zum Behuf von Pandekten-Vorlesungen*, Heidelberg 1807, wyd. 3 popr., Heidelberg 1819, 25-27; por. FLUME, *Juristische Person* (wyżej przyp. 25) 1-2.

ograniczało się do pojęcia człowieka. Natomiast osoba prawna była podmiotem „przyjętym sztucznie”, na który ludzką zdolność prawną „przeniesiono” dla celów „wyłącznie prawniczych” za pomocą „czystej fikcji”²⁷.

Najważniejszy z tych celów stanowiło wyposażenie osoby prawnej w zdolność majątkową przez oddzielenie jej majątku od mienia jej członków. Koncepcja Savigny’ego powodowała określone konsekwencje w zakresie regulacji powstawania osób prawnych i ich zdolności do działania. O ile człowiek nosi swą zdolność prawną w sposób naturalny „już w swej cielesnej postaci”, stowarzyszenia – w przedkodyfikacyjnej epoce prawa powszechnego (*ius commune*) powoływane przez przywilej monarszy – zdaniem Savigny’ego potrzebują nadal państwowego zezwolenia. Należą one bowiem do osób prawnych „sztucznych lub dowolnych”, podczas gdy gminy, miasta i wsie jako osoby prawne, którym przysługuje „byt naturalny”, zezwolenia nie potrzebują²⁸.

Jeśli natomiast chodzi o zdolność do działań prawnych, przysługiwać ona może tylko i wyłącznie człowiekowi jako istocie „myślącej i chcącej”, z czego dla osób prawnych wynika w ramach teorii Savigny’ego ich „naturalna niezdolność do działania”. Dlatego mogą one działać niejako z mocy ich struktury jedynie przez swych statutowych przedstawicieli (*Vertreter*), których wola zostaje przypisana osobom prawnym jako własna „wyłącznie w drodze fikcji”. W efekcie osobom prawnym brakuje – dokładnie w ten sam sposób, jak szaleńcom i niedojrzałym – zdolności deliktowej, i to nie tylko według prawa karnego, lecz również według prawa cywilnego²⁹.

Podmiotem prawa nie są zatem w osobach korporacyjnych ich członkowie, a w osobach fundacyjnych – sam majątek lub jego składniki, zwłaszcza nieruchomości, jak chciał jeszcze w 1807 r. G.A. Heise; podmiotami nie mogą być wreszcie wspomniani przedstawiciele osób prawnych, którzy je tylko reprezentują. Savigny dopatruje się w osobie prawnej – i jest to zdecydowanie nowoczesny rys jego refleksji – odrębnego podmiotu idealnego, mimo że odnoszonego zawsze do człowieka. Dlatego wbrew panującemu ówczesnie pogładowi o własnej osobowości prawnej spadku leżącego (*hereditas iacens*), bronionemu prócz Heisego jeszcze przez Georga Friedricha Puchtę (1798-1846), a nawet później przez Bernharda Windscheida (1817-1892)³⁰ – Savigny ujmuje ten spadek po prostu jako majątek nieznanego jeszcze dziedzica³¹.

27. F. C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, t. 2, Berlin 1840, 2, 236; por. F. WIEACKER, *Zur Theorie der juristischen Person des Privatrechts*, w: TENZE, *Kleine juristische Schriften*, Göttingen 1988, 313-357, 335-337.

28. FLUME, *Juristische Person* (wyżej przyp. 25) 11-13.

29. *Ibidem*, 14-15.

30. Ch.-E. MECKE, *Begriff und System des Rechts bei Georg Friedrich Puchta*, Göttingen 2009, 739-742.

31. W. FLUME, *Savigny und die Lehre von der juristischen Person*, w: *Festschrift Franz Wieacker*, Göttingen 1978, 340-360, 344-346; TENZE, *Juristische Person* (wyżej przyp. 25) 7-8.

Teoria Savigny'ego zorientowana była jednak głównie na stowarzyszenia. Stąd jeszcze w drugim tomie „Prawa zobowiązań”, opublikowanym w 1853 r., Savigny zmagął się z analizą dogmatyczną spółek akcyjnych, która w końcu wypadła w sposób niezbyt przekonujący³². Spółki te uznawano wówczas w stosunku wewnętrznym między akcjonariuszami za zwykłe spółki cywilne, których osobowość prawna miała znaczenie jedynie w stosunkach zewnętrznych z osobami trzecimi. Samych akcjonariuszy jako współników uznawano natomiast za współwłaścicieli majątku spółki, np. przedsiębiorstwa kolejowego, podczas gdy akcję – za dokument potwierdzający udział we współwłasności. Stosunki między akcjonariuszami a spółką jako odrębnym podmiotem prawnym pozostały niedoświetlone.

W przodującej wówczas na świecie doktrynie niemieckiej Savigny zapoczątkował urodzaj teorii osoby prawnej. Jeśli określi się za Rudolfem Jheringiem (1818-1892), twórcą tzw. teorii beneficjentów (*Genießertheorie*), prawo podmiotowe jako prawnie chronioną korzyść lub interes określonego destynatariusza, tym ostatnim nie może być nigdy sama osoba prawna. Jest ona bowiem wprost przeciwnie jedynie instrumentem technicznym umożliwiającym zniwelowanie nieokreśloności podmiotu³³. „Prawdziwymi” podmiotami osoby prawnej typu stowarzyszeniowego są zatem jej członkowie, a przy zakładach – osoby z nich korzystające³⁴. Na kanwie teorii Jheringa późny pandektysta Ernst Immanuel Bekker (1827-1916) przeanalizował zjawisko spółki akcyjnej w sposób dużo bardziej adekwatny niż Savigny³⁵.

Majątkiem w ujęciu cywilistycznym są jednak wartości, stanowiące przedmiot praw podmiotowych, które to prawa późna pandektystyka dopuściła również w braku podmiotu, zwłaszcza dla spadku leżącego³⁶. Jeśli uzna się za Aloisem Brinzem (1820-1887), autorem teorii „majątku celowego” (*Zweckvermögen*), prawo podmiotowe – mówiąc nowocześnie – za sposób prawnej alokacji dóbr, osoba prawna sprowadzi się do wyodrębnienia przeznaczonego na określony cel majątku³⁷. Ponieważ Brinz dopuszczał prawa bezpodmiotowe, nie musiał on przy tym fingować osoby jako ich nosiciela. Teoria Brinza miała jednak charakter czysto negatywny i poniekąd tautologiczny, gdyż wynikało z niej głównie, że osoba prawna to majątek nie należący do osoby fizycznej.

Należy w tym kontekście zaznaczyć, że Savigny nie zajmował się istotą osób prawnych jako tworów społecznych, lecz tylko ich istotą prawną w znaczeniu

32. F.C. VON SAVIGNY, *Das Obligationenrecht*, t. 2, Berlin 1853, 95-103, 112-121; M. DIESSELHORST, *Zur Theorie der juristischen Person bei Carl Friedrich von Savigny*, QF 11-12 (1982-83) 319-337, 324-327.

33. R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts*, t. II.2, wyd. 5, Leipzig 1898, 366-367.

34. R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts*, t. III.1, wyd. 4, Leipzig 1888, 356-357.

35. E. I. BEKKER, *Zur Lehre vom Rechtssubjekt*, Jherings Jahrbücher 12 (1873) 1-135.

36. U. FALK, 'Ein Gegensatz principieller Art', RJ 9 (1990) 221-240, 234-237.

37. A. VON BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, t. III.2.1, wyd. 2, Erlangen 1888.

statusu prywatnoprawnego, sprowadzającego się do przysługiwania im zdolności majątkowej³⁸. Spór o istotę osób prawnych w sensie – rzekomo głębszego – pytania o rodzaj leżącej u ich podstaw rzeczywistości, a więc tzw. substrat, rozpętał dopiero germanista Otton Gierke (1841-1921). Dopiero w tym sporze pandektystyka podniosła refleksje Savigny’ego do rangi właściwej teorii fikcji. I tak zdaniem „ojca” niemieckiego kodeksu cywilnego BGB, Bernharda Windscheida, w przypadku osób prawnych brak ściśle mówiąc podmiotu prawa, czemu sprzeciwia się jednak nasze „naturalne poczucie prawne”, które zmusza nas do przyjęcia, że podmiot stanowi osoba sfingowana (*fingierte Person*)³⁹.

Pandektystycznej teorii fikcji przeciwstawił Gierke własną teorię „organiczną”, zwaną również teorią „realnej osobowości związkowej” (*reale Verbandspersönlichkeit*) lub teorią „stowarzyszeniową” (*Genossenschaftstheorie*)⁴⁰. Inspirując się historią dawnego prawa germańskiego, a później niemieckiego, Gierke uznawał stowarzyszenia za odpowiadające socjalnemu duchowi tych praw twory społeczne. W odróżnieniu od korporacji rzymskich nie miały być one jednak prostymi zbiorami poszczególnych osób, lecz osobami całościowymi, stanowiącymi swego rodzaju żywe organizmy. Z uwagi na jej antropomorfizm również i ta teoria nie obchodziła się oczywiście bez człowieka, a nawet podniosła osobę prawną do rangi osobowości, zdolnej do podejmowania decyzji woli i do działania.

Mimo że różnice między teoriami Savigny’ego i Gierkego roztrząsano już wielokrotnie, trzeba podkreślić, że podczas gdy savignyańska fikcja stanowi twór ustawodawcy, związki społeczne, uznane przez Gierkego za realne, są zjawiskami przedprawnymi, które ustawodawca co najwyżej uznaje⁴¹. Zaskakuje w tym kontekście fakt, że w doktrynie komunistycznej większym wzięciem cieszyły się właśnie koncepcje realnego charakteru osoby prawnej, wywodzące się od teorii Gierkego, która była pod tym względem w gruncie rzeczy teorią prawnonaturalną. Przesądziła o tym zapewne dosłownie rozumiana fraza o rzeczywistym bycie społecznym osoby prawnej⁴². Cechą pozytywną organicznej teorii Gierkego była natomiast ściśle z nią związana – choć nieidentyczna⁴³ – teoria organów (*Organtheorie*), która dobrze wyjaśniała działanie osób prawnych.

Teoria fikcji Savigny’ego musiała bowiem podpieierać się w tym zakresie sztuczną konstrukcją pomocniczą, zwaną teorią przedstawicieli (*Vertretertheorie*) lub reprezentacji, według której wyposażone w zdolność prawną, lecz niezdolne do działań stowarzyszenia mogły działać – podobnie jak dzieci czy chorzy umyślo-

38. FLUME, *Juristische Person* (wyżej przyp. 25) 11.

39. B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, wyd. 2, Frankfurt a.M. 1887, 134-137.

40. FLUME, *Juristische Person* (wyżej przyp. 25) 17-18.

41. F. D’URSO, *Individuo, Genossenschaft, Stato*, Annali Ferrara – Scienze Giuridiche 22 (2008) 129-161, 129.

42. J. FRĄCKOWIAK, *Osoby prawne*, w: *System prawa cywilnego*, red. M. SAFJAN, t. 1, Warszawa 2007, 1003-1108, 1013.

43. Inaczej M. MARTINEK, J. POZOBUT, *Otto von Gierke*, KPP 17 (2008) 313-348, 328-331, 344-346.

wo – tylko przez swych przedstawicieli. Tymczasem Gierke przypisał im jako żywym organizmom własną wolę, wyrażaną przez ich organy⁴⁴. Tym niemniej dziwi nieco fakt, że podczas gdy od lat siedemdziesiątych XIX wieku Niemcy wkroczyły w fazę zorganizowanego kapitalizmu monopolistycznego, a tworzone metodą normatywną spółki akcyjne rosły tam – podobnie jak w całej Europie Zachodniej – jak grzyby po deszczu⁴⁵, w opozycji do dawno zmarłego Savigny'ego Gierke zgłębiał z lubością socjalnego ducha zrzeszeń staroniemieckich.

Co więcej, z powyższego wynika, że lwia część dziewiętnastowiecznych teorii osoby prawnej konstruowała jej dogmatykę na obraz i podobieństwo człowieka⁴⁶. Tego typu teorie antropomorficzne były ostro krytykowane przez Leona Petrażyckiego (1867-1931) już w jego pismach z okresu berlińskiego (1892-1896), kiedy to karykaturował on bezlitośnie „papierowe organizmy” Gierkego⁴⁷, a następnie – z punktu widzenia psychologicznej teorii prawa – w opublikowanej w roku 1905 *Teorii państwa i prawa w związku z teorią moralności*⁴⁸. Trzeba jednak przyznać, że cywilistyka tradycyjna z najbardziej chyba wpływowym przedstawicielem doktryny niemieckiej, Karlem Larenzem (1903-1993), na czele operuje analogią między osobą fizyczną i osobą prawną właściwie po dziś dzień⁴⁹.

Wracając do Petrażyckiego, potępiał on zdecydowanie pseudoprzyrodnicze wyjaśnienia zjawiska osoby prawnej. Jest ona bowiem – pisał w 1896 r. w duchu zbliżonym do dzisiejszej ekonomicznej analizy prawa – tylko „stacją w procesie ruchu i podziału dóbr” lub, dokładniej, „myślowym składem i magazynem, gdzie mogą zatrzymywać się rozdzielane prawem cywilnym dobra w drodze do fizycznych spożywców”, czy w końcu „jednostką podziału prawnego oraz rachunków i rozrachunków prawnych”. Również i przy osobie fizycznej nie chodzi według Petrażyckiego bynajmniej o końcowego destynatariusza w sensie rzeczywistego spożywcy dobra, którym jest zresztą zwykle „cała rodzina”, lecz o formalne uznanie „stacji prawnej służącej do zatrzymania i prawnego przystosowania ulegających podziałowi dóbr”⁵⁰.

W przeciwieństwie do Kodeksu Napoleona w niemieckim kodeksie cywilnym BGB, który wszedł w życie prawie sto lat później, dokładnie z początkiem XX wieku, oba klasyczne typy osób prawnych prawa prywatnego zostały wreszcie obszernie uregulowane. Osoby te są według BGB albo stowarzyszeniami poje-

44. WIEACKER, *Zur Theorie der juristischen Person* (wyżej przyp. 27) 343-344.

45. HALPÉRIN, *Histoire des droits en Europe* (wyżej uw. 23) 114-116.

46. FLUME, *Savigny und die Lehre* (wyżej przyp. 31) 355.

47. L. PETRAŻYCKI, *Wstęp do nauki polityki prawa*, Warszawa 1968, 371-372.

48. L. PETRAŻYCKI, *Teoria państwa i prawa w związku z teorią moralności*, t. 2, Warszawa 1960, 110-157.

49. K. LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, wyd. 7, München 1989, 134-137; TENZE, *Methodenlehre* (wyżej przyp. 4) 328.

50. PETRAŻYCKI, *Wstęp do nauki* (wyżej przyp. 47) 372.

dynczych osób czyli zrzeszeniami (*Vereine* §§ 21-79), albo majątkami służącymi szczególnemu celowi czyli fundacjami (*Stiftungen* §§ 80-88). Tym niemniej według § 61 ust. 2 BGB (w pierwotnym brzmieniu) stowarzyszenia niezarejestrowane, do których należały dyskryminowane przez władzę państwową organizacje polityczne, związkowe i religijne, nie posiadały osobowości prawnej, co miało odstraszać od działalności ich funkcjonariuszy, obciążonych osobistą odpowiedzialnością za długi stowarzyszenia⁵¹.

3. Okres postteoretyczny

Mimo że BGB nie zdefiniował pojęcia osoby prawnej, po jego wejściu w życie spory o jej istotę i teorię rychło przebrzmiały. Zastąpiły je z jednej strony ujęcia czysto egzegetyczno-pozytywistyczne, a z drugiej – funkcjonalne lub techniczno-instrumentalne. Tzw. „Motywy”, stanowiące obszerne uzasadnienie BGB, stwierdziły jedynie, że „zdolność majątkową, przysługującą zasadniczo tylko osobom naturalnym, mocą pozytywnego przepisu przydano również związkom osób i masom majątkowym”⁵². Przy całej lakoniczności tego uzasadnienia zachowało ono dwa aksjomaty teorii Savigny’ego: dogmat osobowości, przyznający zdolność prawną wyłącznie – jakkolwiek rozumianym – „osobom”, i dogmat wtórności osoby prawnej, gdyż w sposób „naturalny” zdolność prawną przysługiwać miała wyłącznie osobom fizycznym.

Postulowana przez Savigny’ego koncepcja „przeniesienia” owej pierwotnej, jednolitej i niepodzielnej zdolności prawnej człowieka w drodze ustawowej fikcji na rozmaite jednostki organizacyjne przyjęła się od 1918 r. również w odrodzonej Polsce. W konsekwencji uznano za cechę w zasadzie jednolitą i niepodzielną także zdolność prawną tych jednostek. W przeciwieństwie do liberalizmu prawa francuskiego Niemcy i w ślad za nimi m.in. Polska przybrały zatem w odniesieniu do osobowości prawnej postawę restryktywną⁵³. Do głównego dualizmu osób fizycznych i prawnych dołączył na niższym szczeblu następny dualizm, ograniczony do jednostek organizacyjnych, które albo jako osoby prawne zdolnością prawną dysponowały, albo jako jednostki bez osobowości prawnej zdolności tej były pozbawione.

Istota osoby prawnej pozostała oczywiście nie mniej tajemnicza niż istota jej pierwowzoru – osoby fizycznej⁵⁴. Nadużycia słowa „istota” jako pojęcia języka prawniczego skarykaturowane zostały zresztą już w 1907 r. przez wybitnego romanistę niemieckiego Ottona Lenela (1849-1935) w krótkim artykule, zatytuło-

51. LARENZ, *Allgemeiner Teil* (wyżej przyp. 49) 180; D. SCHWAB, *Einführung in das Zivilrecht*, wyd. 11, Heidelberg 1993, 71; BÄR, *Juristische Personen I* (wyżej przyp. 22) 250-254.

52. *Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches*, w: *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, red. B. MUGDAN, t. 1, Berlin 1899, 395; por. FLUME, *Juristische Person* (wyżej przyp. 25) 19.

53. T. TARGOSZ, *Nadużycie osobowości prawnej*, Zakamycze 2004, 33, 69-72.

54. R. SERICK, *Rechtsform und Realität juristischer Personen*, wyd. 2, Tübingen 1980, 156.

wanym „Istota istoty i zastrzeżenie własności na maszynach”⁵⁵. Lenel skrytykował tam wydany w 1906 r. wyrok Sądu Rzeszy (*Reichsgericht*), który na podstawie § 93 kodeksu BGB – nota bene wraz z art. 642 ust. 2 szwajcarskiego ZGB stanowiącego inspirację dla art. 47 § 2 polskiego KC – uznał zastrzeżenie własności przez sprzedawcę ruchomej maszyny parowej za bezskuteczne tylko dlatego, że kupujący połączył ją za pomocą pasa transmisyjnego z własną żwirownią.

Dlaczego jednak promulgacja BGB spowodowała zmierzch teorii na temat osoby prawnej? Podczas gdy w reżimie przedkodyfikacyjnym spierano się np. o zdolność deliktową osób prawnych w celu uzasadnienia lub wykluczenia ich odpowiedzialności odszkodowawczej, §§ 31 i 89 BGB odpowiedzialność taką nieodwołalnie przesądziły. Jedynym sensownym pytaniem stało się zatem pytanie odwrotne, a mianowicie, czy przepisy te zakładają posiadanie przez osoby prawne zasadniczej zdolności deliktowej⁵⁶. Nic więc dziwnego, że w 1911 r. również prawnik polski Roman Longchamps de Bérrier (1883-1941) otwierał swe rozważania o istocie osoby prawnej, podkreślając, że chodzi mu „jedynie o naukową konstrukcję tego, co ustawodawca już stanowczo i definitywnie wypowiedział”⁵⁷.

W pokodyfikacyjnych Niemczech los teorii osoby prawnej podzieliło zresztą wiele podobnych „teorii” cywilistycznych, odnoszących się np. do stosunku między właścicielem i posiadaczem, zobowiązań solidarnych i innych instytucji. Okazało się bowiem, że w reżimie przedkodyfikacyjnym były one tylko surogatem ustawy, której obecnie musiały ustąpić pierwszeństwa. Nieco zabawnie brzmią dziś nazwy „teorii” na temat skuteczności oświadczeń woli składanych drugiej osobie⁵⁸, takie jak teoria oświadczenia, wysłania, doręczenia i zapoznania się⁵⁹. Nie kwestionując roli inspiratorskiej tych normatywnych konstrukcji w odniesieniu do ustawodawstwa, trudno jednak oprzeć się wrażeniu, że – przynajmniej z perspektywy dzisiejszej metodologii – nazwę „teorii” noszą one nieco na wyrost.

W każdym razie odnośnie do osobowości prawnej jej „odteoretycznienie” wstrzymało poszukiwania jej istoty w oparciu o coraz głębszą metafizykę. Koncepcje czysto formalne, według których jedyną rzeczywistością osoby prawnej interesującą prawnika jest rzeczywistość prawna, pojawiły się również we Francji⁶⁰. Powstały też teorie nihilistyczne, według których termin „osoba

55. O. LENEL, *Das Wesen des Wesens und der Eigentumsvorbehalt an Maschinen*, DJZ 12 (1907) 509-512; por. W. A. SCHEUERLE, *Das Wesen des Wesens*, AZP 163 (1963) 429-471, 468-469.

56. G. KRÜGER, *Die Haftung der juristischen Personen aus unerlaubten Handlungen nach Gemeinem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuche*, Berlin 1901, 27-28.

57. R. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Studia nad istotą osoby prawnej*, Lwów 1911, 1.

58. T. GIARO, *Zivilistik als Geschichte und Theorie*, RJ 14 (1995) 345-367, 360.

59. A. WOLTER, J. IGNATOWICZ, K. STEFANIUK, *Prawo cywilne*, wyd. 2, Warszawa 2001, 278-279.

60. A. PAYNOT-ROUVILLOIS, *Personnalité morale et volonté*, Droits 28 (1998) 17-28, 26-28; J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris 2001, 198-200.

prawna” nic nie oznacza i, co gorsza, nic nie znaczy, mimo że występuje w sensownych wyrażeniach złożonych⁶¹, takich jak „osoba prawna X jest winna sumę Y”, co implikuje, że jej zarząd i destynatariusze muszą ścierpieć egzekucję tej sumy z jej majątku. Dziś sądzi się powszechnie, że techniczne pojęcie osoby, tak prawnej, jak i fizycznej, nie pokrywa się znaczeniowo z żadnym z pojęć filozoficznych. Te ostatnie nie są więc stosowalne w dyskursie prawniczym bez ryzyka ekwiwokacji⁶².

Pod rządami BGB panowała zatem w Niemczech koncepcja dualistyczna, oparta na Savigny’ego dogmacie osobowości i na *numerus clausus* podmiotów, których zdolność prawna polegała zawsze na tym, że były one „osobami” – albo fizycznymi albo prawnymi. Z czasem jednak zaczęły mnożyć się głosy za uznaniem „ułomnej” osobowości prawnej wyposażonych w zdolność prawną spółek osobowych prawa handlowego⁶³. Wbrew oporowi orzecznictwa nasilały się ponadto w doktrynie postulaty uznania ograniczonej zdolności prawnej również takich wspólnot do niepodzielnej ręki, zwanych *Gesamthand*, jak małżeńskie wspólnoty majątkowe (§ 1419 BGB), wspólnoty dziedziców (§ 2032 BGB) i spółki cywilne (§ 705 BGB). Szczególnie te ostatnie odchodziły w XX w. od rzymskiego modelu czysto zobowiązaniowego stosunku prowadzenia wspólnych spraw, zmierzając do tzw. personifikacji.

Zwłaszcza poczynając od lat 50-tych ubiegłego wieku doktryna o tradycji germańskiej, tzn. poza niemiecką także austriacka i szwajcarska, podkreślała stopniowość zdolności prawnej, przysługującej w obrocie różnym jednostkom organizacyjnym. Podkreślano zwłaszcza okoliczność, że wychodząc od zwykłej umowy wzajemnej można uszeregować typowe konstrukcje cywilistyczne związku osób według ich rosnącego stopnia „zagęszczenia”. Ów szereg typologiczny otwierałaby spółka cywilna, poprzedzająca stowarzyszenie pozbawione zdolności prawnej, podczas gdy najwyższy szczebel zajmowałaby osoba prawna, przy czym między szczeblami dopuszczalne być miały formy mieszane. Modnym hasłem cywilistyki stała się „relatywność zdolności prawnej”⁶⁴.

Wynikło stąd zdecydowane odrzucenie przez doktrynę jakościowej interpretacji zagadnienia osobowości prawnej, rozumianego w sensie konieczności albo zakwalifikowania, albo niezakwalifikowania każdej znanej w obrocie jednostki organizacyjnej jako osoby prawnej, gdyż albo spełnia ona definicję jej „istoty”, albo jej nie spełnia. Zagadnienie to uznano dość powszechnie za zagadnienie

61. J. WRÓBLEWSKI, *Teorie osób prawnych – zarys podejścia semiotycznego*, w: *Księga pamiątkowa Adama Szpunara*, Warszawa-Łódź 1983, 69-81, 78-79.

62. B. BROŻEK, *Pojęcie osoby w dyskusjach bioetycznych*, w: J. STELMACH, B. BROŻEK, M. SONIEWICKA, W. ZAEUSKI, *Paradoksy bioetyki prawniczej*, Warszawa 2010, 43-55, 53.

63. P. MOSKWA, *Ułomne osoby prawne*, 11 PUG 55 (2002) 19-23, 20-21.

64. F. BRECHER, *Subjekt und Verband*, w: *Festschrift Alfred Hueck*, München 1959, 233-260, 244; F. FABRICIUS, *Relativität der Rechtsfähigkeit*, München 1963, *passim*; LARENZ, *Methodenlehre* (wyżej przyp. 4) 342-344.

jedynie ilościowe w sensie dopuszczalności bycia osobą prawną – a więc konstruktem prawnym zasadniczo zrównanym z osobą fizyczną – w większym lub mniejszym stopniu⁶⁵. W odniesieniu do spółek cywilnych zabrał głos w Niemczech Sąd Związkowy (*Bundesgerichtshof*), który wyrokiem z 29 stycznia 2001 uznał ich częściową zdolność prawną, o ile przez udział w obrocie nabywają one prawa i obowiązki⁶⁶.

Również w Polsce pod rządami kodeksu cywilnego z 1964 r. panowała w zasadzie tradycyjna koncepcja dualistyczna osób fizycznych i prawnych, wspierana konsekwentnie przez sądy. W doktrynie reprezentował ją szczególnie Alfred Klein (1921-2001), który bronił nawet „wyróżniania osób prawnych nie nazwanych osobami prawnymi”, w tym zwłaszcza spółki cywilnej⁶⁷. Cywiliści nastawieni bardziej realistycznie dopuszczali trzecią grupę podmiotów, którym ustawa przyznała co prawda zdolność, ale nie osobowość prawną, zwanych na ogół „ułamnymi osobami prawnymi”⁶⁸. Dokonana w 2003 r. reforma KC postanowiła w art. 33¹, że do takich jednostek organizacyjnych „stosuje się odpowiednio” przepisy o osobach prawnych (§ 1), przy czym jednak w razie niewypłacalności tych jednostek za ich zobowiązania odpowiadają subsydiarnie ich członkowie (§ 2).

Formalne wprowadzenie do kodeksu cywilnego trzeciej kategorii podmiotów, pozbawionych co prawda osobowości prawnej, lecz wyposażonych przez ustawę w zdolność prawną, zostało przez część polskiej cywilistyki ocenione jako upadek osoby prawnej z zajmowanego przez nią dotąd piedestału, gdyż o możliwości uczestnictwa w obrocie cywilnoprawnym decydować miała od tej pory już nie osobowość, pozbawiona jej dotychczasowego statusu „ideału”, lecz zwykła zdolność prawna⁶⁹. W oczywistej sprzeczności z art. 1 KC, którego pierwotne brzmienie pozostało niezmienione, z nowego art. 33¹ KC wynika bowiem, że obok osób fizycznych zdolność prawną przysługuje nie tylko osobom prawnym, lecz również innym jednostkom organizacyjnym⁷⁰.

Natomiast nadanie jednostce organizacyjnej posiadającej zdolność prawną miana „osoby prawnej” oznaczałoby w obecnym reżimie kodeksu cywilnego głównie wyłączenie odpowiedzialności innych podmiotów za jej zobowiązania⁷¹. Wyznawcy tradycyjnej dualistycznej teorii podmiotowości w prawie cywilnym oceniają jednak nowy stan prawny zupełnie odwrotnie, a mianowicie w tym

65. F. BYDLINSKI, *Juristische Persönlichkeit als Qualitatives und Quantitatives Problem*, w: *Drei Vorträge zum Privatrecht*, Graz 2001, 9-24, 19.

66. BÄR, *Juristische Personen I* (wyżej przyp. 22) 262; A. HERBET, *Spółka cywilna*, Warszawa 2008, 51-56.

67. A. KLEIN, *Ewolucja instytucji osobowości prawnej*, w: *Tendencje rozwoju prawa cywilnego*, red. E. ŁĘTOWSKA, Ossolineum 1983, 54-156, 108-116, 120.

68. M. PAZDAN, *Podmioty stosunków cywilnoprawnych*, w: *System*, t. 1 (wyżej przyp. 42) 911-1002, 916-918.

69. A. KIDYBA, *Atypowe spółki handlowe*, wyd. 3, Warszawa 2011, 119-120.

70. PAZDAN, *Podmioty bez osobowości prawnej*, w: *Księga jubileuszowa Bronisława Ziemiańskiego*, Szczecin 2005, 91-103.

71. A. POWIERŻA, *Jednostka organizacyjna nie posiadająca osobowości prawnej*, SMWZ UW 1 (2005) 35-39.

sensie, że to nie osobowość prawna, lecz właśnie zdolność prawna bez osobowości prawnej musi stanowić w obrocie sytuację wyjątkową⁷². Nie brak w końcu również zwolenników poglądu, że polskie prawo cywilne uznaje obecnie aż trzy kategorie „osób”, gdyż obok osób fizycznych i prawnych uwzględnić należy na mocy art. 33¹ KC „niebędące osobami prawnymi” osoby „ustawowe”⁷³. Nie wydaje się, by spory tego rodzaju można było rozstrzygać zza biurka.

W każdym razie na pojawienie się w obrocie nowych typów organizacji system może reagować dwojako: albo rozciągnięciem na nie pojęcia osoby prawnej, albo ich ochrzczeniem jako podmiotów niepełnych, pozornych czy ułomnych. Na płaszczyźnie genetycznej pojęcie osoby prawnej pozostaje przy tym niewątpliwie tzw. pojęciem analogicznym. Osobą we właściwym sensie jest bowiem tylko człowiek jako ostateczny nosiciel praw i obowiązków. Stoi on na pierwszej linii w sensie nie tylko aksjologicznym, lecz również czysto dogmatycznym, podczas gdy inne podmioty, a zwłaszcza osoby prawne, są z nim zrównane w drodze odesłania, powstałego przez samo zastosowanie pojęcia osoby. Właśnie dlatego na temat ich istoty nie wydaje się możliwa żadna samodzielna teoria.

Trzeba więc zgodzić się z wybitnym niemieckim historykiem prawa i cywilistą Helmutem Coingiem (1912-2000), że pojęcie osoby prawnej stanowi swoisty „wykręt”, umożliwiający systemowi prawa prywatnego wyjście z kłopotliwej sytuacji⁷⁴. „Doczepiono” je mianowicie do pojęcia osoby fizycznej w trybie podobnie prowizorycznym, w jakim w kodeksie Napoleona uzupełniono system umów o pojęcie quasi-kontraktu (art. 1371 CC). Wynika zeń natomiast tylko tyle, że obok osób fizycznych zdolność prawna przysługuje również pewnym organizacjom. Pojęcie osoby prawnej zbudowano zresztą w XIX stuleciu – już wtedy w sposób anachroniczny – przede wszystkim dla klasycznych stowarzyszeń, podczas gdy na plan pierwszy wysuwały się wówczas spółki kapitałowe jako korporacyjna forma prowadzenia przedsiębiorstwa.

W krajach zaawansowanej gospodarki i kultury prawniczej badania osobowości prawnej spółek skupiają się obecnie na problemie dopuszczalności jej przełamania w drodze operacji zwanej sięgnięciem poprzez (*Durchgriff*), uchYLENIEM lub przebicciem „kurtyny korporacyjnej”⁷⁵. Stanowi ona wyjątek od należącej do „istoty” osób prawnych zasady ich wyłącznej odpowiedzialności za własne zobowiązania: wyjątek podyktowany, jak większość wyjątków prawniczych,

72. W. J. KATNER, *Podwójna czy potrójna podmiotowość w prawie cywilnym?*, w: *Księga pamiątkowa Maksymiliana Pazdana*, Zakamycze 2005, 1019-1031, 1031.

73. FRĄCKOWIAK, *Osoby prawne*, w: *System*, t. 1 (wyżej przyp. 42) 1019-1020, 1087-1099.

74. H. COING, *Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte und Rechtsphilosophie*, t. 1, Frankfurt a.M. 1982, 305-306.

75. SERICK, *Rechtsform und Realität* (wyżej przyp. 54) 5-118; FLUME, *Juristische Person* (wyżej przyp. 25) 63-94; TARGOSZ, *Nadużycie osobowości* (wyżej przyp. 53) 116-168.

czystymi względami praktyki⁷⁶. Operacja przebicia kurtyny niewiele zatem mówi o istocie osoby prawnej, tym bardziej że – przynajmniej w Niemczech – „przebiciu” podlega również „kurtyna” spółek osobowych prawa handlowego, posiadających zdolność prawną, lecz pozbawionych osobowości⁷⁷. Rozwój teorii spółek handlowych oznacza zatem schyłek teorii osoby prawnej.



W perspektywie dziejowej żywot teorii osoby prawnej był więc dość krótki. Jednak deficyt teorii zawsze wzmacnia rolę historii. Wobec dekodyfikacji i dekompozycji jej pojęciowych abstrakcji cywilistyka może znów czerpać z rzymskich doświadczeń. Warto zatem pamiętać, że podejście Rzymian do kwestii zdolności prawnej organizacji zrównanych pod tym względem z człowiekiem było dużo konkretniejsze i elastyczniejsze niż nasze. Wątpliwe jednak, czy likwidacja pojęcia osoby prawnej, co postulował w 1968 r. Andrzej Stelmachowski (1925-2009)⁷⁸, przywróciłoby nam przedteoretyczny błogostan. Nawet nie znając tego pojęcia juryści rzymscy wyróżniali bowiem w procesach obrotu – by posłużyć się metaforą Petrażyckiego – „stacje” bardziej lub mniej uczęszczane i „magazyny” częściej lub rzadziej zapełniane.

76. K. OSAJDA, *Odpowiedzialność cywilna członków zarządu za zobowiązania spółki z ograniczoną odpowiedzialnością*, Warszawa 2008, 220-223.

77. F. STEFFEK, *Durchgriff*, w: *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, red. J. BASEDOW, K. J. HOPT, R. ZIMMERMANN, t. 1, Tübingen 2009, 332-337, 334.

78. A. STELMACHOWSKI, *Czy kryzys osoby prawnej?*, RPES 30 (1968) 199-210, 209.

WOJCIECH KOWALSKI
Ministerstwo Spraw Zagranicznych
Uniwersytet Śląski

Nabycie własności rzeczy ruchomej *a non domino* w prawie rzymskim i współczesne zmagania z problemem

Andrzej Kremer był dla autora niniejszego artykułu przede wszystkim kolegą ze służby dyplomatycznej, a w pewnym okresie także szefem jako dyrektor Departamentu Prawno-Traktatowego Ministerstwa Spraw Zagranicznych, a potem Wiceminister w tym resorcie. Andrzej był bardzo zaangażowany w prowadzone sprawy służbowe, ale podczas wspólnych delegacji rozmawialiśmy często nie tylko o nich, ale także o prawie rzymskim i zamierzonej przez niego rozprawie habilitacyjnej. Dawał się wówczas poznać jako wytrawny romanista – z dumą podkreślał, że kiedy tylko objął placówkę konsularną w Hamburgu to natychmiast udał się do tamtejszego Instytutu Maxa Plancka, aby przedstawić się profesorowi Reinhardowi Zimmermannowi, autorowi między innymi głośnej książki o rzymskich podwalinach tradycji cywilistycznej w dziedzinie prawa zobowiązań¹. Fascynacja prawem rzymskim Andrzeja była dla mnie zbawienna, gdyż był On kompetentnym rozmówcą w tym zakresie, a ja przygotowywałem wówczas szerszą pracę o nabyciu własności dzieła sztuki od nieuprawnionego, która rzecz jasna musiała się zacząć od wstępu historycznego, nie pomijając oczywiście przeglądu rozwiązań rzymskich.

Wspominając z wdzięcznością te nasze rozmowy nie mogę przeto nie poświęcić Mu w księdze pamiątkowej Jemu poświęconej rozprawki na temat nabycia własności rzeczy ruchomej *a non domino* w prawie rzymskim. Powstała ona wprawdzie jako część wstępna do bliższej analizy nabycia rzeczy ruchomych szczególnego rodzaju², ale ma przecież znaczenie ogólniejsze – tak jak same rozwiązania, o których traktuje. W niniejszym artykule uwagi te zostały wzbogacone o wskazanie zasadniczych rozwiązań doby współczesnej oraz wypracowaną nie bez trudności konwencję harmonizującą te rozwiązania w zakresie ograniczonym do nabywania dzieł sztuki.

1. R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1996.

2. W. KOWALSKI, *Nabycie własności dzieła sztuki od nieuprawnionego*, Zakamycze, Kraków 2004, 41 nn.

Przechodząc do omówienia tematu trzeba przede wszystkim podkreślić, że mamy tu do czynienia z jednym z najstarszych i wciąż jeszcze nie rozwiązanych uniwersalnie i satysfakcjonująco problemów prawnych. Najzwięźlej go stawiając, rzecz sprowadza się do udzielenia odpowiedzi na pytanie: czy interes zasługuje na większą ochronę prawną w przypadku zagrożenia interesów równie niewinnych osób: interes osoby okradzionej, czy interes nabywcy ukradzionej rzeczy, który był nieświadom jej pochodzenia? Jeden z dawniejszych autorów pytanie to postawił nawet ostrzej: „Która z dwóch niewinnych stron umowy ma cierpieć z powodu niegodziwości osoby trzeciej?”³. W jaki zatem sposób Rzymianie rozwiązywali ten dylemat?

Dość powszechnie przyjmuje się, że bezwzględnie chronili prawo własności, a zatem, jak podkreślają autorzy najnowszej polskiej podręcznika, według ich prawa „... nabycie własności od niewłaściciela – nawet w dobrej wierze – jest absolutnie wykluczone i naraża nabywcę na wytoczenie przeciw niemu przez właściciela skargi windykacyjnej. Ponieważ zasada ta w prawie rzymskim, zarówno klasycznym, jak i poklasycznym, nie dopuszcza dosłownie żadnych wyjątków, nabywca od nieuprawnionego musi liczyć się z koniecznością zwrotu rzeczy właścicielowi”⁴. Poglądowi temu nie sposób oczywiście generalnie zaprzeczyć, ale jeżeli weźmie się pod uwagę długi okres rozwoju prawa rzymskiego to stwierdzenie takie nie może ostać się w tak radykalnej formule. Z jednej strony bowiem prawo to ewoluowało stosownie do zmieniających się warunków społeczno-ekonomicznych i wynikających z nich nowych potrzeb, z drugiej zaś Rzymianie nie zostawili nam praktycznie żadnej „literatury” prawniczej, która pozwoliłaby zrozumieć w pełni istotę i funkcje wielu instytucji prawnych, znanych nam jedynie z analizy bardzo fragmentarycznie zachowanych informacji⁵. Niewątpliwie zatem zagadnienie jest złożone i zasługuje na bliższą analizę, która przeprowadzona zostanie oddzielnie dla poszczególnych etapów rozwoju prawa rzymskiego.

Niewiele da się powiedzieć pewnego na temat możliwości nabycia własności od nieuprawnionego w początkowym okresie kształtowania się prawa rzymskiego. Nie jest nawet całkowicie jasna sama koncepcja własności. Pierwszym znanym nam źródłem jest Prawo XII Tablic, które odzwierciedlając stan regulacji prawnej około połowy V wieku przed Chr. stanowi równocześnie refleks pewnej dłuższej

3. „Which of two innocent parties is to suffer from the knavery of a third?” w: J. W. JONES, *The Position and Rights of a Bona Fide Purchaser for Value of Goods Improperly Obtained*, Cambridge 1921, przedr. Littleton 1987, 3.

4. W. DĄCZAK, T. GIARO, F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, Warszawa 2009, 378. Por. także wcześniejsze publikacje poświęcone nabyciu własności *a non domino*: A. GOLA, *Nabycie własności ruchomości od nieuprawnionego*, Warszawa 1982, 9-10; M. WILKE, *Nabycie własności rzeczy ruchomej na podstawie umowy z osobą nieuprawnioną*, Warszawa-Poznań-Toruń 1980, 11-12; A. SZPUNAR, *Nabycie własności ruchomości od nieuprawnionego*, Kraków 1998, 13-14.

5. Zdaniem J. M. Kelly’ego, jedyną znaną nam próbą wyjaśnienia istoty własności jest, skądinąd nie do końca jasny, tekst Cyserona o teatrze jako własności publicznej i zajmowanych w nim miejscach, które mają być przykładem własności prywatnej. J. M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, Oxford 1992, 76-77.

tradycji. W zakresie regulacji prywatnoprawnych akt ten koncentruje się przede wszystkim na problemach dotyczących funkcjonowania rolniczej wspólnoty rodowej. Na tak wczesnym etapie jej rozwoju nie była nawet specjalnie potrzebna regulacja transakcji handlowych i zapewne dlatego, jak zauważył Wolfgang Kunkel, postanowienia dotyczące umów zajmują tam relatywnie mało miejsca⁶. Bardziej przydatne było prawo własności i rzeczywiście odgrywa ono w Prawie XII Tablic ważną rolę, aczkolwiek występuje w swej bardzo jeszcze niewykształconej formie. Do pojęcia własności odnoszą się tam dwa słowa: *familia* i *pecunia*. Nauka nie osiągnęła jeszcze zgodności co do pełnego znaczenia tych terminów i wciąż wyjaśnia się je różnie⁷. Nie budzi już jednak dzisiaj wątpliwości, że niezależnie od ich pierwotnego rozumienia jednoznacznie kojarzą one początki rzymskiej koncepcji własności z tym, co dla rodu było najważniejsze i niezbędne do codziennego funkcjonowania. Obok członków rodziny był to więc cały inwentarz żywy i martwy, jaki musiał znajdować się w typowym gospodarstwie rolnym⁸. Byli to także ludzie wolni żyjący w rodzinie, gdyż wspólnota ta była jednocześnie podstawową jednostką produkcyjną i każdy jej członek miał określoną wartość ekonomiczną⁹.

Tak sprecyzowane dobra stanowiły początkowo zapewne wspólną własność rodu, z czasem zaś jedynym właścicielem stał się *pater familias*¹⁰. Jego tytuł do tych dóbr określany był przy pomocy samowyjaśniającego się zwrotu: *meum esse ex iure Quiritium*¹¹. Siłą tradycji wciąż nazywano ją stosując dawne terminy *familia* i *pecunia*, które straciły już swoje dosłowne znaczenia i stosowane były zamiennie.

W momencie wprowadzania Prawa XII Tablic własność nie była jeszcze zatem pojęciem abstrakcyjnym i nie miała nawet jednoznacznego określenia. Zdefiniowana była poprzez wskazanie pewnego kręgu osób i zwierząt oraz konkretnych

6. W. KUNKEL, *An Introduction to Roman Legal and Constitutional History*, Oxford 1973, 26.

7. I tak, T. Mommsen uważał, że *familia* to mieszkańcy siedziby rodu, w tym i niewolnicy, a *pecunia* to bydło. Zdaniem R. Jheringa i P. Bonfantego pierwsze słowo odnosi się ogólnie do dóbr ekonomicznie najważniejszych dla rodziny i stanowiących tak zwane *res Mancipi*, a drugie do pozostałego mienia określanego jako *res nec Mancipi*. Pewną modyfikację tego ostatniego wyjaśnienia zaproponował M. Wlassak. Jego zdaniem *familia* to dobra rodzinne zarządzane jedynie przez głowę rodu i tym samym niezbywalne, podczas gdy *pecunia* to odrębna jego własność, którą *pater familias* mógł swobodnie dysponować. Por. odpowiednio: T. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, t. III.1, Graz 1952, 22 nn, R. JHERING: *Entwicklungsgeschichte des römischen Recht*, Leipzig 1894, 81 nn; P. BONFANTE: *Forme primitive della proprietà romana. Res Mancipi e res nec Mancipi*, w: P. BONFANTE, *Scritti giuridici varii*, Torino 1926, 1 nn; M. WŁASSAK, *Studien zum altrömischen Erb- und Vermächtnisrecht*, 215 Akademie d. Wiss. Wien. Sitzungsberichte, Phi.-Hist. Klasse 2 (1933) 14 nn.

8. Szerzej na ten temat M. KASER, *Eigentum und Besitz im älteren Römischen recht*, Köln-Graz 1956, 1 nn; TENZE, *Das Römische Privatrecht*, t. 1, *Das Altrömische, das Vorklassische und Klassische Recht*, München 1971, 119 nn. Podstawowe składniki tego majątku stanowiły odrębną kategorię prawną, tak zwane *res Mancipi*, które Kaser opisał obrazowo jako: „die den bäuerlichen Grundbesitz und sein wichtigstes lebendes Inventar umfasst, bedeutet den Kern des bäuerlichen Vermögens, das der Familie die wirtschaftliche Daseinsgrundlage gibt und ihre Zukunft sichert”. *Ibidem*, 120. Zbycie *res Mancipi* mogło odbyć się tylko drogą szczególnego rodzaju sprzedaży, tak zwanej *Mancipatio*.

9. Zwrócił na to uwagę G. DIÓSDI, *Ownership in Ancient and Preclassical Roman Law*, Budapest 1970, 61.

10. *Ibidem*, 49.

11. KASER, *Eigentum und Besitz* (wyżej przyp. 8) 6 nn; A. WATSON: *Rome of the XII Tables*, Princeton 1975, 126.

rzeczy ruchomych tworzących łącznie samowystarczającą całość ekonomiczną i prawną z wyraźną przewagą elementu pierwszego nad drugim. Stosunek do danego dobra wciąż określany był w większym stopniu poprzez jego funkcję i znaczenie dla rodu, a nie przysługujący mu tytuł prawny. Podstawowe znaczenie miało przy tym posiadanie tych dóbr, nie zachodziła więc jeszcze potrzeba odróżniania go od własności. Jak podkreśla Max Kaser, w istocie swej nie była to jeszcze własność, ale, podobnie jak w Grecji, kwalifikowane posiadanie¹².

Od samego zarania istnienia społeczności rzymskiej własność rodowa podlegała silnej ochronie. Przede wszystkim chroniono ją przed kradzieżą (*furtum*), która pojmowana była wówczas znacznie szerzej niż obecnie, a nadto traktowano ją jako delikt w rozumieniu prawa prywatnego¹³. Trzeba też dodać, że *furtum* nie obejmowało *res sacrae* i *res publicae*. Kradzież przedmiotów należących do tych kategorii traktowano jako zbrodnie *peculatus* i *sacrilegium*¹⁴. Istotą zwykłej kradzieży było zamierzone działanie sprzeczne z wolą właściciela, polegające bądź to na zaborze jego rzeczy bez upoważnienia, bądź na samym wykorzystaniu jej w inny sposób niż z nim uzgodniony. Była to zatem nie tylko kradzież w powszechnym dzisiaj rozumieniu, ale, na przykład, korzystanie z rzeczy przyjętej na przechowanie¹⁵.

Już Prawo XII Tablic rozróżniało dwa rodzaje kradzieży: *furtum manifestum* i *furtum nec manifestum*, przewidując za ich popełnienie zróżnicowane kary¹⁶. Poszkodowanemu właścicielowi przysługiwały natomiast w związku z kradzieżą różne skargi. *Actio furti concepti* pozwalała mu uzyskać odszkodowanie w wysokości trzykrotnej wartości skradzionej rzeczy od każdego jej posiadacza, jeżeli znaleziono ją u niego po poszukiwaniach w obecności świadków. Nie miało przy tym znaczenia, czy ów posiadacz rzeczywiście rzecz tę ukradł, czy też nie był złodziejem. Jedyną obroną była w jego przypadku możliwość wystąpienia ze skargą *actio furti oblati* przeciwko osobie, od której rzecz tę uzyskał¹⁷. Chcąc odzyskać utraconą rzecz właściciel musiał nadto wszcząć odrębne postępowanie. Służyło mu w tym celu powództwo *legis actio sacramento in rem*, którego zakres

12. „...es hat noch keine scharfe Grenze gegenüber dem Besitz, sondern wird (ähnlich wie in den griechischen und germanischen Rechten) selbst als ein qualifizierter Besitz verstanden”. M. KASER, *Römisches Privatrecht. Ein Studienbuch*, München-Berlin 1962, 87.

13. O. F. ROBINSON, *The Criminal Law of Ancient Rome*, London 1995, 10.

14. ROBINSON, *The Criminal Law* (wyżej przyp. 13) 31 nn; por. także A. WATSON, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford 1965, 226 nn.

15. A. WATSON, *Roman Private Law around 200 B.C.*, Edinburgh 1971, 146.

16. Zarzut dopuszczenia się *furtum manifestum* stawiano przede wszystkim złodziejowi złapanemu w trakcie dokonywania kradzieży. Kwalifikacji tej podlegał nadto przypadek, kiedy rzecz ukradzioną znaleziono u kogoś w trakcie rytualnych poszukiwań prowadzonych przez prawie nagiego kapłana trzymającego święte wino w jednej ręce i dużą włócznię (*lanx*) w drugiej. Prawo XII Tablic pozwalało zabić złodzieja złapanego na gorącym uczynku w nocy, a także w dzień, jeżeli użył broni. Więcej na ten temat, w szczególności o kwalifikowanych rodzajach kradzieży, por. ROBINSON, *The Criminal Law* (wyżej przyp. 13) 25 nn.

17. Jak podkreśla WATSON, *Roman Private Law* (wyżej przyp. 15) 150, było to bardzo praktyczne rozwiązanie przy braku policji w ówczesnych czasach.

był bardzo szeroki i obejmował nawet możliwość odzyskania ludzi wolnych. Nie jest w pełni jasny przebieg procesu wszczętego tą skargą. Warto przyrzeć się bliżej dyskusji na ten temat, gdyż wynikające z niej wnioski mają znaczenie dla zasadniczych rozważań.

W opinii wyrażanej przez większość doktryny¹⁸, w procesie wszczętym przez wniesienie *legis actio sacramento in rem* obydwie strony traktowane były równorzędnie, to znaczy obydwie musiały przedstawić swoje prawo do przedmiotu sporu. Sędzia przyznawał go natomiast tej z nich, która miała wobec niego mocniejsze prawo do posiadania w porównaniu ze stroną przeciwną. Wynik procesu nie zależał więc od tego, czy któraś ze stron była rzeczywiście właścicielem. Mogła wszak nim być osoba trzecia pozostająca poza sporem. Sędzia związany był jednak żądaniem pozwu i nie mógł w takim przypadku oddalić powództwa.

Zdaniem M. Kasera, opisany przebieg procesu możliwy jest do wyjaśnienia jedynie względnym, na tym etapie rozwoju prawa, charakterem prawa własności. Sędzia nie mógł oddalić żądań obydwu stron, jak wywodzi M. Kaser, jeżeli żadna nie była właścicielem, ponieważ nie rozpatrywał sprawy z punktu widzenia absolutnego prawa własności, a jedynie ustalał, która z nich dysponowała silniejszym prawem względem drugiej¹⁹.

Poglądowi temu stanowczo sprzeciwia się A. Watson. Jego zdaniem, nie wchodzi tu w ogóle w grę podnoszona przez M. Kasera i większość doktryny „symetryczność” procesu, gdyż owo silniejsze prawo w postaci dowodu własności zobowiązana była przedstawić jedynie ta strona, która „nie miała rzeczy przed wniesieniem skargi”²⁰. W takim przypadku co najmniej wątpliwy byłby względny charakter ówczesnej własności.

Do wniosku takiego przychyła się zdecydowanie G. Diósdí, chociaż uzasadnia go inaczej. Przemawia za nim, w jego opinii, między innymi, wypowiedziane przez właściciela oświadczenie *meum esse*, które należy interpretować jako stwierdzenie deklarujące wyłączność przysługującego mu prawa. Drugim argumentem na rzecz absolutnego charakteru własności jest także przebieg procesu, aczkolwiek widziany przez G. Diósdiego w jeszcze inny sposób. Uważa on, że sędzia rozważał jedynie dowód własności przedstawiony przez pozwanego, czyli aktualnego posiadacza spornej rzeczy. Takie postawienie sprawy uzasadnione może być pochodzeniem skargi, u której podstaw leżała potrzeba wyjaśnienia zarzutu kradzieży²¹. Chcąc

18. H. F. JOŁOWICZ, B. NICHOLAS, *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, Cambridge 1972, 142 i cyt. tam literatura.

19. Jak podkreśla Kaser: „Das war aber nur möglich, wenn der Richter nicht über ein absolutes Recht zu entscheiden hatte, sondern lediglich darüber, welche der Parteien ein besseres Recht an der Sache hatte”. KASER, *Eigentum und Besitz* (wyżej przyp. 8) 8.

20. „did not have the thing before the action began”. WATSON, *Roman Private Law* (wyżej przyp. 15) 127.

21. Pogląd ten nie budzi zastrzeżeń doktryny. Por. WATSON, *Roman Private Law* (wyżej przyp. 15) 68; DIÓSDÍ, *Ownership* (wyżej przyp. 9) 102; por. także istotną uwagę Watsona na ten temat w: *Roman Private Law* (wyżej przyp. 15) 128. Warto nadto w tym miejscu podkreślić, że rzymskie określenie rzeczy ruchomych etymologicznie łączy się ze słowem kradzież – *furtum*, którego pochodzenie od *ferre*, jak twierdzi G. Diósdí, jest oczywiste. DIÓSDÍ, *Ownership* (wyżej przyp. 9) 36.

uwolnić się od tego podejrzenia to właśnie pozwany posiadacz rzeczy skradzionej musiał przedstawić dowód swojego prawa, ponieważ nawet w braku dowodu silniejszego po stronie powoda on sam od posądzenia o kradzież nie był jeszcze zwolniony²².

Jak już wspomniano, bliższe zarysowanie tej dyskusji było konieczne, gdyż każda z przedstawionych dwóch głównych hipotez pociąga za sobą inne konsekwencje w zakresie ewentualnej ochrony nabywcy w dobrej wierze w najwcześniejszym okresie rozwoju prawa rzymskiego. Otóż, jeżeli opowiedzieć się za G. Diósdim lub A. Watsonem, to należałoby przyjąć, że absolutny charakter własności stał na przeszkodzie możliwości nabycia prawa własności w przypadku uzyskania posiadania od niewłaściciela. Przyjęcie natomiast koncepcji M. Kasera umożliwia postawienie tezy, że względny charakter własności dopuszczał przyznanie przez sędziego rzeczy aktualnemu posiadaczowi, jeżeli jego lepsze prawo polegało, na przykład, na nabyciu jej w dobrej wierze.

Na istnienie takiej prawnej możliwości w analizowanym okresie rozwoju prawa brak jest wprawdzie bezpośrednich dowodów źródłowych, ale, jak wiadomo, została ona wprowadzona później w drodze *actio Publiciana*. Jest zatem logiczne, jak wywodzi M. Kaser, że musiała istnieć jakaś forma poprzedzająca tę ostatnią skargę i chroniąca już wcześniej nabywców w dobrej wierze, których prawo było lepsze, na przykład, od nabywców w złej wierze. Najprawdopodobniej, jego zdaniem, była to ta sama *legis actio sacramento in rem*, dopuszczona w takim przypadku również jako środek służący nabywcom w dobrej wierze²³.

W tym miejscu należy wyjaśnić, że niezależnie od ewentualnych możliwości wynikających z tej hipotetycznej ochrony, nabywca chroniony był przez sprzedawcę na zasadzie podobnej, jaka obowiązywała w prawie greckim. Nie tylko uwalniał się od odpowiedzialności wskazując osobę, od której sporną rzecz kupił w drodze *mancipatio*, ale na podstawie specjalnej skargi, *actio auctoritatis*, mógł wystąpić przeciwko niej o odszkodowanie w wysokości podwójnej zapłaconej ceny²⁴. Prawo to nie było zależne od treści umowy, ale stanowiło immanentny element *mancipatio*²⁵.

Ochrona ta, jak widać, pozwalała nabywcy uniknąć strat wynikających z zawarcia umowy i konieczności zwrotu rzeczy. Nie prowadziła jednakże do nabycia własności. Możliwość taką dawał dopiero dłuższy okres posiadania²⁶.

22. DIÓSDI, *Ownership* (wyżej przyp. 9) 102.

23. KASER, *Das Römische Privatrecht* (wyżej przyp. 8) 124-125. Por. także zwięzłe, ale bardzo klarowne wyjaśnienie i uzasadnienie tej hipotezy przez Kasera w jego *The Concept of Roman Ownership*, *Tydschrift vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 27 (1964) 8-9.

24. F. DE ZULUETA, *The Roman Law of Sale*, Oxford 1945, 43.

25. WATSON, *Roman Private Law* (wyżej przyp. 15) 140-141.

26. W istocie nie było to jeszcze klasyczne posiadanie, ale forma poprzedzająca je, określana jako *usus*. Interpretuje się ją jako faktyczną kontrolę nad rzeczą. Por. KASER, *Eigentum und Besitz* (wyżej przyp. 8) 313 nn; R. YARON, *Reflections on Usucapio*, *TR* 35 (1967) 211 nn.

Wynikała ona z faktu, iż ochrona własności rodowej przed przejściem w inne ręce nie była nieograniczona. W małej społeczności rzymskiej, która w ówczesnych czasach mogła liczyć najwyżej kilkanaście tysięcy mieszkańców²⁷, relatywnie łatwo można było odzyskać utracone dobra. Jeżeli ktoś tego zaniedbał, to musiał liczyć się z możliwością definitywnej utraty rzeczy, gdyż, jak przekonywał Gaius, „własność rzeczy nie może pozostawać niepewna zbyt długo”²⁸. Logiczne było więc przyznanie pewnych praw do danej rzeczy komuś, kto użytkował ją przez pewien czas. Zasadę tę potwierdziło Prawo XII Tablic wyraźnie stwierdzając, że *auctoritas fundi biennium esto. Ceterarum rerum annus esto*²⁹.

A zatem ów niezbędny *usus auctoritas* wynosił dla rzeczy ruchomej jeden rok, a dla nieruchomości dwa lata. Jak przyjmuje M. Kaser³⁰, postanowienie to miało początkowo jedynie procesowy charakter. Umożliwiało posiadaczowi obronę przeciwko *actio legis sacramento in rem*, jeżeli nie była ona odpowiednio szybko wniesiona. Zdaniem T. Mommsena instytucja ta limitowała natomiast rękojmię sprzedawcy w razie wniesienia skargi wydobywczej przez właściciela³¹. W ostatnim czasie przeważa wszakże opinia, że instytucja ta od samego początku miała na celu przyznanie użytkownikowi rzeczy szansy nabycia jej własności³².

Tak czy inaczej mamy tu do czynienia z pierwszą wyraźną regulacją nabycia własności lub przynajmniej węższego prawa na rzeczy, której posiadanie było uzyskane od niewłaściciela. Regulacja ta uznawała pewne obiektywne realia, ale w istocie swej działała przeciwko opisanym wyżej celom Prawa XII Tablic. Musiała więc zawierać ograniczenia dopuszczające ochronę posiadacza tylko w rzeczywistości w pełni uzasadnionych przypadkach. Wykluczała zatem z możliwości skorzystania z tego prawa złodzieja, obcych, a nawet osobę, która rzecz otrzymała od żony właściciela, jeżeli ta wydała ją bez upoważnienia męża³³.

27. Podkreślają ten fakt liczni autorzy, w tym W. Kunkel, który zakłada, że Rzym mógł liczyć w analizowanym okresie od 10 do 12 tysięcy mieszkańców. KUNKEL, *An Introduction* (wyżej przyp. 6) 3. G. Diódsi podaje liczbę nieco większą: od 10 do 20 tysięcy mieszkańców. DIÓDSI, *Ownership* (wyżej przyp. 9) 104. Por. też łączący się z tym wniosek A. M. Pricharda, *League's Roman Private Law Founded on the Institutes of Gaius and Justinian*, red. A. M. PRICHARD, New York 1967, 238.

28. G. 2,44.

29. Tab. VI,3. Por. rekonstrukcje tekstu oraz komentarz: *Roman Statutes*, red. M. H. CRAWFORD, London 1996, t. 2, 658 nn.

30. KASER, *Das Römische Privatrecht* (wyżej przyp. 8) 135 nn.

31. T. MOMMSEN, *De auctoritate commentario*, w: *Gesammelte Schriften. Juristische Schriften*, t. 3, Berlin 1907, 458 nn.

32. Problem ten, podobnie jak i w ogóle interpretacja cytowanej już pierwotnej formuły zasiedzenia zapisanej w Prawie XII Tablic jest nadal przedmiotem ożywionej dyskusji. Por. na przykład, YARON, *Reflections* (wyżej przyp. 26) 191 nn, czy PRICHARD, *League's Roman Private Law* (wyżej przyp. 27) 234 nn.

33. Szerzej na ten temat KASER, *Das Römische Privatrecht* (wyżej przyp. 8) 137-138. Dla pełni obrazu trzeba przy tej okazji odnotować także opinię P. Huvelina, iż wykluczenie możliwości nabycia własności rzeczy ukradzonej nie było znane Prawu XII Tablic, ale zostało wprowadzone znacznie później przez *Lex Atinia* i następnie przypisane prawu wcześniejszemu przez jego znacznie późniejszych komentatorów. Teoria ta, chociaż odosobniona, pozwala wytłumaczyć pewne niejasności wynikające, między innymi, z powtórzenia zasady wyrażonej w Prawie XII Tablic przez *Lex Atinia*. Jak pisze Huvelin: „Ainsi se résolvent des difficultés presque inextricables: la disposition des Douze Tables rendant imprescriptibles les choses volées n'est qu'une anticipation légendaire de la disposition identique de la loi Atinia. L'affirmation paraîtra sans doute audacieuse; nul auteur ne l'a formulée; nous la croyons cependant solidement fondée, et peut-être certains de nos devanciers ont-ils été tout près de l'admettre”. P. HUVELIN, *Études sur le Furtum dans le très ancien droit romain*, t. 1, Roma 1968, 296-297.

Z punktu widzenia zasadniczego tematu rozważań najważniejsze jest oczywiście postanowienie dotyczące złodzieja. Tablica I,22 stanowi, iż *rei subruptae (furtivae) aeterna auctoritas esto*³⁴. Zapis ten jest *prima facie* jasny, ale wzbudził wątpliwości, czy chodzi tu o uniemożliwienie skutecznego nabycia rzeczy ukradzionej w ogóle, czy też może tylko o wyłączenie możliwości nabycia przez złodzieja. Przeważa raczej pogląd obszernie i przekonująco uzasadniony przez Watsona, że ograniczenie to ma charakter generalny i odnosi się do rzeczy pochodzących z kradzieży – *res furtivae*, a zatem analizowane wyłączenie możliwości nabycia własności rzeczy przez jej użytkowanie dotyczyło każdej osoby, która weszła w posiadanie takiej rzeczy, a nie tylko samego złodzieja³⁵. Pogląd taki wydaje się bardziej nawet logiczny w kontekście założeń ogólnych Prawa XII Tablic, tym bardziej, że w owym czasie nie obowiązywały jeszcze inne ograniczenia związane z późniejszą *usucapio*, takie jak *iusta causa (iustus titulus)*, czy *bona fides*. Na zakończenie tej części rozważań należy jeszcze dodać, że ta najwcześniejsza forma zasiedzenia nie dopuszczała możliwości nabycia jakiegokolwiek prawa na *res sacrae*, czyli przedmiotach kultu, i na *res religiosae*, czyli miejscach pochówku zmarłych.

Sukcesy imperialnej polityki Rzymu pociągały za sobą ogromne zmiany we wszystkich dziedzinach życia. W ich wyniku już u schyłku okresu republiki, a potem w okresie klasycznym było to już zupełnie inne miasto niż w czasie formułowania Prawa XII Tablic. Niewielki wówczas ośrodek o dominującej gospodarce rolniczej stawał się potężnym centrum władzy największego mocarstwa świata. Ekspansja terytorialna oraz masowy napływ niewolników na przełomie III i II wieku przed Chr. radykalnie przekształciły funkcjonowanie tradycyjnego rodu rzymskiego. Nastawiona głównie na zaspokajanie własnych potrzeb gospodarka rodzinna zastąpiona została gospodarką towarowo-wymienną skupioną w potężnie rozrastających się latyfundiach. Jako stolica państwa obejmującego obszar całego Morza Śródziemnego został Rzym jednocześnie centrum handlu rozwijającego się szybko na tym ogromnym terytorium. Ewolucja społeczna i gospodarcza o tak zasadniczym charakterze nie mogła pozostać bez wpływu na obowiązujące reguły prawne. Równie daleko idące przekształcenia stały się więc i w tym zakresie oczywiste.

Najdonioślejszym osiągnięciem myśli prawniczej towarzyszącej tym zmianom było ostateczne sformułowanie koncepcji własności, która oderwawszy się w pełni od posiadania wykształciła się jako odrębna od niego, abstrakcyjna instytucja

34. Por. rekonstrukcję tekstu i komentarz: *Roman Statutes* (wyżej przyp. 29) 619 nn.

35. A. WATSON, *The Law of Property in the Later Roman Republic*, Oxford 1968, 26 nn, w szczególności 27 i 28. Sugerowane są jednakże również i inne interpretacje analizowanego zapisu, na przykład że Prawo XII Tablic dotyczyło jedynie samego złodzieja, a dopiero *Lex Atinia* wyłączyła również osoby trzecie z możliwości nabycia własności na rzeczy skradzionej analizowanym sposobem. Tak JOLOWICZ, NICHOLAS, *Historical Introduction* (wyżej przyp. 18) 153. Por. także KASER, *Das Römische Privatrecht* (wyżej przyp. 8) 137 oraz YARON, *Reflections* (wyżej przyp. 26) 219.

prawna. W ten sposób sformułowano własność po raz pierwszy w historii i w istocie swej pozostała ona w tym kształcie do naszych czasów. W porównaniu z okresem poprzednim zmianie uległ przede wszystkim jej charakter. Z prawa względnego przeistoczyła się w prawo absolutne, służące właścicielowi *erga omnes* – „przeciwko całemu światu”³⁶.

W tej postaci przysługiwało ono już jedynie nabywcom pierwotnym oraz tym nabywcom pochodnym, którzy mogli przeprowadzić dowód nabycia swego prawa wprost lub pośrednio od właściciela pierwotnego. Innej możliwości nie dopuszczano, gdyż zgodnie z zasadą *nemo plus iuris ad alium potest, quam ipse habet*³⁷, nikt, kto nie był właścicielem nie mógł przenieść prawa na inną osobę. Na straży własności absolutnej, jednolicie określanej już jako *dominium ex iure Quiritium*³⁸, a później także jako *proprietas*, stało nowe postępowanie sądowe. Nazywało się ono *per sponsionem* i oparte było wyłącznie na konieczności dowiedzenia prawa własności po stronie powoda. W przypadku pozytywnego przeprowadzenia takiego dowodu sytuacja prawna pozwanego nie miała już jakiegokolwiek znaczenia.

Takie ujęcie własności oznaczało niejednokrotnie zbyt daleko idące zawężenie jej w stosunku do stanu poprzedniego. Możliwości obrony pozbawieni zostali na przykład pozwani, którzy dawniej mogli wygrać proces wykazując się jedynie lepszym prawem od swego poprzednika. Prawo ich, oparte na posiadaniu, jakkolwiek słabsze od własności zasługiwało jednak w niektórych sytuacjach na ochronę. Najwyraźniej zauważono ten negatywny skutek nowego ujęcia prawa własności i rozwinęto niezależną ochronę kwalifikowanego posiadania, które dzięki niej mogło niekiedy skutecznie konkurować nawet z absolutną własnością. Instrumentem tej ochrony była *actio Publiciana in rem*, wprowadzona prawdopodobnie w I wieku przed Chr. Stosując ten środek pretor mógł chronić posiadaczy, którzy spełniali już wymogi niezbędne do uzyskania własności drogą *usucapio*, z wyjątkiem jednak pełnego upływu czasu³⁹. Do tak kwalifikowanych posiadaczy, zwanych *possessores ad interdicta*, zaliczano nabywców, którzy weszli w posiadanie rzeczy *iusta causa* i *bona fide* od niewłaścicieli, oraz posiadaczy, którzy weszli w posiadanie drogą *traditio* i stali się posiadaczami *in bonis possessio* / *habere*.

W pierwszym wypadku była to albo całkowicie nowa możliwość ochrony nabywcy w dobrej wierze wprowadzona drogą *actio Publiciana in rem*, albo też rozwinęła się ona, jak już wspomniano wyżej, z nieznanej nam na obecnym

36. Określenie Kasera, w TEGOŻ, *The Concept* (wyżej przyp. 23) 10.

37. D. 50,17,54(Ulpian 46 ed.); D. 41,1,20 (Ulpian 29 Sab.); także D. 50,17,175,1 (Paulus 11 Plaut.).

38. Pojęcie *dominus* określające właściciela pojawiło się po raz pierwszy w *Lex Agraria* z 111 r. przed Chr. Więcej na ten temat KASER, *Eigentum und Besitz* (wyżej przyp. 8) 308 nn; TENZE, *Das Römische Privatrecht* (wyżej przyp. 8) 402 nn.

39. R. SOHM, *Instytucje, historia i system rzymskiego prawa prywatnego*, Warszawa 1925, 314.

etapie badań specjalnej instytucji prawnej, względnie dopuszczenia również w takiej sytuacji *legis actio sacramento ad rem*.

Drugi przypadek obejmuje uzyskanie posiadania pewnej kategorii dóbr, określanych jako *res Mancipi*, drogą *traditio* w miejsce zastrzeżonej dla nich i dawniej wyłącznie stosowanej formy nabycia tych dóbr poprzez *mancipatio*⁴⁰.

Wypadki takie, kiedyś niedopuszczalne, zostały jednak uznane za normalne ze względu na zmiany gospodarcze i rozwój handlu, które to czynniki ujawniły nieprzydatność tradycyjnych, zbyt sformalizowanych w nowych czasach, instrumentów przeniesienia własności. Obowiązkowe przy *mancipatio* zasady jawności i wyraźne cechy pewnej obrzędowości straciły całkowicie swoje znaczenie, wobec czego pretor nie wymagał już ich zachowywania. Rozważając udzielenie ochrony zadawał się stwierdzeniem przeprowadzenia nieformalnej w tym przypadku *traditio*, którego głównym elementem było przekazanie posiadania. W skutkach swych była to jednak czynność niepełna, gdyż właściciel zachowywał nadal swoje prawo własności ze względu na niezachowanie wciąż formalnie wymaganej formy tradycyjnego *mancipatio*⁴¹.

Jak warto podkreślić, w żadnej z opisanych dwóch sytuacji nabywca nie nabywał tytułu własności z chwilą zawarcia umowy i uzyskania posiadania. Nabycie własności zapewniono mu jednak inną drogą, a to poprzez uznanie słuszności sposobu w jaki wszedł on w posiadanie. Uwzględniając bowiem szczególne okoliczności towarzyszące zawieraniu umowy w obydwu przypadkach uzyskiwał on ochronę pretorską otrzymanego tą drogą posiadania, która pozwalała mu bezpiecznie przeczekać niezbędny okres czasu, jaki pozostał do nabycia własności przez zasiedzenie. *Actio Publiciana* była zatem swoistą „ścieżką” procesową ochrony zasługujących na nią posiadaczy, pozwalającą im odzyskać rzecz, jeżeli utracili jej posiadanie przed uzyskaniem własności. Interdykt nie różnił się więc w istocie od *rei vindicatio*, poza tym, że opierał się na *formula ficticia*, zakładającej spełnienie warunku upływu czasu niezbędnego dla *usucapio*.

O wprowadzeniu opisanego rozwiązania zdecydowały niewątpliwie względy praktyczne wynikające z potrzeb bezpieczeństwa rozwijającego się szybko obrotu. Inne względy praktyczne oraz konsekwentne honorowanie absolutnego charakteru prawa własności spowodowały jednak, że kompromis nie mógł pójść za daleko. Zdecydowało o tym przekształcenie dawnego *usus auctoritas* w ostatecznie rozwiniętą *usucapio*⁴², która, podobnie jak własność, zachowała do dzisiaj

40. Por. dobre wyjaśnienie tego procesu JOŁOWICZ, NICHOLAS, *Historical Introduction* (wyżej przyp. 18) 263 nn.

41. Posiadanie takie, zwane własnością bonitarną, *in bonis esse*, względnie *in bonis habere*, chronione było nawet przeciwko *vindicatio* właściciela poprzez *exceptio rei venditae et traditae* lub *exceptio doli (explicatio)*. Ochrona ta pochodziła jeszcze z czasów, kiedy pretor chronił spokojne użytkowanie ziemi otrzymanej od państwa, ale z zachowaniem jego własności. Szerzej na ten temat KASER, *Das Römische Privatrecht* (wyżej przyp. 8) 403; także JOŁOWICZ, NICHOLAS, *Historical Introduction* (wyżej przyp. 18) 264 nn; DİÖSDİ, *Ownership* (wyżej przyp. 9) 166 nn.

42. PRICHARD, *Leagué's Roman Private Law* (wyżej przyp. 27) 235 nn.

swą aktualność. Instytucja ta pozwalała nabyć własność rzeczy posiadanej przez dwa lata w przypadku nieruchomości oraz jednego roku w przypadku rzeczy ruchomych. Nieodzownym warunkiem nabycia własności w ten sposób było uzyskanie posiadania *iusta causa*, a więc na podstawie jakiegoś tytułu prawnego, na przykład poprzez kupno lub darowiznę. Ponadto, posiadacz musiał pozostawać w dobrej wierze od samego początku posiadania, to znaczy nie mógł na przykład wiedzieć, że kupił rzecz od niewłaściciela. Znajomość tego faktu oznaczałaby stan złej wiary, *mala fides*, po jego stronie⁴³.

Najistotniejsze dla zasadniczych rozważań jest jednak wyłączenie możliwości zasiedzenia rzeczy skradzionej. Ograniczenie to zostało jednoznacznie potwierdzone około połowy II wieku przed Chr. przez *Lex Atinia*⁴⁴, a następnie rozszerzone na rzeczy zabrane siłą, *res vi possessae*, przez *Lex Iulia* i *Lex Plautia*⁴⁵. Jak zauważono w literaturze, ograniczenie to zawężyło możliwość zasiedzenia rzeczy ruchomych praktycznie do minimum, jeżeli weźmie się pod uwagę wyjaśnione już wyżej szerokie ujęcie *res furtivae*. W istocie jest ono jeszcze dalej idące po uwzględnieniu niemożliwości zasiedzenia rzeczy wyłączonych z obrotu. W okresie cesarstwa dodano jeszcze do tych wyłączeń własność fiskusa i cesarza⁴⁶.

Trzeba w tym miejscu nadto dodać, że wprowadzona ochrona własności fiskusa miała także swoje dalsze konsekwencje przy nabywaniu rzeczy należących do niego. Mianowicie w przypadku sprzedaży przez skarb czegoś, co jednakże nie stanowiło jego własności, nabywcy przysługiwała ochrona w postaci *exceptio* przez pięć lat przeciwko skardze właściciela. Cesarz Zeno rozszerzył tę ochronę na wszystkie sposoby nabycia własności od fiskusa oraz wprowadził dodatkowo zasadę, że nabywcy zostawali właścicielami od razu w chwili zakupu, natomiast właścicielowi przysługiwało odszkodowanie od państwa⁴⁷.

Kończąc analizę możliwości nabycia własności *a non domino* w szczytowym okresie rozwoju prawa rzymskiego należy jeszcze wspomnieć o równoległej, obok zasiedzenia, instytucji chroniącej posiadacza, która wykształciła się w schyłkowej fazie tego okresu za panowania Septymiusza Sewera, to jest przy końcu II wieku po Chr. Pierwotnie dotyczyła ona wyłącznie ziemi na prowincji, która

43. Na nieco inne rozumienie dobrej wiary w prawie rzymskim w porównaniu na przykład z BGB zwraca uwagę KASER, *Das Römische Privatrecht* (wyżej przyp. 8) 99. Por. także na ten temat WATSON, *The Law of Property* (wyżej przyp. 35) 29 nn.

44. Tekst *Lex Atinia*, zrekonstruowany na podstawie źródeł, brzmiał najprawdopodobniej: *Quod subruptum erit, eius rei aeterna auctoritas esto, [si in potestatem? eius cui subruptum erit? (domini?) reuersum erit]*. W wolnym tłumaczeniu: „W odniesieniu do rzeczy skradzionej władza (*auctoritas*) nie podlega ograniczeniu w czasie, chyba że rzecz ta powróci do tego, komu została skradziona (do właściciela)?”. *Roman Statutes* (wyżej przyp. 29) 746. W zapisie Paulusa rzecz brzmi wskazuje znacznie prościej: *Quod autem dicit lex Atinia, ut res furtiva non usucapiatur. Ibidem*, 245. Por. także W. OSUCHOWSKI, *Zarys rzymskiego prawa prywatnego*, Warszawa 1971, 340.

45. *Lex Iulia* pochodzi z około 78 do 63 r. przed Chr., a *Lex Plautia* z 46 r. przed Chr. Por. WATSON, *The Law of Property* (wyżej przyp. 35) 30-31; R. TAUBENSCHLAG, *Rzymskie prawo prywatne*, Warszawa 1969, 132.

46. Tak KASER, *Das Römische Privatrecht* (wyżej przyp. 8) 420; W. W. BUCKLAND, *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*, Cambridge 1921, 249.

47. BUCKLAND, *A Text-Book* (wyżej przyp. 46) 251 i 252.

była wyłączona z obrotu, ale później objęła również rzeczy ruchome. Instytucja ta, określana jako *longi temporis praescriptio*, nie prowadziła wprawdzie – tak jak *usucapio* – do uzyskania własności, ale chroniła posiadacza przed powództwem windykacyjnym właściciela, jeżeli posiadacz władał rzeczą przez 10 lat na terenie tej samej gminy, w której mieszkał, lub 20 lat na terenie innej gminy⁴⁸. *Longi temporis praescriptio* była jedynie instytucją procesową, stanowiła przedawnienie powództwa właściciela pod warunkiem, że posiadanie cechowało się *iustum initium possessionis* oraz prawdopodobnie także dobrą wiarą⁴⁹.

Jak ubolewają badacze i entuzjaści prawa rzymskiego, dalsza jego historia to już tylko degeneracja i upadek, a w najlepszym przypadku jedynie podtrzymywanie dawniejszych osiągnięć⁵⁰. Wobec wielu niepodważalnych argumentów, jakie podnoszą w tym kontekście historycy prawa zafascynowani jego wcześniejszym rozwojem, tak zdecydowanie negatywna ocena rzeczywiście trudna jest do złagodzenia. Opiera się ona jednak wyłącznie na porównaniu z okresem klasycznym, bez uwzględnienia wielu aspektów szczególnych nowej, burzliwej epoki, generalnie nazywanej okresem poklasycznym. Czasy między Dioklejanem, ostatnim obrońcą standardów klasycznych, a Justynianem, ich odnowicielem, zasługują zatem, jak wywodzi Ernst Levy, na odrębną i niezależną ocenę⁵¹. Jest to bowiem dla państwa rzymskiego moment wyjątkowy, moment rewolucyjnych zmian politycznych, ekonomicznych, społecznych, religijnych i innych, które nie mogły nie wywrzeć silnego wpływu na rozwój prawa. W 212 r. po Chr. Karakalla nadaje obywatelstwo rzymskie wszystkim mieszkańcom cesarstwa, dzięki czemu stosowanie prawa rzymskiego rozszerza się na ogromny obszar całego państwa, w warunkach ówczesnych na obszar całego świata⁵². Powoli tracić zaczyna zatem sens podział na *ius civile*, prawo obywateli gminy rzymskiej, czyli wąskiej grupy prawdziwych Rzymian – *Populum Romanum*, i *ius gentium*, wciąż prawo tak zwanych obcych, chociaż od wielu pokoleń zamieszkiwali oni w granicach Imperium. Obydwa te prawa powoli łączą się, ale jednocześnie zaczynają funkcjonować jako tzw. prawo dawne – *ius vetus*, obok tak zwanego prawa nowego – *ius novum*, które powstaje w wyniku bardzo aktywnej działalności prawodawczej cesarzy.

48. KASER, *Das Römische Privatrecht* (wyżej przyp. 8) 424.

49. PRICHARD, *Leagué's Roman Private Law* (wyżej przyp. 27) 207.

50. Jednym z pierwszych krytyków był H. BRUNNER, *Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde*, Berlin 1880, 113 nn, 139. Por. TENZE, *Deutsche Rechtsgeschichte*, t. 1, Leipzig 1906, 377. Przykładem nowszych wypowiedzi może być artykuł F. WIEACKERA, *The Importance of Roman Law for Western Civilization and Western Legal Thought*, 4 Boston College of International & Comparative Law Review 2 (1981) 269; por. także przedruk tego artykułu zamieszczony w: *Civil Law*, red. R. ROGOWSKI, Dartmouth 1995, 15.

51. E. LEVY, *West Roman Vulgar Law*, Philadelphia 1951, 1-2.

52. Proces nadawania obywatelstwa rzymskiego początkowo pojedynczym osobom, potem całym gminom, a w końcu wszystkim mieszkańcom cesarstwa przedstawia obrazowo SOHM, *Instytucje, historia i system* (wyżej przyp. 39) 116 nn.

Obserwując te zmiany trzeba nadto stale mieć na uwadze, że dokonywały się one na wielkim terytorium, które w dodatku zaczęło podlegać coraz wyraźniejszym tendencjom zmierzającym do politycznego podziału. Brak szybkiej i bezpośredniej komunikacji potęgował oddalenie prowincji od centrum władzy, żyła ona własnym życiem i w coraz większym zakresie stosowała swoje prawo miejscowe, będące mieszaniną różnych dawnych tradycji, precedensów i lokalnych zwyczajów⁵³. Prawo to zwykło się określać w całości jako „rzymskie prawo wulgarne”, dla odróżnienia go od „nowego prawa” tworzonego przez cesarzy, prawa peregrynów, oraz germańskiego prawa szczepowego, które coraz wyraźniej zaznaczało swoją odrębność na terenie cesarstwa zachodniego. Prawo wulgarne, trzeba to wyraźnie zaznaczyć, stopniowo uzyskiwało przy tym coraz większe znaczenie w całym imperium. Za Konstantyna przeniknęło już do oficjalnych dokumentów cesarskich, aż w końcu uzyskało nad innymi wspomnianymi prawami całkowitą przewagę⁵⁴. Jak w świetle powyższych zmian rozwijały się podstawowe instytucje prawne istotne dla głównego tematu naszych rozważań?

Opisane procesy znacznie zdywersyfikowały prawo będące w użyciu na terenie cesarstwa i w bardzo różnym stopniu wpłynęły na jego ewolucję. Daleko idącej zmianie poddane zostało przede wszystkim rozumienie pojęcia własności. Generalnie można powiedzieć, że w porównaniu do okresu klasycznego konstrukcja tego prawa uległa zasadniczemu osłabieniu i całkowicie straciła swoją dawną wyrazistość. Jak pisał E. Levy podsumowując swoje badania na temat rzymskiego wulgarnego prawa rzeczowego, rezultat ten „nie mógł być bardziej negatywny i zniechęcający. Pojęcie *dominium*, kiedyś promieniujące światłem, jawi się jako wyzute z treści i pozbawione konkretnego znaczenia. Nie tylko miesza się je z dawnymi *iura in re aliena*, takimi jak *emphyteusis* i *superficies*, a prawdopodobnie i *servitus*; używa się go nawet zamiennie z *possessio*. Wszystkie te konkretne i wyrafinowane pojęcia uległy degeneracji”⁵⁵. Zatarło się także jasne dawniej i wyraziste rozróżnienie własności i posiadania. To ostatnie, określane coraz częściej nowym terminem *momentum*, stało się w

53. Funkcjonowanie i przekształcanie się prawa w odległych prowincjach obrazuje R. Taubenschlag na przykładzie Egiptu, R. TAUBENSCHLAG, *The Law of Greco-Roman Egypt in the Light of the Papyri*. 332 B. C. – 640 A. D., Warszawa 1955, 230 nn.

54. Dokonane rozgraniczenie praw jest, rzecz zrozumiąca, czysto umowne, gdyż nie mogły one funkcjonować i nie funkcjonowały, jak też i nie rozwijały się całkowicie autonomicznie. Na przykład, oparte na tradycji prawo wulgarne z czasem uzyskało całkowitą uniwersalność, a obecność jego daje się zauważyć w konstytucjach cesarskich także po 429 r. po Chr., od kiedy to zaczęto ustanawiać odrębne akty ustawodawcze na Wschodzie i Zachodzie. Rzymskie prawo wulgarne oddziaływało także na prawo germańskie, podobnie jak można mówić o niewątpliwych tendencjach odwrotnych. O procesach tych pisał już R. Sohm, na przykładzie kodeksów ostrogockiego i burgundzkiego. SOHM, *Instytucje, historia i system* (wyżej przyp. 39) 128 nn. Obszernie omawia je natomiast przede wszystkim badacz prawa wulgarnego LEVY, *West Roman Vulgar Law* (wyżej przyp. 51) 2 nn, szczeg. 14 i 16. Por. także M. KASER, *Das Römische Privatrecht*, t. 2. *Die nachklassischen Entwicklungen*, München 1975, 17 nn.

55. „...could not be more negative and discouraging. The concept of *dominium*, once radiant with lucidity, appeared largely drained of substance and void of any precise meaning. Not only did it take in former *iura in re aliena* such as *emphyteusis* and *superficies*, and perhaps *servitus*; it was even interchangeable used with *possessio*. All these exact and refined notions degenerated”. LEVY, *West Roman Vulgar Law* (wyżej przyp. 51) 61. W sposób najbardziej zwięzły, ale dobitny i jasny przedstawił te zmiany KASER, *The Concept* (wyżej przyp. 23) 13.

praktyce podstawową instytucją prawa rzeczowego jako bardziej zewnętrźnie widoczne w porównaniu z abstrakcyjną własnością, a zatem i bardziej oczywiste oraz powszechnie zrozumiałe⁵⁶.

Konsekwencją degeneracji pojęcia własności był rozkład szeroko niegdys rozbudowanego systemu jej ochrony. Został on zminimalizowany do jednej „skumulowanej” skargi, *actio momenti*, przy czym główną jej funkcją była w istocie ochrona posiadania⁵⁷. Termin *vindicare* utracił swoje klasyczne znaczenie łączące się przede wszystkim z postępowaniem sądowym, a zaczął być używany nawet na określenie pozaprawnego sposobu odzyskiwania utraconej rzeczy⁵⁸. Zatarciu uległo także rozróżnienie pomiędzy *actio in rem* a *actio in personam* na rzecz jednej łącznej skargi, która spełniała obydwie, rozdzielone dotychczas funkcje. Pierwszą, gdy chodziło o odzyskanie rzeczy, i drugą, kiedy celem jej było uzyskanie odszkodowania⁵⁹. *Dominium* widziano jako prawo zawarte w rzeczy, a zatem *actio momenti* mogła być skierowana przeciwko każdemu, kto naruszył własność naruszając posiadanie, a więc przeciwko każdemu bezprawnemu posiadaczowi, bez względu na jego dobrą lub złą wiarę⁶⁰.

Może się to wydawać zastanawiające w świetle opisanych zmian, ale nie miały one jakiegokolwiek wpływu na najbardziej interesującą nas tutaj kwestię nabycia własności od nieuprawnionego. Niektóre okoliczności wskazują nawet, że pozycja właściciela nie tylko nie uległa osłabieniu wraz z degeneracją konstrukcji tego prawa, ale świadomie dokonano nawet pewnego jej wzmocnienia. Na utrzymanie dotychczasowej sytuacji właściciela wskazuje, na przykład, szereg dokumentów wydanych przez cesarzy. W jednym z nich czytamy, że oto Konstantyn nie zgodził się, aby ojciec rodziny mógł skutecznie przenieść własność rzeczy, które sprzedał łamiąc prawo zakazujące mu zbywania ich, gdyż stanowiły one *bona materna* jego dzieci. Niezależnie od swej dobrej lub złej wiary, nabywca musiał zwrócić nabyte w ten sposób

56. KASER, *Die nachklassischen Entwicklungen* (wyżej przyp. 54) 247. Analizując przyczyny tego zjawiska E. Levy zwraca uwagę na wiele możliwych powodów, przy czym w sposób szczególny podkreśla wyraźnie zauważalne ogólne sprymityzowanie prawa. W swojej klasycznej, czystej i logicznej formie było ono zapewne za trudne do zrozumienia i przyswojenia dla ludów ginącego antyku. Dostosowując prawo do mentalności nowych obywateli imperium, ówczesni prawnicy dostosowali się więc do aktualnej sytuacji. Odrzucili dawne „artystyczne podejście” przy tworzeniu instytucji prawnych w postaci trudno zrozumiałej, abstrakcyjnej koncepcji własności – nikt przecież nigdy nie widział własności („Nobody had ever seen a *dominium*”), a wyjaśnienie stosunków między ludźmi w relacji do rzeczy oparli przede wszystkim na faktycznym władaniu nią. *Possessio*, w nowej formule *momentum*, była do spełnienia tego celu wystarczająca, a przy tym, jak na owe czasy, bardziej oczywista i praktyczna. Wzrost znaczenia posiadania nie prowadził przy tym do całkowitej eliminacji pojęcia własności. Zostało ono natomiast inkorporowane do posiadania i służyło, między innymi, do uzasadnienia jego legalności. LEVY, *West Roman Vulgar Law* (wyżej przyp. 51) 19 nn, w tym szczególnie 71 oraz 249.

57. KASER, *Die nachklassischen Entwicklungen* (wyżej przyp. 54) 275 nn; LEVY, *West Roman Vulgar Law* (wyżej przyp. 51) 202 nn, a szczególnie 249.

58. LEVY, *West Roman Vulgar Law* (wyżej przyp. 51) 219 nn, także KASER, *Die nachklassischen Entwicklungen* (wyżej przyp. 54) 292.

59. LEVY, *West Roman Vulgar Law* (wyżej przyp. 51) 228.

60. *Ibidem*, 231.

dobra⁶¹. Innym razem dowiadujemy się o tym, jak Walentynian I zdecydował, że nie nabywa własności nabywca rzeczy kupionej od urzędnika, jeżeli rzecz tę urzędnik ów nabył wcześniej łamiąc obowiązujący go zakaz kupowania jakichkolwiek dóbr na terenie, na którym sprawował swoją funkcję. Zarówno nabywca takiej rzeczy, jak i obdarowany nią przez urzędnika musieli również, podobnie jak poprzednio, rzecz zwrócić prawowitemu właścicielowi⁶².

Jak już zauważono, powołane decyzje cesarzy mogą dziwić w kontekście jednoczesnej degeneracji pojęcia własności i dawnego systemu jej ochrony. Wszystko wskazuje jednak na to, że zaniedbaniu uległa jedynie silnie w uprzednim okresie rozwinięta sfera doktrynalno-pojęciowa, a nawet w ogóle kultura prawna⁶³, podczas gdy w praktyce wzmożono jednocześnie, aczkolwiek środkami pośrednimi, wysiłki mające na celu zapewnienie rzeczywistej ochrony własności przed nabyciem jej od niewłaściciela. Za taką świadomą i konsekwentną polityką przemawiałyby dalsze przykłady zarządzeń cesarskich, świadczące o woli niewątpliwego zintensyfikowania tej ochrony. Należy wśród nich wymienić na pierwszym miejscu ograniczenie, a następnie całkowite zlikwidowanie możliwości nabycia własności od fiskusa, jeżeli przekazał on rzecz nie należącą do niego. Ograniczenie dotyczyło zrazu żołnierzy, którzy wrócili z niewoli, a pełną likwidację tej możliwości zarządzili w 468 r. po Chr. cesarz Leo w stosunku do Wschodu i cesarz Antemiusz na Zachodzie⁶⁴. Dalszymi przykładami mogą być zarządzenia Konstantina, który wprowadził obowiązek publicznego dokonywania darowizn, a przy sprzedaży ziemi zasadę uzyskiwania od sąsiadów potwierdzenia, że zbywca jest jej rzeczywistym właścicielem – *certa et vera proprietas*⁶⁵. Znamienna była też inna nowość, tym razem włączona przez Konstantina do procesu windykacyjnego. Wprowadził on mianowicie nieistniejący dotychczas obowiązek przeprowadzania przez

61. Konstancyn uznawał wprawdzie co do zasady prawo ojca do majątku jego dzieci jako *dominium*, ale miało ono zakres ograniczony do *usufructus*, a zatem nie obejmowało prawa do zbycia. Konsekwentnie więc nabywca lub obdarowany takimi dobrami nie mógł zostać ich właścicielem. *Si (parentes) quando rem alienare voluerint, emptor vel is cui res donatur observet, ne quam partem earum rerum, quas alienari prohibitum est, sciens accipiat vel ignorans. Docere enim pater debet proprii iuris eam rem esse quam donat aut distribuit; et prompti, si velit, sponsorem aut fideiussorem licebit accipere, quia nullam poterit praescriptionem opponere filiis quandoque rem suam vindicantibus.* CTh. 8,18,1,3 (315); LEVY, *West Roman Vulgar Law* (wyżej przyp. 51) 173.

62. *Nec obsit propria reposcenti vel venditio interiecta vel largitas vel mentio ulla legati; nam utcumque in alterum res fuerit a comparatore translata, quam emi in officio non oportuit, liberum corporis persequendi praestamus arbitrium.* CTh. 8,15,5 (368); LEVY, *West Roman Vulgar Law* (wyżej przyp. 51) 174.

63. Zdaniem Kaser: „A conscious adopting a Greek ways of thought is not very likely in this period. It seems that we should rather take the view that the intellectual prerequisites for the differentiations which were necessary to manipulate the classical concept of ownership, had disappeared due to the downfall of the highly developed legal culture which had developed this concept and its various features. The consequence was a reversion to primitive, amateurish ways of thought which partly corresponded to those of the early pre-scientific stage”. KASER, *The Concept* (wyżej przyp. 23) 14.

64. LEVY, *West Roman Vulgar Law* (wyżej przyp. 51) 175.

65. Środki te miały, w przypadku procesu, wyeliminować badanie *an a domino res vendita sit*, co było jedynym sposobem zabezpieczenia nabywcy, FV 35,5: *quo sic felix comparator atque securus aevo diuturno persistat*. Szerzej na ten temat LEVY, *West Roman Vulgar Law* (wyżej przyp. 51) 174.

pozwanego dowodu legalności swego posiadania, jeżeli powód nie był w stanie udowodnić przysługującego mu rzekomo prawa własności⁶⁶.

Dalszą wskazówką wprowadzanych utrudnień w nabyciu własności od nie właściciela może być także zmniejszenie znaczenia lub nawet zanik instytucji zasiedzenia. Zostało ono prawdopodobnie utrzymane w stosunku do ziemi w Italii, ale poza nią nie było stosowane⁶⁷. Konkludując swe badania E. Levy stwierdza, co prawda nie bez wahania, że nie można znaleźć jej śladu w dokumentach okresu między Dioklecjanem a Justynianem⁶⁸. Jeżeli przyjmiemy to stwierdzenie za prawdziwe to pozostaje nam uznać, iż jedynym instrumentem ochrony, jaki pozostałby nabywcy *a non domino*, byłaby utrzymana w mocy *longi temporis prescriptio*, z całym jednakże jej ograniczeniem wynikającym z natury środka procesowego, a nie materialnego⁶⁹.

Podział imperium na dwie części przyniósł także powolne opanowywanie nowych organizmów państwowych przez dwa różne systemy prawa. Podczas gdy w cesarstwie zachodnim dochodzi do pogłębiającego się upadku prawa rzymskiego na rzecz coraz silniejszego zakorzeniania się koncepcji prawnych przyniesionych przez najeźdźców germańskich, o tyle w prawie cesarstwa wschodniego przeważać zaczęły powracające tendencje klasyczne. Źródłem tych tendencji było nauczanie w tamtejszych szkołach prawa, które utorowały drogę do kodyfikacji zarządzanej w 528 roku przez cesarza Justyniana⁷⁰. Doszło w niej do pełnego odrodzenia się prawa rzymskiego, dzięki czemu dzieło to uważa się za moment rozjaśniający ciemno rysujący się los tego prawa w okresie poklasycznym. W kompilacji Justyniana, jak pisał Rudolf Sohm, „Arcydziału prawa rzymskiego znalazło ... swój ostatni wyraz, a zarazem i ostateczną formę, która uratowała je

66. W procesie wykształconym w okresie klasycznym ciężar dowodu spoczywał wyłącznie na powodzie, który musiał udowodnić swą własność. Jeżeli nie był w stanie takiego dowodu przeprowadzić, sytuacja pozwanego nie zmieniała się. Głównym i jedynym problemem rozpatrywanym w procesie było istnienie prawa własności po stronie powoda. Jak wywodzi Levy, obciążając pozwanego obowiązkiem dowodu legalności jego posiadania, Konstantyn „eliminated *dominium* as the exclusive basis of the proprietary action; it made the success of the action dependent upon whichever party had the better right to possession. The *actio* was transformed into a controversy about the relative strength of the conflicting positions”. A zatem tutaj znowu, jak kończy wywód cytowany Autor, „the retrogressive development from the concept of ownership to that of possession is reflected”. W innym miejscu dodaje nadto, że własność z prawa absolutnego stała się z powrotem prawem względnym, co oznaczało cofnięcie się prawa rzymskiego do koncepcji właściwej w tym zakresie wczesnemu etapowi jego rozwoju. LEVY, *West Roman Vulgar Law* (wyżej przyp. 51) odpowiednio 233-234 oraz 232 i 71.

67. KASER, *Die nachklassischen Entwicklungen* (wyżej przyp. 54) 285.

68. „The *usucapio* as an institution of practice is, if I see it correctly, not traceable any more during the period between Diocletian and Justinian. The term neither occurs in the *Codex Theodosianus* or the subsequent *Novellae*, nor in *Epitome Gai* or the *Interpretatio*, nor in the Ostrogothic, Visigothic, or Burgundian codifications”. Jak stwierdza dalej Autor, nawet jeżeli samo słowo *usucapio* daje się w końcu znaleźć, na przykład jako tytuł 5,2 *De usucapione* w kodyfikacji wizygockiej, to ani jedno zdanie tego rozdziału nie ma jakiegokolwiek związku z zasiedzeniem, a w innych dokumentach wspomina się o nim tylko jako o starym prawie. LEVY, *West Roman Vulgar Law* (wyżej przyp. 51) 179-180.

69. Szeroko na ten temat LEVY, *West Roman Vulgar Law* (wyżej przyp. 51) 180 nn; por. także zastrzeżenia w KASER, *Die nachklassischen Entwicklungen* (wyżej przyp. 54) 285.

70. Proces powstawania kompilacji opisuje wielu autorów; por. na przykład zwięzły, ale wyczerpujący opis w: H. F. JOLOWITZ, *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, Cambridge 1954, 488 nn.

przed zniszczeniem. Teraz mogło państwo rzymskie upaść: prawo rzymskie było na tyle silne, by przetrwać upadek państwa⁷¹.

Jeśli uwzględnić wszystkie przeobrażenia, jakie pojawiały się w imperium w okresie poklasycznym, to trzeba przyjąć za oczywiste, że kompilacja justyniańska nie była i nie mogła być prostym odtworzeniem prawa sprzed kilku wieków. W zakresie prawa własności, najbardziej interesującej nas tutaj jego instytucji, nastąpiło jednakże pełne przywrócenie koncepcji klasycznej. Justynian oparł się tutaj wszelkim wpływom i *dominium-proprietas* w jego ujęciu, jak pisze Levy, „jest co do zasady nadal prawem obejmującym całkowite władztwo nad rzeczą, prawem przysługującym wyłącznie właścicielowi i skutecznym przeciwko wszystkim”⁷². Prawo to odzyskało swój niewątpliwie dawniej absolutny charakter i zostało na powrót wyraźnie skonstrastowane z posiadaniem oraz ograniczonymi prawami rzeczowymi. Przywrócony został, a nawet rozszerzony, aczkolwiek w zmodyfikowanej formie, system jego ochrony. Powróciło też dawne rozróżnienie *actio in rem* i *actio in personam*. W zakresie problemu nabycia od niewłaściciela Justynian uwzględnił dorobek tradycji, tzn. utrzymał zasadę *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*, uwzględnił wspomniany wyżej wkład swoich poprzedników, na przykład Konstantyna, a następnie całą regułę powtórzył swoimi własnymi słowami⁷³.

Wynika ona z dwóch zapisów dotyczących generalnej zasady zbywalności rzeczy przez właściciela oraz nabycia pożytków osiągniętych z rzeczy nabytej od osoby, która nie legitymowała się prawem własności. Co do zasady generalnej Justynian mówi: „Rzeczy są dla nas nabywane na podstawie prawa naturalnego także przez wydanie. Albowiem nic nie odpowiada bardziej naturalnej słuszości jak to, że należy zatwierdzać postanowienie właściciela chcącego przenieść własność swej rzeczy na innego. Przeto, jakiegokolwiek rodzaju byłaby rzecz materialna, może być wydana, a wydana przez właściciela – zostaje zbyta”⁷⁴. W sprawie pożytków rozumowanie Justyniana jest następujące: „Jeśli ktoś od osoby nie będącej właścicielem, którą uważał za właściciela, w dobrej wierze grunt kupił, albo otrzymał z tytułu darowizny lub innej przyczyny uznanej przez prawo, na podstawie naturalnego rozsądku zostało przyjęte, że pożytki, które zebrał, należą do niego za uprawę i troskę. Dlatego, jeśli potem pojawia się właściciel i domaga się wydania gruntu, nie może występować z roszczeniem

71. SOHM, *Instytucje, historia i system* (wyżej przyp. 39) 133.

72. „...continues to be the right of, in principle, total mastery over the thing, a right exclusively vested in the owner and enforceable against anyone else”. LEVY, *West Roman Vulgar Law* (wyżej przyp. 51) 19.

73. LEVY, *West Roman Vulgar Law* (wyżej przyp. 51) 176.

74. *Per traditionem quoque iure naturali res nobis adquiruntur: nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre ratam haberi. et video cuiuscumque generis sit corporalis res, tradi potest et a domino tradita alienatur.* I. 2,1,40. J. A. C. THOMAS, *The Institutes of Justinian. Text, Translation and Commentary*, Amsterdam-Oxford 1975, 72; tekst polski: *Instytucje Justyniana*, przeł. C. KUNDEREWICZ, Warszawa 1986, 69.

o zużyte przez tamtego pożytki. Temu zaś, kto świadomie cudzy grunt posiadał, nie jest przyznane to samo. Tak więc zmusza się go do zwrotu wraz z gruntem także pożytków, chociażby zostały zużyte”⁷⁵.

Z cytowanych wypowiedzi wynika, że według stanu prawnego wynikającego z kompilacji justyniańskiej własność można było nabyć wyłącznie od właściciela. Nie pozostawia tu wątpliwości zarówno cytowana zasada generalna (I. 2,1,40), jak i regulacja dotycząca pożytków. Praktycznie nie miało przy tym znaczenia, czy chodziło o rzecz ruchomą czy nieruchomą, a także w jaki sposób właściciel stracił nad nią kontrolę. Bez wpływu na pozycję nabywcy pozostawała także jego ewentualna dobra lub zła wiara. Działając w dobrej wierze zyskiwał on zaledwie tytuł do zachowania pożytków. Własność, jak powiedziano, nabyć mógł jedynie od właściciela⁷⁶.

Tradycyjnie już surowość omawianej zasady złagodzona była jedynie przez możliwość zasiedzenia. Justynian ujednolicił skutki upływu czasu w odniesieniu do ewentualnego nabycia własności łącząc tradycyjną *usucapio* z *longi temporis prescriptio*. Justynian dopuścił tutaj nabycie własności jeżeli długotrwale posiadanie dotyczyło rzeczy nadającej się do zasiedzenia, była ona nabyta w dobrej wierze oraz na podstawie słusznego i prawdziwego tytułu, a okres posiadania wynosił 3 lata w przypadku ruchomości i 10 lub 20 lat w przypadku nieruchomości, zależnie od miejsca jej położenia. Z naszego punktu widzenia niezwykle istotne są tutaj wyłączenia przedmiotowe ograniczające zakres rzeczy podlegających zasiedzeniu. Nie kwalifikowały się do niego m. in. *res extra commercium*, *res furtivae*, *res vi possessae*, *res fiscales*, *res dominicae* oraz rzeczy, których zbycie było zakazane, na przykład należące do kościoła i fundacji kościelnych⁷⁷. Trzeba jednak dodać, że Justynian uwzględnił także okoliczności zmieniających się czasów i ustanowił zasiedzenie nadzwyczajne, *longissimi temporis praescriptio*, które poważnie osłabiało wymienione ograniczenia. Dawało ono posiadaczowi własność bez zachowania warunku *iustus titulus* po upływie 30 lat niezależnie od tego, czy była to rzecz ruchoma czy nieruchoma. Ograniczenie dotyczyło jedynie rzeczy należących do fiskusa, cesarza i kościoła, ale polegało wyłącznie

75. *Si quis a non domino, quem dominum esse crederet, bona fide fundum emerit vel ex donatione aliave qua iusta causa aequae bona fide acceperit: naturali ratione placuit, fructus quos percepit eius esse pro cultura et cura. et ideo si postea dominus supervenerit et fundum vindicet, de fructibus ab eo consumptis agere non potest. ei vero qui sciens alienum fundum possederit non idem concessum est. itaque cum fundo etiam fructus, licet consumpti sint, cogitur restituere.* I. 2,1,35. THOMAS, *The Institutes* (wyżej przyp. 74) 71; tekst polski: *Instytucje Justyniana* (wyżej przyp. 74) 67-68.

76. Podsumowując swoje badania w tym zakresie E. Levy określa tę zasadę następująco: „It applied no matter whether movable or immovable things were in question, whether the owner had transferred or lost them, whether the acquirer was in good or bad faith, whether relatives (por. C.Th. 8,18,1,3) or strangers disposed of property not their own”. LEVY, *West Roman Vulgar Law* (wyżej przyp. 51) 176.

77. „1. Lecz niekiedy, choćby ktoś posiadał rzecz w najbardziej dobrej wierze, jednak nie biegnie dla niego w żadnym czasie zasiedzenie, na przykład jeśliby ktoś posiadał wolnego człowieka lub rzecz świętą lub otoczoną czcią, albo zbiegłego niewolnika. 2. Także rzeczy skradzione i te, których posiadanie zostało uzyskane przemocą, zasiedzanie zostać nie mogą, nawet jeśli były posiadane przez wyżej wymieniony długi czas w dobrej wierze...”. *Instytucje Justyniana* (wyżej przyp. 74) 76-77. PRICHARD, *League's Roman Private Law* (wyżej przyp. 27) 207 nn; W. OSUCHOWSKI, *Rzymskie prawo prywatne*, Warszawa 1986, 272 nn; K. KOLAŃCZYK, *Prawo rzymskie*, Warszawa 2007, 297 nn.

na przedłużeniu niezbędnego okresu posiadania takich dóbr do lat 40-tu. Co najważniejsze wreszcie, to zasiedzenie obejmowało także po raz pierwszy rzeczy skradzione i wzięte siłą. Pozostały zatem wyłączone z zasiedzenia tylko rzeczy wyjęte z obiegu, pozostał też naturalnie wymóg dobrej wiary. Ani złodziej, ani paser nie mógł więc zostać właścicielem, mógł nim jednak odtąd stać się działający w dobrej wierze nabywca rzeczy skradzionej⁷⁸.

Przedstawione stanowisko prawa rzymskiego legło u podstaw współczesnych rozwiązań ustawodawczych, chociaż musiało oczywiście ulec pewnym modyfikacjom stosownie do warunków miejscowych. Analizując to zagadnienie porządku prawne dzieli się na ogół na trzy grupy, a mianowicie: dopuszczające nabycie, nie dopuszczające do niego oraz zawierające regulacje oparte na różnie rozwiązanym kompromisie pomiędzy właścicielem a nabywcą rzeczy ruchomej od nieuprawnionego⁷⁹. Radykalnym przykładem pierwszej grupy jest prawo włoskie, które dopuszcza natychmiastowe nabycie własności rzeczy ruchomej od niewłaściciela, po wypełnieniu określonych warunków⁸⁰. Jeżeli zostały one spełnione nabywca uzyskuje tytuł własności także w stosunku do rzeczy utraczonych przez właściciela wbrew jego woli⁸¹, nie wyłączając rzeczy skradzionych⁸².

Grupę ustawodawstw zapewniających silną ochronę własności otwiera prawo angielskie, oparte wprost na rzymskiej zasadzie *nemo dat quod non habet*⁸³. Dopuszcza się od niej nieliczne wyjątki, między innymi wynikający z doktryny *estoppel*, polegającej na stwierdzeniu takiego zachowania właściciela, przez które on sam blokuje („stopuje”) możliwość ochrony swojej własności⁸⁴. Może ono, na przykład, dawać podstawę do przekonania nabywcy, że to sprzedawca był właścicielem, albo był władny transakcji dokonać. Nieco inaczej do wspomnianej rzymskiej paremii odwołuje się obowiązujący w większości stanów USA

78. Podkreśla to KOLAŃCZYK, *Prawo rzymskie* (wyżej przyp. 77) 307.

79. Por. m. in. K. SIEHR, *International Art Trade and the Law*, 243 Recueil des Cours de l'Académie de Droit International 6 (1993) 7 nn. Niejednokrotnie podział ten ujmowany jest także odwrotnie, to znaczy według stopnia dopuszczalności restytucji rzeczy nabytej od niewłaściciela, jaką proponuje dane ustawodawstwo, por. np. K. ZWIEGERT, *Rechtsvergleichend-kritisches zum gutgläubigen Mobiliärerwerb*, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 23 (1958) 5 nn; F. GUIBAN, *La protection de l'acquéreur de bonne foi en matière mobilière*, Lausanne 1970, 243 nn. Por. także szerzej na ten temat KOWAŁSKI, *Nabycie własności dzieła sztuki* (wyżej przyp. 2) 83 nn.

80. Zgodnie z art. 1153 aktualnie obowiązującego kodeksu cywilnego, „Ten, na kogo rzecz ruchoma została przeniesiona przez kogoś, kto nie jest jej właścicielem, nabywa jej własność przez posiadanie, pod warunkiem, że był on w dobrej wierze w chwili wydania oraz że była czynność lub umowa zdolna do przeniesienia własności”.

81. A. LANCIOTTI, *La circolazione dei beni culturali nel diritto internazionale privato e comunitario*, Napoli 1996, 145.

82. B. DUSI, *Istituzioni di diritto civile*, t. 1, Torino 1951, 267-268. Trzeba jednak dodać, że spod tej zasady wyłączone są dobra wyjęte z obrotu, m. in. dzieła sztuki wpisane do rejestru zabytków (art. 815 CCI) oraz rzeczy należące do domeny publicznej – *demanio pubblico* (art. 822 CCI); por. F. GALGANO, *Aspects juridiques du commerce de l'art en Italie*, w: *La vente internationale d'oeuvres d'art*, Genève 1985, 125.

83. Wyraźny ślad tej paremii odnajdujemy w podstawowym dla omawianego tematu art. 21 *The Sale of Goods Act*, stanowiącym, że „Subject to this Act, where goods are sold by a person who is not their owner, and who does not sell them under the authority or with the consent of the owner, the buyer acquires no better title to the goods than the seller had”.

84. „...unless the owner of the goods is by his conduct precluded from denying the seller's authority to sell” (art. 21 *The Sale of Goods Act*).

Uniform Commercial Code, zgodnie z którym „kupujący rzeczy nabywa całość prawa jaką sprzedawca jest w mocy na niego przelać”⁸⁵. Z tego lakonicznego przepisu wynika, między innymi, że sytuacji nabywcy nie polepsza ani dobra wiara, ani też jakiegokolwiek inne okoliczności, a nabyta rzecz jeżeli pochodziła z kradzieży zawsze podlega windykacji, ponieważ złodziej nie mógł przekazać dobrego tytułu własności – nie mógł „convey good title”⁸⁶.

Do omawianej grupy zalicza się także prawo niemieckie, chociaż osłabiło ono ochronę własności wprowadzając zasiedzenie rzeczy ruchomej nabytej w dobrej wierze. Wprawdzie więc § 935 BGB wyklucza nabycie własności rzeczy skradzionych, zgubionych lub w inny sposób utraconych wbrew woli właściciela, ale można jednak nabyć to prawo przez zakup rzeczy na aukcji publicznej, a także w wyniku zasiedzenia, które może nastąpić po 10 latach posiadania w dobrej wierze. Nie bez znaczenia jest także to, że roszczenie windykacyjne wygasa po 30 latach⁸⁷.

Ostatnia grupa to przede wszystkim prawo francuskie. Istota przyjętego w nim rozwiązania pośredniego opiera się na zachowanej w kodeksie Napoleona formule średniowiecznej „En fait de meubles, la possession vaut titre”, czyli „W przypadku ruchomości posiadanie równa się tytułowi” (art. 2279 KN). Aktualne orzecznictwo wyjaśnia ją w ten sposób, że cytowany przepis chroni nabywcę – posiadacza tylko wtedy, gdy nabył on rzecz ruchomą w dobrej wierze i na podstawie stosownego tytułu prawnego. Takie posiadanie stanowi „dostateczny tytuł własności”, a nadto, „prócz ciągłości i nieprzerwania, winno być spokojne, jawne i niedwuznaczne”⁸⁸. Nabycie własności w takich warunkach podlega dwóm ograniczeniom. Dzięki przepisowi art. 2279 § 2 KN, właściciel ma trzy lata od chwili kradzieży na odzyskanie rzeczy znajdującej się już w cudzym posiadaniu, a zatem wspomniana reguła ulega na ten czas zawieszeniu, a nadto, jeżeli uda mu się jego rzecz odzyskać, to na podstawie art. 2280 KN będzie musiał zwrócić nabywcy zapłaconą cenę, jeżeli rzecz nabyta była w obrocie profesjonalnym.

Na omówionym rozwiązaniu francuskim oparty został art. 169 § 1 naszego kodeksu cywilnego, zgodnie z którym „Jeżeli osoba nie uprawniona do rozporządzania rzeczą ruchomą zbywa rzecz i wydaje ją nabywcy, nabywca uzyskuje własność z chwilą objęcia rzeczy w posiadanie, chyba że działa w złej wierze”. Podobnie też jak poprzednio, „gdy rzecz zgubiona, skradziona lub w inny sposób utracona przez właściciela zostaje zbyta przed upływem lat trzech od chwili jej zgubienia, skradzenia lub utraty, nabywca może uzyskać własność dopiero z

85. „... a purchaser of goods acquires all title which his transferor had or had power to transfer” (§ 2-403.1 UCC).

86. Nabywcy pozostaje jedynie staranie o odszkodowanie ze strony sprzedawcy, por. m. in. S. LEVMORE, *Variety and Uniformity in the Treatment of the Good-faith Purchaser*, *Journal of Legal Studies* 16 (1987) 58.

87. F. BAUR, *Lehrbuch des Sachenrechts*, München 1985, 517 nn.

88. S. IX, 378/1857, N. 1/1924 oraz Req. 15 IV 1890, D. 91, 1, 388.

upływem powyższego trzyletniego terminu” (art. 169 § 2 KC). Warto dodać, że przez wiele lat od wejścia kodeksu w życie spod działania tych przepisów wyłączone było zbycie rzeczy ruchomej należącej do „przedmiotu urzędu trwałego państwowej jednostki organizacyjnej”, ale w wyniku zmian wprowadzonym po przełomie lat 1989/1990 uchylono stanowiący podstawę tego wyłączenia art. 171 KC⁸⁹.

Zarysowana różnorodność zasad nabywania rzeczy od niewłaściciela stawiała się z czasem coraz trudniejsza do zaakceptowania w świetle potrzeb wciąż liberalizującego się rynku wymiany towarowej i skłaniała do podjęcia prób ich ujednolicenia. Tendencja ta nie była zupełnie nowa jeżeli przypomnieć rolę średniowiecznej *lex mercatoria*, ale jej znaczenie zmalało w momencie umacniania się granic i powstawania nowoczesnych państw europejskich. Zdecydowanym impulsem w tym kierunku już w naszych czasach było podpisanie Traktatu Rzymskiego⁹⁰ i powstanie ogromnego, jednolitego rynku w Europie Zachodniej, a próbę taką podjął w 1962 roku Instytut Unifikacji Prawa Prywatnego (UNIDROIT) w Rzymie. Po kilkunastu latach pracy zespołu ekspertów opublikowano projekt Konwencji dotyczącej Jednolitego Prawa o Nabywaniu Rzeczy Ruchomych w Dobrej Wierze, a także wyjaśniający go raport autorstwa Jeana Georges’a Sauveplane’a⁹¹. Niemożliwość przezwyciężenia wspomnianych wyżej różnic w podejściu do regulowanego zagadnienia pomiędzy krajowymi systemami prawa spowodowała, że założeniem projektu była regulacja nabycia praw rzeczowych na dobrach ruchomych jedynie w stosunkach międzynarodowych⁹². W zakresie merytorycznym opierał się on na dwóch podstawowych założeniach. Z jednej strony, założono utrzymanie ważności nabycia praw mimo braku prawa do dysponowania nimi po stronie zbywcy, jeżeli zachowana była dobra wiara nabywcy i nastąpiło wydanie mu rzeczy⁹³, z drugiej zaś projekt wykluczał możliwość nabycia w dobrej wierze rzeczy pochodzących z kradzieży⁹⁴. Ta ostatnia propozycja do

89. Por. ustawa z dnia 28 VII 1990 roku o zmianie ustawy - Kodeks cywilny, DzU 1999, nr 55, poz. 231.

90. Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Gospodarczą, sporządzony w Rzymie 25 marca 1957 roku.

91. *Projet de convention portant loi uniforme sur l'acquisition de bonne foi d'objets mobiliers corporels. Texte arrêté par le Comité d'experts gouvernementaux réuni par UNIDROIT, avec rapport explicatif par M. Jean-Georges Sauveplane, Membre du Conseil de Direction d'UNIDROIT*. Rome, Septembre 1975. UNIDROIT 1975, Étude XLV, Doc. 58. Por. szerzej na ten temat KOWALSKI, *Nabywanie własności dzieła sztuki* (wyżej przyp. 2) 115 nn.

92. „The present law shall apply to the acquisition for value, by way of, for example, sale, exchange, pledge, of rights in rem over corporeal movables provided that the movables, or a document representing them, have been handed over to a person acquiring such rights on the territory of a State Party to the Convention of ... unless at the time of the handing over, the person disposing of the rights (transferor) and the transferee both had their place of business in that State” (art. 1).

93. „...an acquisition of rights in movables shall be valid although the transferor had no right to dispose of them, provided that the transferee acted in good faith and that the movables have been handed over to him” (art. 5a). Ponadto można dodać, iż „Good faith consists in the reasonable belief that the transferor has the right to dispose of the movable in conformity with the contract” (art. 7.1), ale „The transferee must have taken the precautions normally taken in transactions of that kind according to the circumstances of the case” (art. 7.2).

94. „The transferee of stolen movables cannot invoke his good faith” (art. 11).

ostatniego momentu prac ekspertów budziła silny sprzeciw zwolenników popierania jak najmniej ograniczonej wymiany towarów, ale ostatecznie włączono ją do projektu. Warto dodać, jakie argumenty przeważały w tej sprawie. Otóż zwrócono przede wszystkim uwagę, że większość systemów krajowych chroni właścicieli w przypadku kradzieży, a zatem nie można inaczej uregulować umów na płaszczyźnie międzynarodowej. Uznano również, iż łatwiej nabywcy uzyskać odszkodowanie od zbywcy niż właścicielowi szukać złodzieja lub pasera celem domagania się od nich odszkodowań. Podniesiono nadto konieczność zagwarantowania skuteczniejszej ochrony właścicielom dzieł sztuki ze względu na wciąż notowany wzrost obrotu takimi dziełami, pochodzącymi z kradzieży⁹⁵.

Ostatecznie jednak projekt konwencji przegrał z przywiązaniem do tradycji i nie został przyjęty jako wiążący instrument prawa międzynarodowego. Tylko wąski wycinek problematyki powrócił jako temat nowych prac UNIDROIT i zakończył się sukcesem. Chodzi o podjętą już w omówionym projekcie kwestię ochrony właścicieli dóbr kultury. Częściowo rozwiązano ją wprawdzie w Konwencji w Sprawie Środków Zakazywania i Zapobiegania Nielegalnemu Wywozowi, Przywozowi oraz Przenoszeniu Własności Dóbr Kultury przyjętej w Paryżu w 1970 roku⁹⁶, ale mankamenty i ograniczenia zawarte w tym dokumencie poważnie minimalizują jego praktyczną skuteczność. Wystarczy wspomnieć, że zwalczanie nabywania kradzionych dóbr kultury odbywa się przede wszystkim poprzez zobowiązanie państw do zapobiegania przywozowi na ich terytoria dóbr kultury skradzionych tylko z publicznych kolekcji, a w ramach tej kategorii jedynie takich, które są uwidocznione w ich inwentarzach (art. 7b. i. Konwencji)⁹⁷. W praktyce obowiązek ten może więc nie objąć wielu obiektów znajdujących się w kościołach lub należących do instytucji kościelnych, których zbiory często nie są zinwentaryzowane⁹⁸. Słabym punktem tego rozwiązania jest też mała praktyczność w zastosowaniu w praktyce dzisiejszych czasów. Jak podkreślił Paul Bator: „Łatwo powiedzieć, że nielegalnie wywiezione dzieła sztuki nie mogą być wwieszone. Wprowadzenie jednak w życie takiej polityki byłoby koszmarem w społeczeństwie, w którym miliony osób przekraczają granice każdego roku,

95. UNIDROIT 1975, Étude XLV, Doc. 58, 47. Wzmocniono nadto ochronę niektórych rodzajów rzeczy poprzez przyjęcie propozycji utrzymania w mocy skutków wpisu praw do rejestrów publicznych, jeżeli rejestracja umożliwia skorzystanie z nich przeciwko nabywcom, a wydanie nastąpiło w kraju, gdzie stosowny rejestr jest prowadzony. Por. „Rights registered in a public register shall continue to be available against a transferee when the movables have been handed over in the country where the register is kept and when, according to the law of that country, their registration makes them available against the transferee” (art. 6).

96. *Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Export, Import and Transfer of Ownership of Cultural Property*, DzU 1974, nr 20, poz. 106.

97. „The State Party to this Convention undertake: b.i.: to prohibit the import of cultural property stolen from a museum or a religious or secular public monument or similar institution in another State Party to this Convention ..., provided that such property is documented as appertaining to the inventory of that institution ...” (art. 7b.i.).

98. Zwrócił na to uwagę P. J. O'KEEFE, *Commentary on the UNESCO 1970 Convention on Illicit Traffic*, Leicester 2000, 61. Co do sytuacji w krajach Europy Centralnej i Wschodniej por. W. KOWALSKI, *Theft and Illegal Traffic in Works of Art in Poland*, International Criminal Police Review 448-449 (1994) 11 nn.

a przywożone dzieła sztuki liczy się w setkach tysięcy...”⁹⁹. Nie łatwiej wygląda stosowanie konwencyjnej procedury restytucji, która przewiduje składanie drogą dyplomatyczną wniosku państwa pochodzenia skradzionego obiektu do państwa jego położenia, które po jego otrzymaniu ma podjąć bliżej nie określone „właściwe środki mające na celu jego odzyskanie i zwrot, ..., pod warunkiem jednak wypłaty należnego odszkodowania osobie, która nabyła ten obiekt w dobrej wierze lub ma ważny tytuł jego własności” (art. 7b. ii Konwencji)¹⁰⁰.

Ograniczenie rozwiązań omówionej Konwencji do zbiorów publicznych i zastosowanie relatywnie słabego instrumentu opartego głównie na dobrej woli, jakim jest działanie dyplomatyczne, przynosi pewne pozytywne rezultaty, ale generalnie trudno uznać go za skuteczne remedium zapobiegania i ograniczania wprowadzania do obrotu oraz nabywania skradzionych dóbr kultury. W miarę wzrostu kradzieży coraz bardziej ujawniał się brak instrumentu umożliwiającego sprawne działanie w skali międzynarodowej, a potęgowały go informacje o przypadkach skutecznego przeniesienia własności takich obiektów przy świadomym wykorzystaniu omówionych wyżej różnic w unormowaniach prawnych między państwami. Opinię świadomego sytuacji środowiska prawniczego wyraził najlepiej Jean Chatelain, profesor prawa na Sorbonie i były dyrektor zarządu generalnego państwowych muzeów francuskich. Omawiając środki zaradcze wobec wzrostu kradzieży dzieł sztuki w ówczesnej EWG pisał: „Niezbędne jest jasne wypowiedzenie się w sprawie ochrony nabywcy w dobrej wierze. Z naszej strony jesteśmy przekonani, że prawdziwa ochrona dóbr kultury jest niemożliwa bez całkowitego zniesienia ochrony nabywców, to jest zastrzeżenia restytucji bez odszkodowania we wszystkich przypadkach. Spekulacja dziełami sztuki ma bowiem taką naturę, że po kilku sukcesywnych sprzedażach szybko osiągają one wysokie ceny. Jeżeli więc pełnoprawny właściciel ma zwrócić zapłaconą cenę, jej odzyskanie będzie często niemożliwe. Znowu zatem stanowi to pośrednią ochronę nie tylko ostatniego nabywcy, ale także wszystkich tych, przez czyje ręce dzieło to przeszło po drodze”¹⁰¹.

99. „It is easy to say that illegally exported art may not be imported. But effectuating such a policy, in a society in which millions of people cross the borders every year, and into which art objects numbering hundreds of thousands are brought, would be a nightmare...”. P. M. BATOR, *An Essay on the International Trade in Art*, Stanford Law Review 34 (1982) 329.

100. „The State Party to this Convention undertake: b.ii.: at the request of the State Party of origin, to take appropriate steps to recover and return any such cultural property imported after the entry into force of this Convention in both States concerned, provided however, that the requesting State shall pay just compensation to an innocent purchaser or to a person who has a valid title to that property. Requests for recovery and return shall be made through diplomatic offices. The requesting Party shall furnish, at its expense, the documentation and other evidence necessary to establish its claim for recovery and return ...” (art. 7b.ii.). Niektórzy autorzy uważają, iż obowiązek ten obejmuje także wszczęcie procesu sądowego na rzecz strony wnioskującej. Por. R. FRAOUA, *Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels* (Paris 1970). *Commentaire et aperçu de quelques mesures nationales d'exécution*, UNESCO CC-86/WS/40, Paris 1986, 77 i 78.

101. „A clear commitment is necessary on the protection due to the bona fide purchaser. We for our part are convinced that genuinely effective protection of the property concerned is impossible without total abolition of protection of purchasers – i.e., by stipulating restitution without compensation in all cases. For speculation in art objects is such that after several successive sales they can quickly fetch considerable prices. If the legitimate owner is to be obliged to pay back the purchase price, recovery will often be impossible. Again, this would constitute indirect protection not only of the final purchaser but also of all those through whose hands the object has passed”. J. CHATELAIN, *Means of Combatting the Theft of and Illegal Traffic in Works of Art in the Nine Countries of the EEC*, Brussels 1976. Commission of the European Communities. Doc. XII/757/76-E, 114.

Punktem zwrotnym, wyzwającym nową inicjatywę prawotwórczą stała się sprawa *Winkword v. Christie, Manson & Woods Ltd.*¹⁰², której przedmiotem była kolekcja japońskich rzeźb z kości słoniowej (*netsuke*), skradziona w Anglii, a następnie wywieziona do Włoch i sprzedana w dobrej wierze na warunkach określonych przez omówiony wyżej art. 1153 CCI. Włoski nabywca kolekcji wystawił ją na sprzedaż w londyńskim domu aukcyjnym Christie's, gdzie odnalazł ją i zatrzymał poszkodowany właściciel. Nie był już jednak w stanie jej odzyskać, albowiem sąd angielski musiał zastosować wspomniany przepis włoskiego kodeksu cywilnego, na podstawie którego nabywca kolekcji w dobrej wierze nabył jej własność z chwilą objęcia zbioru w posiadanie.

Poruszone tym przypadkiem UNESCO zleciło UNIDROIT przygotowanie projektu nowej konwencji, która objęłaby swą regulacją kwestię zwrotu wszystkich obiektów skradzionych, niezależnie od rodzaju poszkodowanego właściciela, podjęła próbę rozwiązania nie dającego się praktycznie uniknąć w tej sytuacji problemu nabycia dobra kultury w dobrej wierze, a także przewidziała skuteczną i szybką procedurę zwrotu. Przygotowany przez zespół ekspertów Instytutu projekt¹⁰³ dążył do pogodzenia sprzecznych interesów państw, z których wywozi się dobra kultury i państw ich przywozu, a nadto musiał zmierzyć się z wspomnianą problematyką prawną. Terenem szczególnie trudnych dyskusji i sporów były aż cztery kilkutygodniowe konferencje ekspertów rządowych, poświęcone negocjacom projektu, odbyte w Rzymie w latach 1991 do 1993. Nie ustały one na późniejszej konferencji dyplomatycznej, gdzie ostatecznie zdołano jednak zawrzeć kompromis i przyjąć Konwencję dnia 24 czerwca 1995 roku¹⁰⁴.

Dokument wynegocjowany w takich warunkach jest niewątpliwie dużym krokiem naprzód, aczkolwiek zawiera także daleko idące ograniczenia, przez co nie realizuje w pełni zakładanego celu „strategicznego”, jakim było doprowadzenie do wiążącego powszechnie obowiązku zwrotu skradzionego dobra kultury niezależnie od okoliczności jego nabycia. Największym mankamentem jest ograniczenie zastosowania Konwencji tylko do transakcji z elementem międzynarodowym, skoro zgodnie z art. 1 Konwencję „stosuje się do roszczeń o charakterze międzynarodowym (a) o zwrot skradzionych obiektów kulturowych”¹⁰⁵. Przyjęcie

102. *Winkworth v. Christie, Manson & Woods Ltd.* (1980) 1 Ch. 496.

103. Podstawą prac tej grupy były dwa opracowania studyjne G. REICHELTA, *The Protection of Cultural Property*, UNIDROIT, (1986). Study LXX-Doc. 1; *The International Protection of Cultural Property*, UNIDROIT (1988). Study LXX-Doc. 4 oraz pierwszy projekt konwencji opracowany przez R. LOEWĘ, *Preliminary Draft Convention on the Restitution of Cultural Property*, UNIDROIT 1988. Study LXX-Doc. 3.

104. *Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Property*. Szczegóły przebiegu tych prac oraz tekst dokumentu podaje L. V. PROTT, *Commentary on the UNIDROIT Convention*, Leicester 1997, 12 nn. Tłumaczenie polskie Konwencji: *Konwencja UNIDROIT o skradzionych lub nielegalnie wywiezionych dobrach kultury*, przeł. W. Kowalski, Polski Instytut Spraw Międzynarodowych. Studia i Materiały 102 (1996). Por. nadto szerzej na temat omawianej Konwencji KOWALSKI, *Nabywanie własności dzieła sztuki* (wyżej przyp. 2) 207 nn.

105. „This Convention applies to claims of an international character for (a) the restitution of stolen cultural objects ...” (art. 1 Konwencji).

takiego rozwiązania wprowadziło w praktyce całkowicie różne skutki ich nabycia, zależnie od zaistnienia wspomnianego „elementu międzynarodowego”¹⁰⁶.

Omówiona słabość dokumentu nie powinna jednak przesłaniać podstawowego osiągnięcia, jakim było oparcie go na absolutnym obowiązku restytucji skradzionego dobra kultury. Wynika to wprost z art. 3 Konwencji, stanowiącego, iż „posiadacz zwróci dobro kultury, które zostało skradzione”¹⁰⁷, przy czym do kategorii tej zalicza się także obiekty pozyskane drogą nielegalnych wykopalisk lub bezprawnego zatrzymania obiektu legalnie wykopanego¹⁰⁸. Ważną częścią przyjętego rozwiązania jest także zastosowanie wyjątkowego jak na Europę ułożenia kwestii przedawnienia tego roszczenia. Otóż poszkodowany właściciel ma na wystąpienie o zwrot trzy lata liczone nie od kradzieży, czy od nabycia obiektu przez kogoś w dobrej wierze, ale od chwili ustalenia miejsca przechowywania jego straty i tożsamości aktualnego posiadacza (art. 3.3 Konwencji). Drugim terminem jest okres stały pięćdziesięciu lat, tym razem liczonych od momentu kradzieży (art. 3.3 *in fine* Konwencji)¹⁰⁹. Tego dłuższego przedawnienia nie uwzględnia się wszak w stosunku do roszczeń dotyczących obiektów stanowiących nieodłączną część zabytku¹¹⁰ lub miejsca archeologicznego, a także roszczeń o dobra kultury należące do zbiorów publicznych¹¹¹. Dla pełni obrazu należy nadto wyjaśnić, że za zbiór tego rodzaju uważany jest zespół zinwentaryzowanych lub inaczej zidentyfikowanych obiektów kultury, które stanowią własność państwa, władz regionalnych lub lokalnych, instytucji religijnej lub innej, utworzonej w celach kulturalnych, edukacyjnych lub naukowych, przy czym jest ona uznana za działającą w interesie publicznym (art. 3.7 Konwencji)¹¹².

106. Można jeszcze dodać, że od dawna zgłaszane były wątpliwości co do rozumienia i stosowania tego „elementu”. Por. np. G. REICHELT, *Die Rolle von UNIDROIT für den Internationalen Kulturgüterschutz*, w: *Europa im Aufbruch: Festschrift Fritz Schwindt zum 80 Geburtstag*, red. F. MATSCHER, I. SEIDL HOHENVELDERN, Wien-Mainz 1993, 210. Stara się je jednak wyjaśnić PROT, *Commentary* (wyżej przyp. 104) 22.

107. „The possessor of a cultural object which has been stolen shall return it” (art. 3 Konwencji).

108. „For the purposes of this Convention, a cultural object which has been unlawfully excavated or lawfully excavated but unlawfully retained shall be considered stolen, when consistent with the law of the State where the excavation took place” (art. 3.2 Konwencji).

109. „Any claim for restitution shall be brought within a period of three years from the time when the claimant knew the location of the cultural object and the identity of its possessor, and in any case within a period of fifty years from the time of the theft” (art. 3.3 Konwencji).

110. Wyrazem takiej tendencji jest, między innymi, *Recommendation on Measures to Promote the Integrated Conservation of Historic Complexes Composed of Immovable and Movable Property*, No. R (1998) 4. Więcej informacji na ten temat por. np. W. KOWALSKI, *Protecting the Integrity of a Complex Heritage Object*, Art, Antiquity and Law 3 (1998); P. J. O’KEEFE, *The Council of Europe Recommendation on Historic Complexes*, Art, Antiquity and Law 3 (1998), czy ponownie W. KOWALSKI, *Prawna ochrona integralności zabytku*, w: *Dzieło sztuki a konserwacja*, Kraków 2004, 73 nn.

111. „However, a claim for restitution of a cultural object forming an integral part of an identified monument or an archaeological site, or belonging to a public collection, shall not be subject to time limitations other than a period of three years from the time when the claimant knew the location of the cultural object and the identity of its possessor” (art. 3.4 Konwencji).

112. „For the purposes of this Convention, a ‘public collection’ consists of a group of inventoried or otherwise identified cultural objects owned by: (a) Contracting State; (b) a regional or local authority of a Contracting State; (c) a religious institution in a Contracting State or; (d) an institution that is established for an essentially cultural, educational or scientific purpose in a Contracting State and is recognized in that State as serving the public interest” (art. 3.7 Konwencji).

Z punktu widzenia tematu artykułu szczególnie interesujące jest potraktowanie nabywcy w dobrej wierze. Osiągając i w tej sprawie kompromis nie przychyłono się do powołanego wyżej poglądu J. Chatelain'a o restytucji bez odszkodowania, ale postanowiono „nagrodzić” należytą staranność osób kupujących dzieła sztuki przez złagodzenie skutków nieograniczonej restytucji, jeżeli mimo ich ostrożności zakup podlega jednak zwrotowi¹¹³. Uzgodniono mianowicie, że posiadacz skradzionego dobra kultury, które podlega zwrotowi, jest uprawniony w chwili restytucji do otrzymania słusznego i odpowiedniego odszkodowania, pod warunkiem że nie wiedział ani mimo racjonalnego postępowania nie mógł wiedzieć, iż nabywane dobro pochodzi z kradzieży oraz że może udowodnić zachowanie należytej staranności przy jego nabywaniu (art. 4 Konwencji)¹¹⁴. Komentując tę klauzulę należy wyjaśnić, że celowo nie odwołano się w niej do ogólnie pojętej dobrej wiary, ale starano się zastosować bardziej obiektywne kryteria kwalifikujące zachowanie nabywcy. Dotyczy to zarówno pierwszego warunku, to znaczy jego świadomości co do pochodzenia nabywanego dzieła sztuki, jak również, a nawet w większym stopniu, wymaganej od nabywcy należytej staranności. Zachowanie tej staranności ma być bowiem oceniane nie tylko według tradycyjnych kryteriów, na przykład, charakteru stron, czy wysokości zapłaconej ceny, ale przede wszystkim na podstawie tego, czy nabywca sprawdził – w ramach racjonalnego postępowania – dostępny rejestr skradzionych dóbr kultury, jak też inne źródło informacji oraz dokumentację, do której mógł mieć dostęp, a także czy zwrócił się do dostępnych agencji lub przedsięwziął jakiekolwiek dalsze czynności, jakie podjęłaby inna, racjonalnie postępująca osoba w podobnych okolicznościach (art. 4. 4 Konwencji)¹¹⁵. Mając na uwadze powstawanie coraz doskonalszych i łatwiejszych w korzystaniu międzynarodowych rejestrów skradzionych dzieł sztuki¹¹⁶ łatwo zauważyć, że sprawdzenie ich jest najbardziej obiektywnym kryterium staranności, jakie w zasadzie można sobie wyobrazić przy zakupie zabytków¹¹⁷. Można zatem przyjąć, że następnym krokiem w rozwoju omawianych rozwiązań prawnych będzie pełna obiektywizacja staranności nabywcy, wyrażająca się wypełnieniem przez niego obowiązku sprawdzenia takiego rejestru¹¹⁸.

113. Por. PROT, *Commentary* (wyżej przyp. 104) 41.

114. „The possessor of a stolen cultural object required to return it shall be entitled, at the time of its restitution, to payment of fair and reasonable compensation provided that he neither knew nor ought reasonably to have known that the object was stolen and can prove that it exercised due diligence when acquiring the object” (art. 4 Konwencji).

115. „In determining whether the possessor exercised due diligence, regard shall be had to all the circumstances of the acquisition, including the character of the parties, the price paid, whether the possessor consulted any reasonably accessible register of stolen cultural objects, and any other relevant information and documentation which it could reasonably have obtained, and whether the possessor consulted accessible agencies or took any other step that a reasonable person would have taken in the circumstances” (art. 4.4 Konwencji).

116. Najbardziej znany jest obecnie *The Art Loss Register*, posiadający swe oddziały w Nowym Jorku, Londynie, Perth, Sankt Petersburgu i innych miastach, który obejmuje już swym zasięgiem rynek sztuki praktycznie na całym świecie. Por. na ten temat P. J. O'KEEFE, *The Use of Databases to Combat Theft of Cultural Heritage Material*, Art, Antiquity and Law 2 (1997).

117. Podkreślał to już dawno R. CREWDSON, *Good Faith Redefined. A Practical Solution*, UNIDROIT, (1988). Study LXX-Doc. 6, 3.

118. Pogląd taki już we wcześniejszym artykule: W. KOWALSKI, *Purchase of a Stolen Work of Art*, w: *Legal Convergence in the Enlarged Europe of the New Millennium*, red. P. L. C. TORREMANS, The Hague-Boston-London 2000, 107.

W podsumowaniu artykułu można stwierdzić, że jesteśmy świadkami ważnego momentu ewolucji instytucji nabycia własności rzeczy *a non domino*. Generalnej niechęci do zmiany regulacji krajowych w tym zakresie, wywodzących się wprost lub pośrednio od prawa rzymskiego, towarzyszy jednocześnie uznanie potrzeby specjalnej ochrony właścicieli dóbr kultury, wynikające z traktowania tych dóbr jako specjalnej kategorii¹¹⁹, która zasługuje na szczególną pieczę i musi być przekazana następnym pokoleniom¹²⁰. Mimo wskazanych mankamentów przyjęcie Konwencji UNIDROIT wzmacnia realizację tego celu¹²¹, a jednocześnie zamyka kolejny etap zmagania się z problematyką ochrony nabywcy w dobrej wierze, aczkolwiek tylko w odniesieniu do nabycia skradzionego dobra kultury.

119. Por. W. R. CREWDSON, *Cultural Property – A Fourth Estate?*, The Law Society Gazette 18 (1984) 126; w nowej formie twierdzenie takie wysunęli L. V. PROTT, P. J. O'KEEFE, 'Cultural Heritage' or 'Cultural Property?', International Journal of Cultural Property 1 (1992); L. V. PROTT, *Cultural Heritage Law: The Perspective of the Source Nations*, Art, Antiquity and Law 5 (2000). Por. także KOWALSKI, *Nabycie własności dzieła sztuki* (wyżej przyp. 2) 144 nn.

120. Por. *Declaration on the Responsibilities of the Present Generations Towards Future Generations*, w: UNESCO. *Records of the General Conference, 29th Session, 1997. Resolutions*, t. 1, UNESCO, Paris 1998, 71. Omówienie tej deklaracji KOWALSKI, *Nabycie własności dzieła sztuki* (wyżej przyp. 2) 149-150.

121. P. LALIVE, *Une avancée du droit international: La convention de Rome d'UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitement exportés*, Uniform Law Review 1 (1996) 56 nn; I. A. STAMATOUDI, *Restitution of Stolen and Illegally Exported Cultural Objects under the Unidroit Convention*, w: *Legal Convergence* (wyżej przyp. 118) 142.

Prawo rzymskie w „Traktacie o naturze praw i dóbr królewskich” Stanisława Zaborowskiego z 1507 roku

Na początku XVI wieku, w pierwszych miesiącach panowania Zygmunta I, który był wtedy młodym, zapowiadającym świetne panowanie władcą, skromny pisarz skarbu koronnego, ksiądz Stanisław Zaborowski, wydał – najprawdopodobniej własnym sumptem – „Traktat o naturze praw i dóbr królewskich”. Dzieło to, poświęcone przede wszystkim kwestii alienacji dóbr królewskich, zawierało także obszernie rozważania autora o genezie państwa, obowiązkach władcy, szlachty i duchowieństwa oraz liczne moralistyczne dygresje o obyczajach, herezji, żebractwie i lichwie¹. Jest to niezwykle interesujące świadectwo horyzontów myślowych polskiego intelektualisty z epoki przenikania myśli renesansowej do władztwa Jagiellonów. Manifest konserwatysty, który dąży do zmian na lepsze w otaczającym go świecie w imię wierności niezmiennym, jego zdaniem, zasadom społecznego współżycia. Ksiądz S. Zaborowski sięgał w swej pracy do wielu autorytetów z epoki średniowiecza, ale korzystał także z mądrości starożytnych. Poza „uświęconym” przez Tomasza z Akwinu Arystotelesem czerpał mądrość z ksiąg Cyserona, Seneki, Platona i Boecjusza, a swą narrację ornamentował cytatami z Owidiusza i Horacego. Rozważania o charakterze prawnym, wypełniające zasadniczą część traktatu, były zaś oparte na pomnikach prawa kanonicznego i rzymskiego.

Historycy komentujący w przeszłości dzieło S. Zaborowskiego zauważali zwykle ten wczesnorenesansowy przykład recepcji prawa rzymskiego w Polsce, ale przypisywali mu różne znaczenie. Autor pierwszej głębszej analizy treści „Traktatu...”, a zarazem edytor jego wydania krytycznego² – Michał Bobrzyński – uznał, że cytaty z „Kodeksu” i „Digestów” mają znaczenie jedynie ornamentów w wykładzie opartym na wiedzy kanonistycznej, a tym

1. Omówienie traktatu por. H. LITWIN, *Stanisława Zaborowskiego życie, sylwetka i Traktat*, w: S. ZABOROWSKI, *Traktat w czterech częściach o naturze praw i dóbr królewskich oraz o naprawie królestwa i o kierowaniu państwem*, red. H. LITWIN, Kraków 2005, v-lxx.

2. S. ZABOROWSKI, *Tractatus de natura iurium et bonorum regis et de reformatione regni ac eius reipublicae regimine*, red. M. BOBRZYŃSKI, w: *Starodawne Prawa Polskiego Pomniki*, t. 5, Kraków 1877.

samym S. Zaborowski nie zasługuje na miano „humanisty”³. Podobnie oceniał kwestię Stanisław Tarnowski, który wręcz zaliczył pisarza skarbu koronnego do „teologicznej reakcji”⁴. Także kolejny wielki przedstawiciel ówczesnej szkoły krakowskiej, Karol Estreicher, lekceważył znaczenie wpływów prawa rzymskiego na poglądy S. Zaborowskiego⁵. Ten pogląd utrwalił się na długo, bowiem dopiero Paweł Rybicki w roku 1970 wyżej ocenił oddziaływanie antyku na myśli S. Zaborowskiego i uznał go za pisarza „wczesnorenesansowego”⁶. Jeszcze dalej poszedł pierwszy monografista „Traktatu...”, Antoni Klinger, który dostrzegł w jego autorze bojownika „o romanizację prawa i orzecznictwa polskiego”⁷. Widzimy zatem, że kwestia recepcji prawa rzymskiego u S. Zaborowskiego budziło skrajnie różne oceny, a przyczyną tego zjawiska była zapewne najczęściej pobieżna jedynie analiza niezwykle skomplikowanego i naszpikowanego cytatami łacińskiego tekstu „Traktatu...”.

Jak zatem wyglądała w rzeczywistości skala wykorzystywania Justyniańskich zabytków przez S. Zaborowskiego? Przyjrzyjmy się temu zjawisku dokładnie. W „Traktacie...” odnotowujemy 153 odwołania do *Corpus Iuris Civilis*. Dziesięć z nich dotyczy „Nowel”, jedno – „Instytucji”. Dla nas najbardziej interesujące są odwołania do „Digestów” (89) i „Kodeksu” (53). Pamiętać przy tym trzeba, że „Traktat...” poświęcony jest rozważaniom prawniczym i teorii państwa jedynie w części, która zajmuje ok. 50% jego objętości⁸. Tutaj też są skoncentrowane wszystkie odwołania do prawa rzymskiego. W moralistycznych rozważaniach wypełniających pozostałe fragmenty tekstu nie ma miejsca na zabytki prawa i autor odwołuje się tu do innych autorytetów. Zważywszy, że dzieło w wydaniu oryginalnym zajmuje 84 strony druku⁹, to we fragmentach dotyczących kwestii alienacji dóbr i teorii państwa przypada po 3-4 odwołania do *Corpus Iuris Civilis* na stronę. Rzecz jasna argument ilościowy nie przesądza jeszcze niczego, ale przyznać trzeba, że prawo rzymskie było przywoływane przez S. Zaborowskiego ze znaczną intensywnością.

Na ile jednak S. Zaborowski znał prawo rzymskie i jakie były źródła jego wiedzy? Nic nie wskazuje na to, by pisarz skarbu koronnego był doktorem obojga praw. Żaden z biografów nie wpadł na najmniejszy nawet ślad jego ewentualnej

3. M. BOBRZYŃSKI, Stanisław Zaborowski. Studium z historii literatury politycznej XVI stulecia, w: TENŻE, *Szkice i studia historyczne*, Kraków 1922, t. 2, 99. Pierwsze wydanie tej pracy w: „Przewodnik Naukowy i Literacki”, 1877.

4. S. TARNOWSKI, *Studia do historii literatury polskiej. Pisarze polityczni XVI wieku*, Kraków 1886, t. 1, 54.

5. K. ESTREICHER, *Kultura prawnicza*, w: *Kultura staropolska*, Kraków 1932, 89-91.

6. P. RYBICKI, *Odrodzenie*, w: *Historia nauki polskiej*, red. B. SUCHODOLSKI, Wrocław 1970, 398-399.

7. A. KLINGER, *Stanisława Zaborowskiego program naprawy Rzeczypospolitej*, Zielona Góra 1987, 138.

8. Por. LITWIN, *Stanisława Zaborowskiego* (wyżej przyp. 1) xxv-xxvii.

9. S. ZABOROWSKI, *Tractatus de natura iurium et bonorum regis et de reformatione regni ac eius reipublicae regimine*, Cracoviae 1507; w pracach nad tekstem wykorzystywałem egzemplarz Biblioteki Uniwersytetu Warszawskiego, będący niegdyś własnością biskupa krakowskiego Piotra Tomickiego.

promocji. Sam zresztą uważał się za amatora, gdy pisał „takie jest nasze zdanie w kwestii prawa, z całym szacunkiem dla kompetentniejszej opinii biegłych prawników, którym doradzam powierzyć całą omówioną kwestię”¹⁰. W swojej pracy powoływał się na Justyniańskie zabytki częściowo bezpośrednio, a częściowo poprzez cytowanie autorytetów. Powoływanie się na średniowiecznych legistów, których prace miały najczęściej glosatorski charakter, nieuchronnie prowadziło do pośredniego cytowania *Corpus Iuris Civilis*. S. Zaborowski przywołuje w swojej pracy dość szeroki krąg specjalistów w zakresie prawa rzymskiego¹¹. Szczególnym szacunkiem cieszył się u niego postglosator Bartolus de Sassoferrato (zm. 1357), szczególnie jako komentator „Digestów”. Z kolei za autorytatywnego znawcę „Kodeksu” autor „Traktatu...” uznawał innego postglosatora, Baldusa de Ubaldis (zm. 1400). Wśród kilkakrotnie przywoływanych autorytetów był także renesansowy romanista Aleksander Tartagnus de Imola (zm. 1477). Prócz tego pojawiają się u S. Zaborowskiego pojedyncze odwołania do takich autorów jak glosatorzy Cyprianus (pocz. XII wieku), Odofredus (zm. 1265), Jakub de Arena (zm. 1296) i Jakub Buttrigarius (zm. 1347). Niezależnie od dzieł glosatorskich S. Zaborowski korzystał także z kompendiów prawnych opartych na wiedzy z zakresu *utriusque iuris*. Pisarz skarbu koronnego ze szczególnym upodobaniem powoływał się na Pawła de Castro (zm. 1441), w którego dziele *Consilia* tradycja cywilistyczna była bardziej obecna niż kanonistyczna. Podobną charakterystykę miało *Repertorium iuris* Jana Bertachini (Bertachinus, zm. 1497). Odwrotne proporcje występowały natomiast u drugiego z ulubionych autorów S. Zaborowskiego, Angelusa Carletti de Clavasio (zm. 1495), w księdze *Summa angelica de casibus conscientiae*. Czwarte kompendium używane przez autora „Traktatu...” to *Speculum iudiciale* Wilhelma Durantis (zm. 1296) zwanego Speculatorem, wraz z uzupełnieniami opracowanymi przez Jana Andrzejowego (*Ioannes Andreae*, zm. 1348). W tym przypadku mamy także do czynienia z dziełami kanonistów otwierających się na dorobek prawa rzymskiego.

Dokładniejsza analiza cytatów i odwołań stosowanych przez S. Zaborowskiego wskazuje jednak, że nie wszystkie z cytowanych dzieł miał rzeczywiście w ręku. Odofredus był przywołany za pośrednictwem Jana Andrzejowego, zaś Cyprianus pojawił się w piętrowym przypisie, gdzie S. Zaborowski cytuje Aleksandra de Imola, który powołuje się na Baldusa de Ubaldis, ten zaś odsyła czytelnika do Cyprianusa. W obu tych przypadkach S. Zaborowski ujawnia pośredniość swych przypisów¹². Jakuba de Arena i Jakuba de Buttriga cytuje natomiast wprost, choć nie podaje nazw ich dzieł¹³. Jeśli jednak przeanalizujemy teksty innych

10. ZABOROWSKI, *Traktat* (wyżej przyp. 1) 287.

11. *Ibidem*, 329-343.

12. *Ibidem*, 15 i 173.

13. *Ibidem*, 173.

przywoływanych w tym samym miejscu ksiąg, mogą pojawić się wątpliwości co do precyzji S. Zaborowskiego we wspomnianych przypisach. U Baldusa de Ubaldis znajdujemy bowiem odwołanie do Jakuba de Arena tożsame co do treści z przypisem autora „Traktatu...”¹⁴. Z kolei dwukrotnie wymieniony przez S. Zaborowskiego w parze z Bartolusem de Sassoferato Jakub Buttrigarius jest przywoływany właśnie przez Bartolusa w kontekście komentarza do wymienionego w „Traktacie...” tekstu „Kodeksu” 2,53,4 (Dioklecjan i Maksymian 285)¹⁵. Zważywszy, że w Bibliotece Jagiellońskiej dzieł obu Jakubów najprawdopodobniej nie było¹⁶, trzeba założyć, że S. Zaborowski ich nie znał, a cytował jedynie za dostępnymi mu opracowaniami. Z erudycyjnego dorobku pisarza skarbu koronnego wyeliminować zatem należy Odofredusa, Cyprianusa, Jakuba de Arena i Jakuba de Buttriga.

Ze specjalistów w zakresie prawa rzymskiego, których dzieła S. Zaborowski rzeczywiście studiował pozostają zatem Bartolus de Sassoferato, Baldus de Ubaldis oraz Aleksander Tartagnus. Nie ma wątpliwości, że znał on także kompendia Angelusa de Clavasio i Speculatora wraz z dodatkami Jana Andrzejewego, które były dostępne w bibliotece Uniwersytetu Krakowskiego¹⁷. Ulubionych przez S. Zaborowskiego *Consilia* Pawła de Castro najprawdopodobniej w tychże zbiorach brakowało, były jednak cytowane zbyt często i stanowiły zbyt ważną część bazy erudycyjnej autora, by zakładać, że nie miał dostępu do tej książki. Możemy nawet domyślać się, z którego wydania korzystał, gdyż w różnych edycjach numeracja rad bywała odmienna. *Consilium* dotyczące kwestii alienacji dóbr królewskich, zawierające zresztą wiele odniesień do spraw polskich, a przede wszystkim do kwestii wyrzeczenia się przez Kazimierza Wielkiego Pomorza w traktacie kaliskim (1343), miało przywoływany przez S. Zaborowskiego numer 70 tylko w wydaniu weneckim z 1493 roku¹⁸. Wątpliwości mogłaby budzić kwestia znajomości *Repertorium iuris* Jana Bertachini, które było przywoływane tylko jednokrotnie, ale akurat w tym przypadku mamy do czynienia z dokładnym cytatem, który precyzyjnie odpowiada treści dzieła Bertachinusa¹⁹ i nie był przytaczany przez cytowanego obok Baldusa de Ubaldis²⁰.

14. BALDUS DE UBALDIS, *Lectura super Codice Liber 1-9*, Venetiis 1490, f. 158v-159r. wszystkie cytaty ze starodruków prawniczych podaję za ich cyfrowymi kopiami dostępnymi pod adresem: www.digital-collections.de/index

15. BARTOLUS DE SASSOFERRATO, *Lectura super prima et secunda parte Codicis*, Venetiis 1476, f. 115v-116r. W tym miejscu trzeba za przykrością przyznać, że w opracowanej przez pizącego te słowa edycji *Traktatu* (wyżej przyp. 1) pojawił się błąd. Właśnie w odniesieniu do komentarzy Bartolusa i Buttrigariusza źle rozwiązano skróty w przypisie Zaborowskiego. Na stronie 172 w tekście łacińskim winno być: *in l. Respublica, L., Quibus ex causis maiores in integrum restituntur* i odpowiednio na stronie 173 w tekście polskim *Codex 2,53,4* (to samo jeszcze dwukrotnie na tej samej stronie).

16. ZABOROWSKI, *Traktat* (wyżej przyp. 1) 337.

17. *Ibidem*, 343.

18. PAULUS DE CASTRO, *Consilia antiqua et nova*, Venetiis 1493, f. 32v-34v.

19. IOANNES BERTACHINUS, *Repertorium iuris utriusque*, Norimbergae 1483, [cz. 3], f. 129 r.

20. BALDUS DE UBALDIS, *Lectura super usibus feudorum*, Venetiis 1500, f. 104.

Możemy zatem ponownie zweryfikować listę lektur cywilistycznych S. Zaborowskiego i stwierdzić, że byli na niej obecni romaniści Bartolus de Sassoferrato, Baldus de Ubaldis, Aleksander Tartagnus, Jan Bertachinus, Paweł de Castro oraz autorzy kompendiów *utriusque iuris* Wilhelm Durantis, Jan Andrzejów i Angelus de Clareto. Spróbujmy zatem z kolei prześledzić, jak wymienieni autorzy mogli pokierować zainteresowaniami S. Zaborowskiego w zakresie prawa rzymskiego. Autor „Traktatu...” wkraczał na to terytorium we fragmentach swej książki dotyczących bezpośrednio kwestii alienacji i związanych z nią problemów takich jak restytucja dóbr, odszkodowania czy przedawnienia, ale także w ramach rozważań o udziale społeczności w podejmowaniu decyzji o alienacji i skutkach braku takiego udziału. Stąd też penetrował najczęściej odpowiednie części dzieł autorytetów. W używanej tamże argumentacji odnajdujemy często odwołania do prawa rzymskiego powtarzane przez S. Zaborowskiego.

W wielu przypadkach autor przywołuje źródła w ramach cytatu z opracowania, ale zdarza się też, że używa cudzej argumentacji nie zaznaczając, iż jest to cytat. W odniesieniu do „Kodeksu” przytacza odwołania za Bartolusem de Sassoferrato²¹, Baldusem de Ubaldis²², Aleksandrem de Imola²³ i Pawłem de Castro²⁴. Możemy także odnaleźć cytaty ukryte, zapewne zresztą bez złej intencji. Ksiądz Stanisław użył m.in. argumentu dotyczącego kwestii restytucji dotyczącej miasta opartego na C. 11,30,3 (Aleksander Sewer), powtarzając cytowanych niedaleko Angelusa de Clareto i Bartolusa de Sassoferrato²⁵. W innym miejscu rozważa problem ewentualnego zwrotu sumy zastawu odwołując się do C. 1,2,14 (Leon i Antemiusz 470) i powielając w ten sposób Pawła de Castro, którego kilka wersów wcześniej przywoływał²⁶. Tenże autorytet został wykorzystany, gdy S. Zaborowski omawiał kwestię bezzwrotności nadań na rzecz Kościoła powołując się m.in. na C. 1,3,17 (Honoriusz i Teodozjusz 416)²⁷. Z kolei w sprawie zakazu alienacji na niekorzyść potomnych autor „Traktatu...” opierał się m.in. na C. 2,4,1 (Antoninus 211) oraz C. 2,4,12 (Walerian i Galien 259) i szedł w tym względzie za cytowanym kilka wersów dalej Aleksandrem de Imola²⁸. Wreszcie

21. C. 1,22,6 (Anastazjusz 491): 11, wykorzystane ponownie 26; C. 2,53,4 (Dioklecjan i Maksymian 285): 173. Wszystkie lokalizacje odwołują się do ZABOROWSKI, *Traktat* (wyżej przyp. 1).

22. C. 1,14,3 (Teodozjusz i Walentynian 426): 239, C. 1,18,1 (Antoninus 212): 189, C. 2,53,4 (Dioklecjan i Maksymian 285): 173, C. 6,21,17 (Justynian 529): 189.

23. C. 1,14,4 (Teodozjusz i Walentynian 429): 15.

24. C. 2,3,29 (Justynian 531): 23, C. 11,48,7 (Walentynian, Walens i Gracjan): 227, wykorzystane ponownie 171, 237, 239.

25. BARTOLUS DE SASSOFERRATO, *Lectura super prima et secunda parte Codicis*, Venetiis 1476, f. 115v; ANGELUS DE CLARETO, *Summa angelica de casibus conscientiae*, Venetiis 1487, f. 349v; por. ZABOROWSKI, *Traktat* (wyżej przyp. 1) 173.

26. PAULUS DE CASTRO, *Consilia* (wyżej przyp. 18) f. 1r-2r; por. ZABOROWSKI, *Traktat* (wyżej przyp. 1) 241, wykorzystane ponownie na s. 247.

27. PAULUS DE CASTRO, *Consilia* (wyżej przyp. 18) f. 12v-13r; por. ZABOROWSKI, *Traktat* (wyżej przyp. 1) 267. Może to być także powtórzenie za ANGELUSEM DE CLARETO, *Summa Angelica* (wyżej przyp. 25) f. 37v-38r; por. ZABOROWSKI, *Traktat* (wyżej przyp. 1) 223.

28. ALEXANDER TARTAGNUS DE IMOLA, *Lectura super prima et secunda parte Digesti veteris* [1-4], Venetiis 1489, f. 37v-38r; por. ZABOROWSKI, *Traktat* (wyżej przyp. 1) 265; C. 2,4,12 (Walerian i Galien 259) wykorzystany ponownie 15.

odnajdujemy u S. Zaborowskiego cytaty z „Kodeksu” (C. 9,8,5 – Arkadiusz i Honoriusz 397), zaczerpnięty z „Dekretu Gracjana”, a pozbawiony wyraźnego powiązania z tym źródłem²⁹. Uwzględniając wszystkie przypadki można założyć, że przynajmniej 14 odwołań do „Kodeksu”, użytych w tekście łącznie 23 razy, jest zapożyczeniami z opracowań.

Z podobnym zjawiskiem mamy do czynienia w przypadku „Digestów”. Bardzo liczne są tu powtórzenia przypisów za Pawłem de Castro³⁰. S. Zaborowski przytacza też Bartolusa de Sassoferrato wraz z jego odsyłaczami do *Corpus Iuris Civilis*³¹. To samo powtarza się w przypadku Aleksandra de Imola³². Wreszcie trzykrotnie odwołuje się S. Zaborowski do „Digestów” cytując komentatorów „Dekretów”³³. Rzadziej niż w przypadku „Kodeksu” pojawiają się cytaty ukryte. Omawiając kwestię uzyskania zgody całej społeczności na alienację Książd Stanisław przywoływał D 40,5,34 (Pomponiusz 3 *fid.*) oraz D 40,5,24,21 (Ulpian 5 *fid.*) powtarzając cytowanego obok Pawła de Castro, jednak bez powoływania się na niego³⁴. Trzykrotnie wykorzystał też cytaty Baldusa de Ubaldis, także pomijając odsyłacze. Miało to miejsce w ramach omawiania kwestii zgody mieszkańców na alienację (D 24,3,2 – Ulpian 35 *Sab.*)³⁵, restytucji *ad integrum* (D 39,4,13 – Gajus 13 *ed. prov.*)³⁶ oraz problemu nieświadomości prawa wśród żołnierzy pełniących służbę (D 50,4,4 – Ulpian 3 *opin.*)³⁷. Podsumowując tę część rozważań możemy stwierdzić, że 28 odwołań do Digestów użytych w tekście łącznie 39 razy to zapożyczenia z opracowań. Łącznie zatem 62 spośród 142 cytatów S. Zaborowskiego z „Digestów” i „Kodeksu” to zapożyczenia z opracowań.

Co do zdecydowanej większości (80) odwołań do Justyniańskich zabytków można zatem założyć, iż były wynikiem własnych poszukiwań źródłowych S. Zaborowskiego. W dwóch przypadkach mamy do czynienia z dosłownymi cytatami. Rozważając kwestię ewentualnego przedawnienia wykroczenia polegającego na udziale w alienacji dóbr królewskich Książd Stanisław przywołuje normy wskazujące na niemożność zasiedzenia w sytuacji objęcia w posiadanie obciążonego

29. *Decretum Gratiani* II 6,1,22.

30. D. 1,1,5 (Hermogenian 1 *iur. epit.*); D. 1,9,7 (Ulpian 1 *leg. Iul. et Pap.*); D. 2,4,8 (Ulpian 5 *ed.*); D. 9,2,32 (Gaius 7 *ed. prov.*); D. 30,120,1 (Ulpian 2 *resp.*); D. 37,14,17 (Ulpian 11 *leg. Iul. et Pap.*); D. 48,22,3 (Alfenus 1 *epit.*) i D. 23,2,34,3 (Papinian 4 *resp.*); 7 (ostatni przypis powtórnie wykorzystany 9) oraz D. 2,14,27,4 (Paulus 3 *ed.*); D. 2,14,7,14 (Ulpian 4 *ed.*); D. 2,14,38 (Papinian 2 *quaest.*); 23 (ostatni przypis powtórzony 229).

31. D. 29,2,97 (Paulus 3 *decr.*) 189; D. 41,2,2 (Ulpian 70 *ed.*) 181; D. 43,24,3,4 (Ulpian 71 *ed.*) 19; D. 50,9,4 (Ulpian *sing. off. cur. rei publ.*) 265; D. 41,3,24 (Pomponiusz 24 *Quint. Muc.*) 169 (przypis powtórnie wykorzystany 179, 181); D. 41,3,29 (Pomponiusz 22 *Sab.*) 181; (przypis powtórnie wykorzystany 187); D. 41,3,32 (Pomp. 32 *Sab.*) 179; (przypis powtórnie wykorzystany 171 i 177).

32. D. 43,24,3,4 (Ulpian 71 *ed.*) 15, powt. 25, 26, 81 oraz D. 5,3,25,6 (Ulpian 15 *ed.*) 241.

33. D. 8,1,1,2 (Ulpian 17 *ed.*); D. 11,7,43 (Papinian 8 *quaest.*); D. 26,7,12,3 (Paulus 38 *ed.*); 17 (ostatni przypis powtórnie wykorzystany 21).

34. PAULUS DE CASTRO, *Consilia* (wyżej przyp. 18) f. 33v; por. ZABOROWSKI, *Traktat* (wyżej przyp. 1) 25.

35. BALDUS DE UBALDIS, *Lectura super usibus feudorum*, Venetiis 1500, f. 50v.

36. BALDUS DE UBALDIS, *Lectura super Codice* [1-2], Venetiis 1490, f. 158v-159r.

37. BALDUS DE UBALDIS, *Lectura super Codice, Liber 1-9*, Venetiis 1496, f. 47r.

błędem prawnym. Cytuje tu jedno z praw w tytule *De acquirenda et retinenda possessione* siódmej księgi „Kodeksu” oraz „Digesta” z księgi 44 i tytułu *De diversis temporalibus praescriptionibus et de accessionibus possessionum*³⁸. Widzimy także, iż ze znaczną częstotliwością powołuje się na trzy pierwsze księgi „Kodeksu”. W pierwszej interesowały go zwłaszcza tytuły dotyczące władzy kościelnej i świeckiej – *De sacrosanctis ecclesiis et de rebus et privilegiis earum* (tytuł 2), *De episcopis et clericis* (3), *De legibus et constitutionibus principum et edictis* (14)³⁹. W drugiej – kwestia uwarunkowań transakcji pieniężnych czyli tytuł 4, *De transactionibus*⁴⁰. W trzeciej – tytuł 3, *De rei vindicatione*, czyli sprawy związane z rewindykacją posiadanych bezprawnie dóbr⁴¹. Można także wskazać najbardziej eksploatowane przez S. Zaborowskiego fragmenty „Digestów”. Szczególnie interesujące były dla niego kwestie ogólnych zasad rządzących normami prawnymi – tytuł *De iustitia et iure* w księdze pierwszej⁴² – oraz problematyka umów i transakcji: tytuły *De pactis* (ks. 2)⁴³, *De rei vindicatione* (6)⁴⁴, *De iuris et facti ignorantia* (22)⁴⁵, *De usurpationibus* (41)⁴⁶, *Pro emptore* (41)⁴⁷. 24 „samodzielne” odwołania koncentrują się zatem na wybranych, dogłębnie eksploatowanych tytułach. Kolejnych 11 przypisów pochodzi z ksiąg, w których umiejscowione są „ulubione” tytuły S. Zaborowskiego. Pozostałych 17 odwołań do „Kodeksu” rozproszonych jest dość równomiernie po wszystkich księgach zabytku. Nieco inaczej rozkłada się pochodzenie pozostałych 28 przypisów do „Digestów”. Odnoszą się one do ksiąg, które poświęcone są kwestiom związanym z własnością, dziedziczeniem, pożyczkami, transakcjami, nadaniami itp. (4, 6, 7, 12, 14, 20, 24, 28, 29, 39, 44, 45, 48-50). Wskazuje to na niezłe rozeznanie S. Zaborowskiego w treści „Kodeksu” i „Digestów” i dość swobodne operowanie możliwością wspierania swych wywodów argumentami z Justyniańskich zabytków.

Trzeba zatem przyznać, że S. Zaborowski, choć nie prawnik, znał prawo rzymskie w stopniu zaawansowanym i niewątpliwie obcował z Justyniańskimi źródłami bezpośrednio. Można się domyślać, że dotarł do „Kodeksu” i „Digestów” za pośrednictwem kanonistyki, która otworzyła mu drogę do autorytetów poruszających się sprawnie w materii „praw obojga”. Zapewne dzięki Angelusowi de Clareto i może Pawłowi de Castro (których znał najlepiej) zaczął czytać romani-

38. ZABOROWSKI, *Traktat* (wyżej przyp. 1) 183.

39. C. 1,2; ZABOROWSKI, *Traktat* (wyżej przyp. 1) 241, 247, 269; C. 1,3: 191, 223, 267, 269; C. 1,14: 15, 229, 239.

40. ZABOROWSKI, *Traktat* (wyżej przyp. 1) 15, 25, 265 dwukrotnie.

41. C. 3,32: 237 dwukrotnie, 239 dwukrotnie.

42. D. 1,1: 7, 235, 269.

43. D. 2,14: 23 dwukrotnie, 25, 191, 229, 253.

44. D. 6,1: 235 dwukrotnie, 253.

45. D. 22,6: 171 dwukrotnie, 187, 189 dwukrotnie, 241.

46. D. 41,3: 169, 171, 177, 179 dwukrotnie, 181, 187, 189.

47. D. 41,4: 9, 175, 177 trzykrotnie.

stów takich jak Bartolus de Sassoferrato i Baldus de Ubaldis, a oni doprowadzili Księdza Stanisława do samego źródła.

S. Zaborowski nie przywoływał prawa rzymskiego przypadkowo. Sposób cytowania i wykorzystywania odsyłaczy wskazuje, że traktował prawo rzymskie jako zbiór obiektywnych zasad prawnych i reguł proceduralnych, niemal kodyfikację prawa naturalnego. Justyniańskiemu zbiorowi autor „Traktatu...” przyznawał niezwykle wysokie miejsce w hierarchii praw. W pewnym miejscu nazwał go wręcz „świętym prawem władców” (*sacra lex principum*)⁴⁸.

Ksiądz Stanisław operował prawem rzymskim jako instrumentem, który miał ściśle określone zadania. Wspierał wywoływanie wywodów moralistycznych surowymi, wywołującymi wrażenie obiektywizmu zasadami prawnymi, które odnosiły się do określonych schematów działań prawnych, adaptowanych do życia społecznego – jak zasada *quod omnes tangit*, która w oryginale dotyczyła prawa spadkowego, a u S. Zaborowskiego regulowała podejmowanie decyzji w istocie politycznych.

S. Zaborowski był niewątpliwym konserwatystą. Okazywał przemyślany szacunek tradycyjnym normom regulującym życie społeczne i religijne. Dążył do odnowy w oparciu o niewzruszalne zasady. Był papalistą, gorącym przeciwnikiem herezji, rzecznikiem tradycyjnej obyczajowości i przewodzenia życia społecznemu przez stan duchowny. Jednocześnie prezentował na wskroś demokratyczne przekonania i daleko idącą swobodę w doborze autorytetów. Nie obawiał się sięgać do myśli antycznej a prawo rzymskie traktował jako obowiązujący schemat jurydycznego myślenia. Jego dorobek jest niezwykle interesującym przykładem wzajemnego przenikania się średniowiecza i renesansu i ostrzeżeniem przed zbyt łatwą ideologizacją i szufladkowaniem Odrodzenia.

Takie jest nasze zdanie w kwestii prawa rzymskiego u Stanisława Zaborowskiego, z całym szacunkiem dla kompetentniejszej opinii biegłych prawników, którym doradzam powierzyć całą omówioną kwestię.

48. ZABOROWSKI, *Traktat* (wyżej przyp. 1) 89.

Podmiot prawa: między Rzymem a Jerozolimą

1. Trzy miasta

W coraz bardziej jednoczącej się Europie z upodobaniem powtarzamy za Paulem Koschakerem lub Henrykiem Kupiszewskim, że na formowanie się duchowego i kulturalnego oblicza naszego Kontynentu przemożny wpływ wywarły filozofia grecka najszerzej pojmowana, chrześcijaństwo i prawo rzymskie¹. Trzy dziedziny kultury antycznej nazywamy filarami, na których opiera się to, co dzisiejszą Europę stanowi, zwłaszcza gdy chcemy podkreślić znaczenie prawa rzymskiego oraz specyfikę europejskiej tradycji prawnej. Wciąż przychodzi nam przypominać o znaczeniu prawa rzymskiego, przekonywać o tym, jak nieodzowna jest jego obecności w *curriculum studiorum* przyszłych prawników, a przede wszystkim uzasadniać rozwijanie jego nauczania i naukowych nad nim badań. Dziejowej i jakże współczesnej roli prawa rzymskiego i tradycji romanistycznej świadomi są nie tylko prawnicy. Rozpoczynając przemówienie w Bundestagu jesienią 2011 roku papież Benedykt XVI za oczywistą uznał wiedzę o tym, iż „w pierwszej połowie II stulecia przedchrześcijańskiego doszło do spotkania między rozwiniętym przez filozofów stoickich społecznym prawem naturalnym i autorytatywnymi nauczycielami prawa rzymskiego. Z tego kontaktu narodziła się zachodnia kultura prawna, która miała i do dzisiaj ma decydujące znaczenie dla kultury prawnej ludzkości. Z tego przedchrześcijańskiego związku między prawem a filozofią bierze początek droga – prowadząca przez chrześcijańskie średniowiecze – do rozwoju prawnego okresu oświecenia, aż do Deklaracji Praw Człowieka...”². Pod koniec wystąpienia Papież znów odniósł się do prawa rzymskiego w słowach: „Na podstawie przekonania o istnieniu Boga Stwórcy rozwinięto ideę praw człowieka, ideę równości wszystkich ludzi wobec prawa, uznanie nienaruszalności ludzkiej godności każdej osoby oraz świadomość, że ludzie są odpowiedzialni za swoje czyny. Te racjonalne spostrzeżenia tworzą naszą pamięć kulturową. Ignorowanie jej lub traktowanie tylko jako przeszłość

1. P. KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, München-Berlin 1953, 2-7; H. KUPISZEWSKI, *Prawo rzymskie a współczesność*, Warszawa 1988, 16-17.

2. BENEDYKT XVI, Przemówienie w Bundestagu *Serce rozumne. Refleksje na temat podstaw prawa* (22 września 2011), 32 L'Osservatore Romano (wyd. pol.) 10-11 (2011) 40.

byłoby okaleczeniem integralności naszej kultury i pozbawiłoby ją pełni. Kultura Europy zrodziła się ze spotkania Jerozolimy, Aten i Rzymu – ze spotkania wiary Izraela w Boga, filozoficznego rozumu Greków i rzymskiej myśli prawniczej. To potrójne spotkanie ukształtowało głęboką tożsamość Europy³.

Młodzi studiuja dziś starożytną myśl grecką nie tylko na wydziałach filozoficznych, bo jest zupełnie podstawowa i niezmiennie inspirująca. Chrześcijaństwo wobec kolejnych fal prześladowań ma się w Europie wcale nienajgorzej. Natomiast do rzymskich osiągnięć jurysprudencjalnych mają dostęp właściwie tylko adepci prawa, a pospolita apologia obecności prawa rzymskiego jako materii wykładowej, która ogranicza je do ideałów prawa klasycznego pogańskiego jeszcze Rzymu, nie wydaje się nikomu – chyba poza tymi, co ją uprawiają – prawdziwa ani przekonująca. O europejskiej tradycji prawnej stanowi bowiem nie jakieś sterylne prawo rzymskie, lecz przeniknięte dwoma pozostałymi dziedzinami kultury antycznej. Trzeba więc w rozważaniach o tradycji prawnej traktować łącznie spuściznę grecko-rzymskiego imperium oraz dziedzictwo judeochrześcijańskie w ich wzajemnym na siebie oddziaływaniu. Intuicję tę widać wcześniej, bo już w IV wieku ery chrześcijańskiej u autora dziełka zestawiającego regulacje rzymskie z żydowskimi – *Mosaicarum et Romanarum legum collatio*⁴. Brak koherentnego spojrzenia na tradycję Jerozolimy, Aten i Rzymu nie musi jeszcze razić w przypadku szczegółowych rozważań o zobowiązaniach, prawie rzeczowym czy spadkowym, a nawet o niektórych kwestiach prawa publicznego. Może się natomiast stać poważnym mankamentem w badaniach nad tym, co pandektyści umieszczali w tzw. części ogólnej. Do takich zagadnień należą kwestie dotyczące – powiedzmy to za Gottfriedem Wilhelmem Leibnizem – *subiectum iuris*, czyli podmiotu prawa. I choć używane nań określenia bywają różne: raz bardziej opisowe czy intuicyjne, czasem ściśle techniczne, jak we współczesnym języku prawnym i prawniczym, problem pozostaje niezmienny zarówno w starożytności, gdzie królowała zasada personalności prawa, jak i dziś, gdy dominuje zasada terytorialności.

2. Komar i wielbłąd

Zwykliśmy bez wahania przyznawać, że doświadczenie prawne naszego kręgu kulturowego to domena i wielki wkład Rzymu. A przecież na długo przed jego założeniem Jerozolima zajmowała się roztrząsaniem postanowień prawa Mojżeszowego. Powstaje wrażenie, że jej życie intelektualne koncentrowało się wokół wykładni przepisów. Działo się tak aż po wykładnię prawa, dokonaną przez Jezusa Chrystusa; co więcej – aż po spór o Niego chrześcijan i judaizmu

3. *Ibidem*, 41.

4. Właśnie ukazał się polski przekład: *Zbiór prawa Mojżeszowego i rzymskiego [Prawo Boskie, które Pan przekazał Mojżeszowi]. Tekst łacińsko-polski*, przeł. A. Dębiński, Lublin 2011.

rabinicznego, a więc dwóch grup, które wyrosły z judaizmu biblijnego. W czasach Cyserona przysłowie *summum ius summa iniuria* dało zgrabny wyraz powszechnemu przekonaniu, że prawo przeradza się w swe przeciwieństwo, gdy rygoryzm w wykonywaniu uprawnień przestaje się liczyć z kontekstem społecznym. Sformułowanie *summum ius summa iniuria* brzmi jak prawna reguła, choć nie zawiera żadnych treści normatywnych. Niesie natomiast cenne doświadczenie społeczeństwa obeznanego z prawem. Przytoczone przysłowie okazuje się uniwersalne i ponadczasowe, niosąc doświadczenie prawa i jego interpretacji, jak ewangeliczny wykrzyknik: ὁδηγοὶ τυφλοί, οἱ διῴλίζοντες τὸν κώνωπα, τὴν δὲ κάμηλον καταπίνοντες – „przewodnicy ślepi, precedzający komara, a połykający wielbłąda” (Mt 23,24). Posłużył głębokiej krytyce wypaczeń wykładni, a celność krytyki świadczy o wyjątkowym znanstwie mechanizmów prawa. Niestety nie traci ona nic ze swej aktualności i ostrości. Wyraża sprzeciw wobec zonglerki przepisami dla obchodzenia prawa, nadużywania go, naginania czy instrumentalizacji – zjawisk tyle powszechnych w starożytnym Izraelu, co we współczesnej Polsce. I tam, i tu okazują się one równie niebezpieczne w konsekwencjach dla pragmatycznego, jeśli nie etycznego, organizowania rzeczywistości społecznej.

Wykrzyknik nie był gołosłowny. Zanim padł, wyliczono szereg przykładów piętnowanej interpretacji, która stała się własną karykaturą. W wersecie bezpośrednio poprzedzającym wykrzyknik pojawił się wszelako wykład pozytywny: ἀποδεκατοῦτε τὸ ἡδύοσμον καὶ τὸ ἄνηθον καὶ τὸ κύμινον καὶ ἀφήκατε τὰ βαρύτερα τοῦ νόμου, τὴν κρίσιν καὶ τὸ ἔλεος καὶ τὴν πίστιν· ταῦτα [δὲ] ἔδει ποιῆσαι κἀκεῖνα μὴ ἀφιέναι – „dajecie dziesięcinę z mięty, kopru i kminku, lecz ważniejsze jest w Prawie: sprawiedliwość, miłosierdzie i wiara; to zaś należało czynić, a tamtego nie opuszczać” (Mt 23,23). Zdanie „przewodnicy ślepi, precedzający komara, a połykający wielbłąda” pochodzi z czwartego, złowieszczego „biada” mów Jezusa Chrystusa zawartych w 23 rozdziale Ewangelii według św. Mateusza. W redakcji św. Marka i św. Łukasza rozdziałowi temu odpowiada ją bardzo krótkie ostrzeżenia przed uczonymi w Piśmie i faryzeuszami (Mk 12,38-40; Łk 20,45-47). Dotyczą gorszącego zachowania oraz wykorzystywania słabych, bezbronnych i łatwowiernych, ale nie wspominają o przewrotności w interpretacji prawa. Apostoł Mateusz najwyraźniej zebrał u siebie kilka wystąpień Jezusa Chrystusa – niektóre znane są z innych fragmentów Ewangelii według św. Łukasza (Łk 11,39-52; Łk 13,34-35), aby ułożyć je w siedem ostrzeżeń οὐαὶ – „biada” (Mt 23,13-21). Liczba ta absolutnie nie jest przypadkowa. Równie zamierzone redakcyjnie wydaje się umieszczenie u św. Mateusza całej wielkiej mowy przeciwko uczonym w Piśmie i faryzeuszom pod koniec publicznej działalności Jezusa Chrystusa, a więc symetrycznie wobec Kazania na Górze, przedstawionego przez Ewangelistę na samym początku tej działalności (Mt 5-7).

Także na kazanie złożyło się kilka niezależnych wystąpień Mistrza z Nazaretu, ale tą drogą udało się w jednym miejscu wyłożyć całość nauki o wypełnieniu prawa. Kazanie rozpoczyna osiem błogosławieństw, których wypowiedzenie Łukasz Ewangelista sytuuje akurat nie na górze, lecz na równinie: καὶ καταβὰς μετ' αὐτῶν ἔστη ἐπὶ τόπου πεδινοῦ – „i schodząc z nimi stanął w miejscu równinnym” (Łk 6,17). Ten przekaz zdaje się wierniejszy historycznie – mało kto dbał o realia historyczne tak, jak św. Łukasz, lecz zabieg redakcyjny św. Mateusza został podporządkowany teologii, której tekst jest wyrazem. Zresztą własne teologiczne ujęcie każdego z Ewangelistów sygnalizuje słowo „według” w tytule każdej z ksiąg. Tekst mówi bowiem znacznie więcej niż tylko słowami, między innymi przez swą redakcję. U Apostoła Mateusza nie pozostawia ona wątpliwości, iż Jezus jest jak nowy Mojżesz, a więc jest prawodawcą Nowego Przymierza. Jak Mojżesz na Górze Synaj otrzymuje Dziesięć Słów, tak rozwinięciem ich stają się błogosławieństwa. Zaraz też po nich pojawia się w tym samym, piątym rozdziale wykładnia Dekalogu, wprowadzana mnemotechnicznie przez frazę: ἠκούσατε ὅτι ἐρρέθη, ἐγὼ δὲ λέγω ὑμῖν – „słyszeliście, że powiedziano..., a Ja wam powiadam” (Mt 5,21-22; 27-28; 31-32; 33-34; 38-39; 43-44). Tu właśnie znajduje wytłumaczenie wskazanie, jakie w mowach przeciw nadużyciom pojawiło się tuż przed wykrzyknikiem o komarze i wielbłądzie, a mianowicie: τὰ βαρύτερα τοῦ νόμου, τὴν κρίσιν καὶ τὸ ἔλεος καὶ τὴν πίστιν – „to, co ważniejsze jest w Prawie: sprawiedliwość, miłosierdzie i wiara”. Odwołując się do nich, Jezus Chrystus najprawdopodobniej nawiązywał do proroka Micheasza (Mch 6,8)⁵. Nowym zaś jest Ten, który interpretuje: ἀπ' ἀρχῆς δὲ οὐ γέγονεν οὕτως – „lecz od początku tak nie było” (Mt 19,8). We wszystkim zaś widać nieprzerwanie głębie prawniczego doświadczenia, bo przecież zwłaszcza w Starym Przymierzu uczony w Piśmie to w istocie uczony w Prawie.

Wobec przewrotności interpretacyjnej kieruje się „biada”, powtarzane po siedmiokroć w rozdziale 23, podobnie jak tłumaczące je określenie osób: ὑποκριταί – hipokryci. Mnożą przepisy utrudniając ludziom życie, a sami z ich przestrzegania umieją się zwalniać. Dowcipne „przecedzający komara, a połykający wielbłąda” wcale nie rozładowuje atmosfery grozy. Raczej podkreśla ostrość formułowania bezkompromisowych ostrzeżeń. Jest natomiast świetne retorycznie, jak *summum ius summa iniuria*. Gry słów w języku aramejskim nie odda ani greka, ani łacina, ani polski. Można ją sobie wyobrazić wiedząc, że wielbłąd to *gamla*, a komar to *qamla*. Zresztą kwestia komara wcale nie musiała być abstrakcyjna: przecedzano napój, aby przypadkiem nie znalazł się w nim mały

5. Septuaginta tłumaczy ten werset: εἰ ἀνηγγέλη σοι, ἄνθρωπε, τί καλόν; ἢ τί κύριος ἐκζητεῖ παρὰ σοῦ ἀλλ' ἢ τοῦ ποιεῖν κρίμα καὶ ἀγαπᾶν ἔλεον καὶ ἔτοιμον εἶναι τοῦ πορεύεσθαι μετὰ κυρίου θεοῦ σου, Wulgata zaś: *indicabo tibi, o homo, quid sit bonum et quid Dominus quaerat a te utique facere iudicium et diligere misericordiam et sollicitum ambulare cum Deo tuo*.

owad, który był wszak uważany za „nieczysty” (Kpł 11,20-23)⁶. Wielbłąd – też zwierzę „nieczyste” (Kpł 11,4) – pojawił już chyba tylko dla efektu hiperboli, symetrycznej wobec przesady interpretatorów.

Dziesięcinę należało składać ze zwierząt i tylko niektórych płodów rolnych: ziarna i owoców z pola (Kpł 27,30-33; Pwt 14,22nn). Ὑποκριταί byli tak skrupulatni, że odliczali ją i z ziół leczniczych, rosnących w przydomowym ogrodzie: mięty, kopru i kminku. A powinni bardziej zadbać o trzy inne: τὴν κρίσιν καὶ τὸ ἔλεος καὶ τὴν πίστιν – o sąd, czyli ocenę i umiejętne rozróżnienie, dokonywane w miłości do ludzi, z wiarą i wiernością wobec Bożych obietnic. Właśnie sprawiedliwość, miłosierdzie i wiara jako najistotniejsze w prawie, bo najważniejsze w życiu, kierują ku podstawowemu pytaniu o podmiotowość w prawie. Jerozolima formułuje je bardzo prosto: καὶ τίς ἐστίν μου πλησίον; – „kto jest moim bliźnim?” Pojawia się ono w Ewangelii według św. Łukasza (Łk 10,29). W redakcji św. Mateusza odpowiada to, co bezpośrednio poprzedza rozdział 23, skierowany przeciw skrybom i faryzeuszom.

3. Bliźni czy brat?

Odpowiedź kim jest bliźni wydaje się mieć centralne znaczenie nie tylko dla prawa. Dotyka podstaw ludzkiej cywilizacji. Prawda, że słowo bliźni: πλησίον, *proximus*, ma potocznie konotację religijną i ktoś mógłby utrzymywać, że w tej wersji jest niezrozumiałe. Przełożmy je tedy na język dziedzictwa Wieku Światła i rewolucji, z którego wyrasta dewiza Republiki Francuskiej: *Liberté, Egalité, Fraternité*. Stwierdza to artykuł 2 konstytucji, w którym wcześniej zaznaczono, że *La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale*. Laickiej republiki nikt o religijny podtekst *fraternité* nie podejrzewa, a właśnie braterstwo wyznacza stosunek do bliźniego. Któż więc jest bratem w społeczeństwie obywatelskim? Wszak każda rewolucja to dla prawa czas „połykania wielbłąda”.

Być może *liberté* to iluzja współczesności – wielkie osiągnięcie w sferze teorii, wymagające stałej afirmacji w codziennym życiu tak prywatnym, jak publicznym, o czym jeszcze niżej. Piękny sen o *égalité* przypomina o co warto się starać w dobie globalizacji, a zwłaszcza wobec porządków prawnych oraz społeczeństw coraz potężniejszych ekonomicznie i politycznie, dla których równość ludzi i prawa człowieka wcale nie narzucają się siłą samej prawdy. Braterstwo nie tylko służy utrzymaniu roztropnej równowagi między *liberté* a *égalité*. Pozostają z sobą w nieustannym zwarciu, bo im więcej wolności, tym mniej równości; a im więcej równości, tym mniej wolności. Dziś widać wyraźnie, że dołączona do nich *fraternité* tworzy fundament nie tylko dla pogodzenia, lecz i dla rozumienia

6. A. LESKE, *Ewangelia według św. Mateusza*, przeł. B. Widła, w: *Międzynarodowy komentarz do Pisma Świętego*, Warszawa 2000, 1193.

jednej i drugiej. Pytanie na czym braterstwo polega, to w istocie pytanie: wobec kogo braterstwo? Kto jest bliźnim? Każdy człowiek? A kto jest człowiekiem: niewolnik, cudzoziemiec, poganin, Samarytanin, imigrant, embrion? Kogo za człowieka uważamy w pragmatyce życia społecznego?

Prawo rzymskie traktujemy przede wszystkim jako dorobek myśli i autorytet prawniczego doświadczenia. Pytanie o braterstwo, o to, kto jest bliźnim można stawiać i w jego kontekście, zwłaszcza że poruszamy się w kręgu europejskiej tradycji prawnej. Prawo rzymskie należy do systemów prawnych determinowanych przez status. Był on czynnikiem decydującym właściwie aż do rewolucji „burżuazyjnych” i do kodyfikacji. Dopiero one wyrugowały sztywne podziały społeczne feudalizmu przez koncepcję jednolitego podmiotu prawa⁷. Skoro więc stojąca gilotyną rewolucja i jej spadkobiercy mieli problem z *fraternité*, wprowadzoną dopiero z czasem do triady, warto pytać i w prawie rzymskim o rozwój, o pogłębienie rozumienia tego, „kto jest moim bliźnim” – nawet zanim chrześcijaństwo przeniknie je swoim widzeniem pełni człowieczeństwa.

4. Znow o nasciturusie

W kontekście postawionych pytań szczególnego znaczenia nabiera dziś stwierdzenie *nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur* – „dziecko poczęte uważa się za już narodzone, ilekroć chodzi o jego korzyść”. Nawiązuje do myśli klasycznych rzymskich jurystów⁸. W Rzymie zdolność prawna człowieka wolnego zaczynała się dopiero z momentem urodzenia, ale już *nasciturus* mógł uzyskać korzyści czy prawa, jeśli urodził się żywy. Warunek żywego urodzenia podyktowały względy praktyczne. Widzi się w nim także fikcję wcześniejszego urodzenia, a pozostaje faktem, iż Rzymianie nie rozstrzygali o statusie dziecka poczętego. Podobnie generalne myślenie było im chyba obce, natomiast regulowali sytuację prawną człowieka przed urodzeniem w zakresie, który uznali za przydatny. Z możliwości ustanowienia dziedzicem nasciturusa skorzystał testator znany ze słynnej *causa Curiana* w 93 roku przed Chr. Widać to również w powszechnym uwzględnianiu przy dziedziczeniu pogrobowca (*postumus*), a więc dziecka urodzonego po śmierci ojca. Wiadomo też, że w celu ochrony praw majątkowych człowieka w okresie życia płodowego ustanawiano kuratora – *curator ventris*⁹. Sprawowana przez niego *cura* należała do typu kurateli trwałej, o znacznym zakresie, która służyła ochronie całokształtu interesów poddanego pieczy prawnej, niezależnie od potrzeby załatwienia konkretnej sprawy. Kurator

7. W. DĄCZAK, T. GIARO, F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, Warszawa 2009, 177.

8. D. 1,5,26 (Julian 69 *dig.*); D. 1,5,7 (Paulus *sing. de port.*); D. 50,16,231 (Paulus *sing. sc. Tert.*)

9. D. 37,9,1,17 (Ulpian 41 *ed.*). Por. ostatnio P. NICZYPORUK, *Prywatnoprawna ochrona dziecka poczętego w prawie rzymskim*, Białystok 2009, 155–203.

dziecka poczętego dbał o prawa majątkowe – głównie na obszarze uprawnień do spadku. Wbrew pozorom, jakie stwarza warunek żywego urodzenia, nie chodziło o przyszłe prawa, lecz o prawa już się pojawiające, z których dziecko w pełni skorzysta dopiero po urodzeniu. Gdy bowiem tytułem zabezpieczenia *nasciturus* otrzymywał *missio in possessionem*, czyli był wprowadzany przez pretora w posiadanie dóbr spadkowych, wykonywał to władztwo faktyczne właśnie za pośrednictwem ustanowionego dla siebie kuratora.

Rzymską zasadę *nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur* przejęło prawo pandektowe, choć współczesne kodyfikacje nie w pełni za nim podążyły¹⁰. Natomiast nawet niezależnie od recepcji, rzymska myśl dała o sobie znać w prawie bardzo wielu krajów¹¹. Widać to w *common law*, prawie skandynawskim, czy w porządkach prawnych określanych jako *mixed jurisdictions*, a więc np. w Izraelu¹². W prawie kontynentalnym istnieją dwa zasadnicze rozwiązania. W niektórych porządkach prawnych zasada obejmuje całe prawo cywilne – tak w Austrii, Hiszpanii, Szwajcarii, Włoszech, Grecji czy Holandii¹³, a w części poświęconej spadkom jest niekiedy dla porządku powtarzana¹⁴. Czasem wszelako, jak w prawie francuskim, niemieckim, polskim czy rosyjskim, pojawia się dopiero w postanowieniach prawa spadkowego¹⁵. We francuskim kodeksie cywilnym mówi o niej przepis prawa spadkowego¹⁶, ale odnosi się ją również do darowizn *inter vivos*¹⁷, ponieważ to także są korzyści, czyli *commoda*. W tych porządkach prawnych zasada przewiduje przynajmniej, że nie dochodzi do utraty darowizn, udziału w spadku lub legatu tylko dlatego, że mający je otrzymać jest jeszcze w łonie matki. To węższe uregulowanie charakteryzuje tendencję do przyjmowania indywidualnych rozwiązań na korzyść *nasciturusa* w drodze analogii.

Obok doświadczenia prawa rzymskiego studium prawnoporównawcze potwierdza, że fakt, iż dziecko może stać się sukcesorem swych rodziców nawet, jeśli urodziło się dopiero po ich śmierci, wydaje się pozostawać w zgodzie z głęboko zakorzenionym poczuciem sprawiedliwości¹⁸. Zarówno w Rzymie, jak i

10. H. COING, *Europäisches Privatrecht*, t. 2, München 1989, 287.

11. A. HELDRICH, A. STEINER, *s.v. Legal Personality*, w: *International Encyclopedia of Comparative Law*, t. 4, rozdz. 2, Tübingen-Dordrecht-Boston-Lancaster 2004, 4.

12. Art. 3 c Succession Law, 5725–1965. Por. K. H. NEUMAYER, *Intestate Succession*, w: *International Encyclopedia* (wyżej przyp. 11) t. 5, rozdz. 3, 23.

13. §22 ABGB; §22 ABGBLicht; art. 29, 30 CCE; art. 31 ust. 2 ZGB; art. 1 ust. 2 CCI; art. 36 CCG; art. 1:2 NNBW. Por. też J. BLANCH NOUGUÉS, *Der Ungeborene (nasciturus) im römischen, spanischen und iberoamerikanischen Recht*, OIR (Brno) 6 (2000) 109–113.

14. Np. art. 544 ZGB; art. 462 ust. 1 CCI.

15. §1923 ust. 2 BGB; art. 927 §2, 994 §2 KC; art. 1116 GKRF.

16. Art. 725 CC; art. 725 CCB; art. 725 CCLux.

17. Art. 906 CC; por. art. 906 CCB; art. 906 CCLux.

18. HELDRICH, STEINER, *Legal Personality* (wyżej przyp. 11) 5.

we współczesnych regulacjach, oczywistym warunkiem pozostaje z praktycznych względów urodzenie żywe. Zasada *nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur* potrafi dziś budzić spore emocje, powstające jednak nie w związku z dziedziczeniem, co widać w dyskusjach nad jej zakresem. W Polsce świadczy o tym choćby §2: „Zdolność prawną ma również dziecko poczęte; jednakże prawa i zobowiązania majątkowe uzyskuje ono pod warunkiem, że urodzi się żywe”, wprowadzony do art. 8 KC w 1993 r. i zniesiony trzy lata później. Niezależnie jednak od wszelkich wątpliwości i dyskusji, również współcześnie *nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur* jest zasadą obowiązującą przynajmniej w prawie spadkowym.

Opierając się na rzymskim doświadczeniu i badaniach prawnoporównawczych należy przynajmniej teoretycznie odróżniać płaszczyzny, na których mogą być dyskutowane i przyjmowane dane rozwiązania prawne. Pierwszą jest ta, na której *nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur* jest powszechnie akceptowaną zasadą prawa spadkowego. Państwo, którego nie można uznać za przodownika w ochronie życia poczętego, jakim jest Chińska Republika Ludowa, nie ma problemu z przyjęciem, że nienarodzone dziecko może być powołane do dziedziczenia¹⁹. Nie jest to tylko kwestia chińskiego zapatrzenia w prawo europejskie, gdyż w żywej tradycji Państwa Środką – niezależnie od aktualnej polityki prawa i przyjmowanych unormowań, życie człowieka oblicza się od momentu poczęcia. Drugą płaszczyznę tworzy przyznanie w ogóle podmiotowości prawnej dziecku poczętemu lub uznawanie jej przynajmniej w innych gałęziach prawa niż spadkowe, najczęściej w prawie deliktów. Dopiero trzecią decyzją prawodawcy o zakazie albo dopuszczalności aborcji, czy wyjęcia z penalizacji niektórych jej przypadków, jak dokonanie aborcji w razie zagrożenia życia matki.

Znacznie dalej idzie wyciąganie z doświadczenia prawnego wniosków o tym, kim jest człowiek i że *nasciturus* też jest człowiekiem. W związku z tym możliwy jest jeszcze jeden, czwarty krok: objęcie poczętego dziecka ochroną, jak każdego innego człowieka – czy to jako ewangelicznego bliźniego, czy na zasadzie *fraternité* z porewolucyjnego hasła. Rozłączanie wskazanych płaszczyzn 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.

Na marginesie warto nadmienić, że przy okazji rozważań o zdolności prawnej dziecka poczętego stawia się dzisiaj kwestię osoby przed poczęciem, tzw. *nondum conceptus*. Jej podmiotowość prawna wydaje się trudna do pomyślenia głównie dlatego, że podmiot, o którym mowa, nie istnieje – ten byt ludzki jeszcze nawet

19. Art. 28 Law of Succession of The People's Republic of China of 1985. Por. art. 1863, 1899 ust. 2, 1940 ust. 2 DCCPRCh.

nie został stworzony. Dla Rzymian było oczywiste, że mowa o *persona non existens*, a korzyści i prawa może nabywać tylko *persona existens* – człowiek choćby tylko poczęty, a jeszcze nie urodzony. Jednak prawo chilijskie idzie tak daleko, że uznaje prawa spadkowe dziecka, urodzonego w okresie do 10 lat od śmierci wstępnego, jeżeli mógł on mieć uzasadnioną nadzieję na pojawienie się takiego dziecka²⁰. Ciekawe, że podobna myśl kiełkowała w najszybciej rozwijającym się, gdy chodzi o regulacje dotyczące dziedziczenia, rzymskim prawie fideikomisów rodzinnych. W pewnym momencie wolno już było wskazać jako fideikomisariuszy także zstępnych pierwszego stopnia tych fideikomisariuszy, którzy żyli w momencie śmierci spadkodawcy²¹. Gdy zaś Justynian rozciągnął to na zstępnych aż do czwartego stopnia pokrewieństwa, nie mogło być najmniejszych wątpliwości, że wszystko to nie przypadek i w prawie rzymskim rzeczywiście pojawiła się świadomość, że podmiotem prawa może być również *nondum conceptus*²².

5. Standardy subiektywny i obiektywny

W Ewangelii według św. Łukasza mężczyzna, który pyta „a kto jest moim bliźnim”, został określony terminem νομικός. Słowo to w kontekście nieżydowskim należałoby tłumaczyć po prostu „prawnik”. Tu jednak chodziło o znawcę Tory spisanej i ustnej tradycji, a więc o uczonego w prawie Mojżeszowym²³. Termin νομικός kontrastuje z określeniami, użytymi nauczonych w Piśmie z 23 rozdziału Ewangelii według św. Mateusza. Negatywna ocena dotyka nie prawników, lecz οἱ γραμματεῖς καὶ οἱ Φαρισαῖοι – skryb i faryzeuszów. Okupują miejsce nauczania, czyli katedrę Mojżesza-Prawodawcy, ale nie wykładają dobrze prawa. Swoją przewrotnością w istocie je bezczeszczą. Stąd ich określeniu jako skryb i faryzeuszów towarzyszy wartościujące ὑποκριταί – hipokryci. W paralelnych do rozdziału 23 fragmentach u św. Marka i św. Łukasza również się pojawia określenie γραμματεῖς (Mk 12,28; 32; Łk 20,1; 19), oznaczające oczywiście uczonych w Piśmie i tłumaczy prawa, mające techniczny i niekoniecznie pochlebny odcień. Łukaszowy νομικός zaś jako prawnik zadaje pytanie o wykładnię nakazu traktowania bliźniego, jak siebie samego. Nakaz ma charakter naturalny: co prawda należy do podstaw Starego Przymierza, ale jest poznawalny również samym światłem ludzkiego rozumu, który zastanawia się nad możliwie trwałym i praktycznym układaniem stosunków międzyludzkich. I właściwie nie jest to

20. Art. 962 ust. 3 w związku z art. 953 ust. 2 CCCh. Por. P. RODRIGUEZ GREZ, *Instituciones de derecho sucesorio de los cinco tipos de sucesión en el código civil chileno*, Santiago de Chile 1993, 37; M. SOMARRIVA UNDURRAGA, *Derecho sucesorio*, wyd. 6, t. 1, Santiago de Chile 2003, 102-103.

21. D. 31,32,6 (Modestyn 9 reg.). Por. F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *O elastyczność prawa spadkowego. Fideikomis uniwersalny w klasycznym prawie rzymskim*, Warszawa 2006, 176-177.

22. N. 159,2.

23. D. STERN, *Komentarz żydowski do Nowego Testamentu*, przeł. A. Czwojdrak, wyd. 2, Warszawa 2005, 210.

nakaz chrześcijański, gdyż dla Nowego Przymierza najistotniejsza jest interpretacja przykazania miłości bliźniego, dokonana przez Jezusa Chrystusa podczas Ostatniej Wieczerzy: ἐντολὴν καινὴν δίδωμι ὑμῖν, ἵνα ἀγαπᾶτε ἀλλήλους, καθὼς ἠγάπησα ὑμᾶς ἵνα καὶ ὑμεῖς ἀγαπᾶτε ἀλλήλους – „przykazanie nowe daję wam, abyście się miłowali wzajemnie; jak umiłowalem was, tak i wy miłujcie się wzajemnie” (J 13,34). Wykładni dokonał więc krzyż, który stał się znakiem traktowania drugiego człowieka lepiej, to znaczy do zaparcia się siebie, do ofiary z siebie. Chrześcijaństwo zyskało dzięki krzyżowi obiektywny standard traktowania bliźniego. Nakaz „miłuj bliźniego jak siebie samego” jest zaś subiektywny, za to zupełnie jasny dla każdego człowieka (o ile za normalną sytuację przyjąć miłość własną, akceptację siebie i niechęć do autoagresji). Jeśli standard ten jest zrozumiały, wykładni pozostawało określić wobec kogo należy go stosować. Dla znawcy Tory to kwestia poważna, gdyż za bliźnich uważano Izraelitów i tych, co przyjęli prawo Mojżeszowe, natomiast wyłączano pogan czy Samarytan. Uczeni w Piśmie zwalniali z okazywania im jakichkolwiek względów.

Odpowiedzią Jezusa Chrystusa na pytanie o bliźniego jest przypowieść o miłosiernym Samarytaninie, przekazana tylko u św. Łukasza. Kończy ją dialogiem Nazarejczyka z νομικός w następujących słowach: τίς τούτων τῶν τριῶν πλησίον δοκεῖ σοι γεγονέναι τοῦ ἐμπεσόντος εἰς τοὺς ληστὰς; ὁ δὲ εἶπεν· ὁ ποιήσας τὸ ἔλεος μετ’ αὐτοῦ. εἶπεν δὲ αὐτῷ ὁ Ἰησοῦς· πορεύου καὶ σὺ ποιεῖ ὁμοίως – „Który z tych trzech okazał się, według twego zdania, bliźnim tego, który wpadł w ręce zbójców? On odpowiedział: Ten, który mu okazał miłosierdzie. Jezus mu rzekł: Idź, i ty czyn podobnie!” (Łk 10,36-37). Tak tedy miłosierdzie wobec drugiego oznacza traktowanie go jako bliźniego. Jeśli więc istnieje obowiązek potraktowania kogoś na równi ze sobą, ma on prawo zostać zauważony i otoczony troską; powiedzielibyśmy dziś: potraktowany podmiotowo.

Jerozolimę i Rzym łączy uniwersalizm prawniczego doświadczenia, który legł u podstaw europejskiej tradycji prawnej. Gdy chodzi o tak fundamentalną kwestię, jak pytanie o podmiot prawa, doświadczenie obu sprowadza się do pytania καὶ τίς ἐστὶν μου πλησίον; – „kto jest moim bliźnim?” Jednomyslność w odpowiedziach bynajmniej nie łączy: te bywają różne, choć przynajmniej samo sformułowanie zasadniczego i wspólnego pytania powoduje, że uniwersalizm ma szansę wykraczać poza jedną tradycję prawną. Wskazuje też na zasadniczy problem, jakim dla każdej społeczności jest trudny bliźni. Tak było w starożytności: w Rzymie co do niewolników czy cudzoziemców, w Izraelu co do pogan i Samarytan. Tak jest i dzisiaj, jeśli wziąć pod uwagę choćby tylko stosunek do imigrantów czy embrionu. Teoretycznie nam powinno być łatwiej, skoro każdy był lub może zostać imigrantem, a z pewnością był embrionem. Uniwersalizm doświadczenia prawniczego wyraża się w rozwoju rozumienia, w odkrywaniu

rzeczywistości również w wymiarze tego, co można stworzyć, przedsięwziąć, uregulować w sposób społecznie akceptowalny i efektywny. Nic w tym rozwoju nie musi być z relatywizmu, jak pokazała w Izraelu pedagogia Starego Testamentu i kształtowania się ludu Przymierza, a przede wszystkim rozwój w rozumieniu, kim jest Bóg, czyli coraz głębiej idące objawianie się Boga. Tę programową ewolucyjność widać w listach św. Pawła, w szczególności w Liście do Filemona i całym chrześcijańskim spojrzeniem na niewolnictwo. Widać ją i w zmianach postrzegania kary śmierci w ostatnich dziesięcioleciach XX wieku. W poznawaniu człowieka jako uczestnika ludzkiej społeczności wciąż inspirująco łączy się Rzym z Jerozolimą, doświadczenie judeochrześcijańskie z dorobkiem jurysprudencji rzymskiej.

6. Niewolnicy w Rzymie

W Rzymie pytanie o bliźniego czy braterstwo pozostawało równie aktualne, skoro z samego bycia człowiekiem absolutnie nic nie wynikało. I nie o powszechność niewolnictwa rzecz idzie – charakteryzowało całą starożytność, choć juryści rzymscy najpóźniej połowy II wieku po Chr. umieli je ubierać w porządkujące stwierdzenia, jak mądrze brzmiące, gajusowe: *et quidem summa divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi* – „i najogólniejszy podział w prawie dotyczącym osób jest taki, że wszyscy ludzie albo są wolni, albo są niewolnikami²⁴. Nawet jednak pośród wolnych człowiek jako taki nie miał żadnych roszczeń prawnych. Nic mu się nie należało. Spokojni i bezpieczni mogli się w zasadzie czuć dojrzały mężczyźni, obywatele będący *pater familias*: wystarczająco silni, zamożni i wpływowi, aby bronić i dochodzić swego. Innym jednak sytuacja o tyle nie doskwierała, że *patres familias* zapewniali bezpieczeństwo i gwarantowali ład członkom szeroko rozumianej rodziny (obejmującej bowiem i niewolników) oraz obywatelom pozostającym w zależności klientalnej. Wspominane często w literaturze przedmiotu *status libertatis*, *status civitatis* czy *status familiae* oznaczają tylko przynależność do pewnych zbiorowości: ludzi wolnych, obywateli, członków danej rodziny²⁵. Natomiast próżno w Rzymie szukać jednolitego pojęcia podmiotu prawa.

Dzięki wartościom etycznym prawa rzymskiego następował rozwój rozumienia, polegający na pełniejszym odkrywaniu niby to już znanej rzeczywistości. Dla stosunku wobec człowieka szczególną rolę odgrywała *humanitas*, dochodząca do głosu pod wpływem greckiego stoicyzmu. Pośród wolnych Rzymian „stała się jednym z czynników powodujących stałe poszerzanie się uprawnień podmioto-

24. G. 1,9; D. 1,5,3 (Gaius 1 *inst.*).

25. DAJCZAK, GIARO, LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Prawo rzymskie* (wyżej przyp. 7) 179-180.

wych i majątkowych różnych osób obok *pater familias*²⁶. Wspomagała zmianę mentalności – postrzeganie drastycznych nierówności, jakie powodowało w ówczesnym porządku prawnym zjawisko niewolnictwa. „*Humanitas* niosła ze sobą dowartościowanie osobowości człowieka. Wywyższała go ponad wszystkie inne stworzenia, od których różnił się rozumem. Naturze jego, harmonizującej z naturą Kosmosu, przydała godności i dostojęstwa (*humanitas, dignitas*). Ów antropocentryzm stoicki, którego nosicielem była *humanitas*, znalazł w prawie echo. Spotykamy tam takie generalne konstatacje, jak ta, że według prawa naturalnego: *omnes homines aequales sunt*”²⁷. Cytat pochodzi z Ulpiana, ale kompilatorzy justyniańscy wpisali zawierający go urywek z dzieła jurysty do ostatniego tytułu „*Digestów*”, zawierającego reguły prawa antycznego. W całości brzmi następująco: *quod attinet ad ius civile, servi pro nullis habentur: non tamen et iure naturali, quia, quo ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt*²⁸. Spodobało się chrześcijańskim prawnikom, że Ulpian zauważył tę odmienność w statusie niewolników: „co prawda prawo cywilne nie postrzega ich podmiotowo, inaczej rzecz się ma z prawem naturalnym, ponieważ w prawie naturalnym wszyscy ludzie są równi”.

Badania nad regulacjami cesarza Antonina Piusa, zakazującymi srożenia się nad niewolnikami pokazały, że pierwszorzędne znaczenie miała jednak nie *humanitas*, lecz *utilitas*, a więc efektywność i czysty pragmatyzm. Rażące przekraczanie umiaru w wykonywaniu swych uprawnień właścicielskich godziło w porządek społeczny i okazywało się nieracjonalne ekonomicznie. Spośród czynników, jakie wpłynęły na powstanie tych regulacji z połowy II wieku po Chr., *humanitas* z pewnością nie była bez znaczenia. Nikt możliwości jej wpływu nie neguje ani wyklucza, ale szczegółowa analiza konstytucji cesarskich po prostu nie pozwala traktować jej jako pierwszorzędного czynnika²⁹. Stąd powtórzyć brak akceptacji dla poglądu, jakoby ograniczona ochrona niewolników w I oraz II wieku po Chr. przypominała dzisiejszą legislację w sferze ochrony zwierząt³⁰. Nie tak wielką bowiem rolę odgrywało dla Rzymian miłosierne współczucie, co prywatny i publiczny interes w hamowaniu ewidentnych nadużyć właścicieli³¹. *Humanitas* nie ulega tą drogą deprecjacji. Była pojęciem etycznym i estetycznym, a jako postulat czy zasadę uważano ją za przymiot człowieka. Trudno nie oczekiwać, że

26. KUPISZEWSKI, *Prawo rzymskie* (wyżej przyp. 1) 188.

27. *Ibidem*, 187.

28. D. 50,17,32 (Ulpian 43 *Sab.*).

29. F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Nadużycie prawa w świetle rzymskiego prawa prywatnego*, wyd. 2, Wrocław 2007, 62-63. Dyskusja w: K. AMIELAŃCZYK, *Rzymskie prawo karne w reskryptach cesarza Hadriana*, Lublin 2006, 163 przyp. 111.

30. Por. np. E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma 1961, 57; B. NICHOLAS, *Introduction to Roman Law*, Oxford 1975, 69; K. KOLAŃCZYK, *Prawo rzymskie*, wyd. 4, Warszawa 1986, 186-187; P. BIRKS, *An Unacceptable Face of Human Property*, w: *New Perspectives in the Roman Law of Property. Essays for B. Nicholas*, Oxford 1989, 61.

31. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Nadużycie prawa* (wyżej przyp. 29) 63.

i ona powinna znajdować wyraz w porządku społecznym, regulowanym przez prawo. Nie była go jednak – przynajmniej co do niewolnictwa – w stanie przełamać. Zresztą przełamania go w tym zakresie nie domagało się i chrześcijaństwo.

Podział konstатовany przez Gaiusa i kompilatorów justyniańskich, którzy tego jurystę chętnie cytowali, nie miał tylko teoretycznego, technicznego wymiaru. Odzwierciedlał go sposób życia i codzienne wybory, traktowanie i postrzeganie drugiego człowieka. Przenikał osobiste przekonania, przekładające się na praktykę codziennego życia, a więc przebiegał w tym, co Biblia nazywa sercem. Prawnik z II wieku po Chr. Florentyn przypominając, że *libertas est naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibetur* – „wolność jest naturalną możliwością czynienia co się komu podoba, o ile nie zabrania tego prawo ani nie działa przymus”³², wskazał uniwersalny miernik. Pozostaje aktualny także dla opisu rzeczywistości społecznej współcześnie: pozwala i dziś odróżnić wolnego człowieka od faktycznego niewolnika. Prawo daje bowiem, jak w Rzymie, wolnemu dzielić swój czas między zajęcia (*negotia*) i wypoczynek (*otia*). Niewolnikom zaś nie przyznaje się uprawnień do czasu wolnego. Oczywiście mądrzy właściciele pozwalają na chwilę wytchnienia, jak wierzchowcowi w stajni czy na wybiegu, aby nie padł ze zmęczenia. O wolności decydują gwarancje prawne, a nie wola drugiego człowieka.

Starożytność niechrześcijańska zgodziłaby się z twierdzeniem: może drugi i jest człowiekiem, ale na pewno nie takim, jak ja. Juryści zaś podejmując refleksję nad prawem, jego naturą i podziałami, zaczęli na przełomie II i III wieku po Chr. świadomie wskazywać, że niewola jest ludzkim tworem. Florentyn pisał dalej w swym podręczniku: *servitus est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subicitur* – „niewolnictwo to instytucja prawa narodów, przez którą ktoś wbrew naturze zostaje poddany władzy drugiego”³³. Potwierdza to na przykład prawnik Ulpian w III wieku: *nam quamdiu quis in servitute est, manui et potestati suppositus est, manumissus liberatur potestate. quae res a iure gentium originem sumpsit, utpote cum iure naturali omnes liberi nascerentur nec esset nota manumissio, cum servitus esset incognita: sed posteaquam iure gentium servitus invasit, secutum est beneficium manumissionis* – „bowiem dopóki ktoś jest w niewoli, podporządkowany jest władztwu; wyzwolony zaś zostaje spod niego uwolniony. Wywodzi się to z prawa narodów, jako że według prawa naturalnego wszyscy rodzili się wolni i nie znano wyzwolenia, gdyż nie znana była niewola; lecz od czasu, gdy prawem narodów została wprowadzona niewola, przyjęte zostało dobrodziejstwo wyzwolenia”³⁴. Konieczność więc wyzwolenia, bo i

32. D. 1,5,4 pr. (Florentyn 9 *inst.*).

33. D. 1,5,4,1 (Florentyn 9 *inst.*).

34. D. 1,1,4 (Ulpian 1 *inst.*).

samą niewolę, stworzyło *ius gentium*, czyli jak powiedzielibyśmy dzisiaj – prawo międzynarodowe. Obiecująco pobrzmiewa u Florentyna sformułowanie *contra naturam*, znajdujące potwierdzenie u Ulpiana w przytoczonych wyżej słowach *iure naturali omnes liberi nascerentur*. Jurysta ten powtórzył następnie uwagę o podziale, znanym z pism Gaiusa, opatrując charakterystyczną uwagą wstępną: *et cum uno naturali nomine homines appellaremur, iure gentium tria genera esse coeperunt: liberi et his contrarium servi et tertium genus liberti, id est hi qui desierant esse servi* – „jako że w naturze zostaliśmy nazwani jednym wspólnym mianem – ludzie, prawem narodów wprowadzono podział na trzy rodzaje: na wolnych, ich przeciwieństwo – niewolników oraz na wyzwolenców. Ten trzeci rodzaj stanowią ci, którzy przestali być niewolnikami”³⁵. Uwaga Ulpiana wskazuje, że myśl o naturalnej równości już nie jest obca późnoklasycznemu jurystom. Zdają się dostrzegać zagadnienie w perspektywie historycznych zmian. Natomiast pojedynczych wyrażen: *contra naturam* czy *iure naturali omnes liberi nascerentur* nie wolno wrywać z kontekstu, ani przypisywać ich pojawieniu się w myśli jursprudenckiej zbyt daleko idących konsekwencji. Wiele bowiem zależy od tego, co rozumie się pod pojęciem *ius naturale* czy *naturalis ratio*³⁶. Różnie zgoła widzieli to poszczególni prawnicy rzymscy, ale też pójściem na skróty byłoby powiedzieć, że dopiero tradycja judeochrześcijańska pozwoliła głębiej zrozumieć to, co kryje się dziś pod pojęciem prawa naturalnego. Nawet przy Dekalogu, który jest wyrazem prawa poznawalnego światłem rozumu, spełnianie przykazań wymaga wcześniejszej odpowiedzi na pytanie, kto jest bliźnim. A dziś, gdy rozumienie *ius naturale* i *naturalis ratio* pozostaje przedmiotem ożywionych dyskusji, wiele zależy od osobistych wyborów naukowych i filozoficznych.

Skoro w przekonaniu późnoklasycznych jurystów niewola jest ludzkim tworem, starożytnym było blisko do przyznania, że w mocy człowieka jest i jej zniesienie. Prawo przewidywało wyzwolenia, których dokonywano jedynie na skutek pojedynczej decyzji w indywidualnej sprawie. Do myśli, że i zniesienie niewoli w ogóle zależy od człowieka, wiodła jeszcze długa droga. Poprowadził nią pragmatyzm, który wobec kryzysu gospodarczego i niewydolności gospodarki niewolniczej, kazał osadzać na roli jako kolonów słabych ekonomicznie: niewolników, ale i wolnych obywateli.

Przyzwyczajiliśmy się myśleć o niewolniku w Rzymie dość schematycznie: jako o *instrumentum vocale* i przedmiocie własności na równi ze zwierzętami czy przyrodą nieożywioną. Wizja ta była bliska zakochanej w powstaniach niewolniczych historiografii marksistowskiej, która starała się w starożytności odnaleźć wyraźnie antagonistyczne klasy. Popadłby w szereg błędów, kto myślałby, że niewolnik to

35. D. 1,1,4 (Ulpian 1 *inst.*).

36. G. 1,1; D. 1,1,9 (Gaius 1 *inst.*).

w Rzymie jedynie przedmiot praw. Już choćby wskazany przez Gaiusa podział w dziedzinie prawa dotyczącego osób, ale też inne fragmenty, pochodzące od tego i innych jurystów wskazują, że również niewolnika określano jako „osobę”³⁷. Zresztą był chyba zawsze postrzegany podmiotowo przez rzymskie prawo sakralne. Prawo cesarskie przyznało niewolnikom przynajmniej częściową zdolność prawną³⁸, a więc pewien zakres podmiotowości. Chrześcijaństwo nie domagało się tu radykalnych zmian, choć samo dokonało ich w sferze religijnej i społecznej, co widać w pierwszym liście Apostoła Piotra i w pismach pawłowych³⁹. Szanowało obowiązujący porządek i „w przeciwieństwie do innych wielkich religii nigdy nie narzucało państwu i społeczeństwu prawa objawionego, uregulowania prawnego, wywodzonego z objawienia. Odwoływało się natomiast do natury i rozumu jako prawdziwych źródeł prawa – odwoływało się do zgody między rozumem obiektywnym a subiektywnym”⁴⁰. Ze względu na znaną zależność wiary i uczynków, żywo dyskutowaną zwłaszcza w dobie Reformacji, dla chrześcijaństwa herezją byłoby odrzucenie wezwania, aby wszystkie sfery życia pozostawały w spójności. W każdej musi być widać i przyjęcie Ewangelii, i życie nią na co dzień.

7. Kto więc jest bliźnim?

Dziś podstawowa, a więc prawdziwie niebezpieczna herezja ma charakter antropologiczny. I nie jest żadnym paradoksem, że w dobie sporu z dominującym życiem politycznym marksizmem zasadniczy spór także dotyczył wizji człowieka. Badając tedy, kto w danym porządku normatywnym jest podmiotem prawa, nie wolno poprzestać na słowach. *Hominum causa omne ius constitutum sit* – „wszelkie prawo ustanawia się ze względu na człowieka”⁴¹ brzmi pięknie i patetycznie, ale w prawniczym podręczniku Hermogeniana uzasadniało jedynie systematykę dzieła. Jurysta z III wieku, który być może należał do inicjatorów prześladowania chrześcijan za czasów Dioklecjana, stwierdzał po prostu, że najpierw postanawia pisać o prawie dotyczącym osób, a potem o pozostałych kwestiach. Dzięki odnotowaniu tej uwagi przez kompilatorów justyniańskich w VI wieku, dawała następnie wyraz przekonaniom, że prawo należy tworzyć na ludzką miarę i że to człowiek jest w nim najważniejszy. Tak została rozwinięta w

37. G. 1,121; 2,187; 3,189; FV. 75,2.

38. T. GIARO, *Rzymski zakaz nadużycia praw podmiotowych w świetle nowej jursprudencki pojęciowej*, 6 Zeszyty Prawnicze UKSW 1 (2006) 292: „(...) koniec końców należy bezwzględnie poprzeć pogląd nowszej romanistyki podsumowujący wspomniane reformy jako przyznanie niewolnikom wedle prawa cesarskiego częściowej zdolności prawnej”.

39. 1 P 2,18; 1 Kor 7,21; Ef 6,5-9; Kol 3,22; 1 Tym 6,1-2; Tyt 2,9-10, Fil 15-18.

40. BENEDYKT XVI, *Serce rozumne* (wyżej przyp. 2) 40.

41. D. 1,5,2 (Hermogenian 1 *iur. epit.*).

europejskiej tradycji prawnej i włączona w nurty humanizmu. W ustach męża stanu, ale i filozofa personalisty, skierowana do prawodawców, jest wezwaniem oraz zachętą. Służy przywołaniu autorytetu rzymskiej spuścizny dla podkreślenia konieczności dostrzegania ludzkiego wymiaru regulacji prawnych⁴².

Na pytanie o podmiot prawa nie wystarczy tedy odpowiedzieć: „człowiek”. Trzeba nieustannie badać, kogo społeczeństwo, a więc jego porządek prawny, uważa za człowieka. Gdy analizujemy prawne regulacje, szukamy odpowiedzi na pytanie i o rzeczywiste przekonania społeczeństwa, i o ich praktyczny wymiar. Prawo nie jest bowiem neutralne aksjologicznie, choćby to najbardziej stanowczo deklarowano. Przyjęcie w nim i ochrona danych wartości wynika z cywilizacyjnego dziedzictwa, z tradycji prawnych czy – jak to współcześnie określamy – z uznawanej koncepcji praw podstawowych. Czasem deklaruje się ograniczenie roli wartości do aksjologicznego minimum. Jednak, jak zauważył postulujący je Marek Safjan, „uznanie minimum aksjologicznego i praw podstawowych za wspólny i uniwersalny zarazem element porządku prawnego w państwach demokracji konstytucyjnej nie rozstrzyga *per se* wielu zasadniczych konfliktów etycznych i prawnych, stanowiących wyzwania dla współczesnych systemów prawnych”⁴³. W istocie ich pojawianie się dowodzi, że minimum to raczej słowny wytrych. Prawdziwe spory, do białości rozpalające umysły i serca, dotyczą tego, co należy do aksjologii społeczeństwa, czyli – jeśli chce się tak powiedzieć – właśnie co dokładnie zawiera się w aksjologicznym minimum. Zupełnie podstawowe i zdać by się mogło proste pytanie o to, kto jest bliźnim, było kiedyś i wciąż pozostaje w centrum tych sporów. Odpowiedź na nie określa zaś miarę człowieczeństwa zarówno odpowiadającego, jak i porządku prawnego.

42. JAN PAWEŁ II, Przemówienie wygłoszone w Zgromadzeniu Narodowym (11 czerwca 1999), 2, L'Osservatore Romano (wyd. pol.) 8 (1999) 52; TENŻE, Przemówienie wygłoszone w Parlamencie Włoskim (14 listopada 2002), AAS 95 (2003) 249.

43. M. SAFJAN, *Prawo, wartości i demokracja*, Chrześcijaństwo – świat – polityka 1(5) (2008) 14.

Od *ius gentium* do *International Court of Justice*

Kilka uwag o prawie rzymskim i międzynarodowym prawie publicznym

Pytanie o znaczenie prawa rzymskiego dla współczesnego kształtu prawa międzynarodowego publicznego zadawano ostatnio dość rzadko¹. Starsze, klasyczne podręczniki akademickie, jak np. doskonałe „Prawo narodów” Ludwika Ehrlicha, przyjmowały rzymskie prawo jako jedno ze źródeł prawa międzynarodowego, poświęcając sporo miejsca odnośnym poglądom jurysprudencji. Przytaczano też liczne przykłady stosowania argumentacji romanistycznej w sporach procedowanych przez rozmaite trybunały międzynarodowe, podobnie jak opinie starszych generacji teoretyków, zgodnie przyjmujących fundamentalne znaczenie tego porządku prawnego dla procesu formowania się współczesnego *ius gentium*. Sztandarowym opracowaniem tematu jest pochodząca z 1927 roku dysertacja doktorska sir Herscha Lauterpachta² (1897-1960) *Private Law Sources and Analogies of International Law*, gdzie w sposób jak dotąd najpełniejszy rozważano rzymskie korzenie prawa narodów. Autorzy nowoczesnych opracowań unikają jednak takich odniesień, pisząc raczej o „ogólnych, naturalnych zasadach prawa”, bądź „powszechnie akceptowanych regułach”; odwzorowując poniekąd zmiany, jakie dokonały się w nauce prawa w ostatnim wieku, chociaż praktyka uciekania się do wygodnych synonimów jest znacznie starsza. Kiedy w dobie wojny stuletniej król angielski Edward III domagał się od papieża uznania go również za króla Francji, powoływał się na „prawo naturalne”, chociaż – jak kąśliwie zauważył sir Henry Sumner Maine – dziedziczenie po kądzieli było *pure Roman Law of recent origins*³.

1. J. CASTELLINO, S. ALLEN, J. GILBERT, *Title to territory in international law: a temporal analysis*, Ashgate 2003; R. LESAFFER, *Argument from Roman Law in Current International Law: Occupation and Acquisitive Prescription*, w: *The European Journal of International Law*, 16 (2005) 25-58; ponadto zbiorowe wydawnictwo pod redakcją tego autora: *Peace Treaties and International Law in European History. From the Late Middle Ages to World War One*, red. R. LESAFFER, Cambridge University Press 2005; B. KINGSBURY, B. STRAUMANN, *Introduction: The Roman Foundations of the Law of Nations* 2011, New York University Public Law and Legal Theory Working Papers, paper 257 (2011).

2. Por. ostatnio M. KOSKENNIEMI, *Lauterpacht: The Victorian Tradition in International Law*, EJIL 2 (1997) 215-263.

3. H.S. MAINE, *International Law*, London 1894, 20.

Jeśli jednak przyjmiemy iż nowożytny *ius inter gentes* bierze swój początek od działalności i piśmiennictwa Gentilisa, nie zaś od Narodów Zjednoczonych, trzeba zwrócić uwagę na wpływ, jaki prawo rzymskie wywarło zarówno na umysł uniwersyteckich teoretyków, jak i stosujących je w praktyce przedstawicieli państw oraz członków międzynarodowych gremiów sądowniczych. Pozostaje on wyraźny również w dzisiejszej praktyce sądowej, co wykazał ostatnio Randall Lesaffer w odniesieniu do orzecznictwa Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości (MTS) w Hadze⁴. Ten najbardziej istotny element systemu międzynarodowej jurysdykcji ONZ jest tu swoistym punktem odniesienia. Można przyjąć, iż wyznacznikiem hierarchii źródeł prawa międzynarodowego publicznego stał się obecnie art. 38 Statutu Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości, odwołujący się między innymi do „zasad ogólnych prawa, uznawanych przez narody cywilizowane, opinii najznamienitszych znawców prawa publicznego różnych narodów”, a w szczególności pozwalający na orzekanie *ex aequo et bono* za zgodą stron⁵. Chociaż statut ten, podobnie jak legitymujący go rozdział siódmy Karty Narodów Zjednoczonych nie zawiera bezpośredniego odniesienia do prawa rzymskiego, trudno jednocześnie o bardziej wyraźne nawiązanie do prawa starożytnego Rzymu z jego trzema fundamentami: powszechnym *ius civile*, słuźnościowym *ius honorarium* oraz jurysprudencją, opiniującą pytania prawne z sankcją decyzji cesarskiej. Stanowi również niezwykle doniosły wyłom w tradycji europejskiego pozytywizmu prawniczego, znosząc ostatecznie funkcjonującą jeszcze od czasów Emmericha de Vattela zasadę *non liquet*.

Założenie, iż publiczne prawo międzynarodowe można odróżnić od rzymskiego prawa prywatnego przy pomocy skali, podstawiając w miejsce gajusowych *personae* suwerenne państwa⁶ wydawało się kuszące – w szczególności przed XX wiekiem. Intrygującym uzupełnieniem będzie prowokacyjne zagadnienie czy w takim przypadku nowe podmioty – w większej, międzynarodowej skali makro – będą podlegały takim samym normom i regułom, jak *personae* rzymskiego prawa prywatnego? Stanowisko takie, wywodzone jeszcze od Grocjusza⁷ i Gentilisa, stało się szybko niepisana zasadą, szczególnie w zakresie prawa traktatowego. W średniowieczu *ius gentium* stanowiło w zasadzie część *ius commune*: Gentili i Grocjusz jako pierwsi podjęli udaną próbę oddzielenia obu wspólnych do tej pory mas prawnych. Przekonanie o szczególnym znaczeniu prawa rzymskiego nie było jedynie prostym następstwem ulegania wzorcom

4. LESAFFER, *Argument from Roman Law* (wyżej przyp. 1).

5. DzU 1947 nr 23 poz. 90.

6. Por. T. E. HOLLAND, *Studies in International Law and Diplomacy*, Oxford 1898, 152: „The Law of Nations is but private law ‘*writ large*’. It is an application to political communities of those legal ideas which were originally applied to relations between individuals”.

7. Ostatnio por. B. STRAUMANN, *Hugo Grotius und die Antike. Römisches Recht und römische Ethik im frühneuzeitlichen Naturrecht*, Baden-Baden 2007, por. też recenzję powyższej pracy: R. LESAFFER, *On Roman Ethics, Rhetoric and Law in Grotius: Hugo Grotius und die Antike. Römisches Recht und römische Ethik im frühneuzeitlichen Naturrecht*, Benjamin Straumann, JHIL 10 (2008) 343-347.

wyniesionym ze zromanizowanych studiów prawniczych. Nie sposób byłoby wówczas wytłumaczyć ogromnej wręcz skłonności do prawa rzymskiego autorów angielskich, szczególnie na przełomie XIX i XX wieku, co jedynie pozornie pozwala mówić o paradoksie wyspiarskiego odseparowania od antycznych rzymskich wzorców. Taka sytuacja mogłaby zresztą dotyczyć wyłącznie *common law*, lecz z pewnością nie *equity law*, *ecclesiastical law* oraz prawa handlowego. Matthias Reimann nazwał to obrazowo „falą zachwytu romanistyką”⁸, a większość ówczesnych opracowań dotyczyła właśnie prawa międzynarodowego. Luminarze tacy, jak H. S. Maine, Robert Phillimore czy John Westlake uważali *ius romanum* za naturalną podstawę oraz *lingua franca* międzynarodowej jursprudencji. Uniwersalny charakter oraz brak bezpośredniego obowiązywania we współczesnym świecie pozwalał na bezkonfliktowe zastosowanie wszędzie tam gdzie próba użycia aktualnego, pozytywnego systemu narodowego musiała doprowadzić do konfliktów. Problem pojawiał się również wewnątrz rodziny anglosaskiej: dochodziło do sytuacji, w której negocjatorzy USA sugerowali brytyjskim adwersarzom odejście od zasadniczo wspólnych procedur dowodowych *common law* jako „nieodpowiednich”, tak jak miało to miejsce w sporze o przebieg wspólnej granicy na Alasce w roku 1903⁹. Ta szczególna atencja prawników anglosaskich do prawa rzymskiego została wytłumaczona przez H. Lauterpachta faktem wyczulenia na *natural law foundations of international law*¹⁰, zaś przez R. Lesaffera mniejszym niż na kontynencie oddziaływaniem na prawo narodowe, co z kolei pozwalało na łatwiejszą jego akceptację w relacjach międzynarodowych¹¹.

W tym kontekście nie dziwi zbyttnio fakt, iż kadry *HM Foreign Service* dobierano szczególnie starannie spośród prawników gruntownie władających językiem prawnym kontynentu, a zatem wykształconych na tradycyjnych fakultetach prawniczych *doctors of civil law*, członków elitarnego samorządu adwokackiego *Doctors' Commons*, nazywanych „zaufanymi przyjaciółmi Jej Królewskiej Mości”¹². *Common lawyers* oraz kanoniści byli bezsilni w starciu z negocjatorami odmiennej szkoły. Podczas organizacji misji dyplomatycznej do Danii w 1600 r. jej szef, późniejszy arcybiskup Canterbury Richard Bancroft, zażądał dołączenia do składu prawnika biegłego w prawie rzymskim. Na propozycję akcesu doktora teologii odparł, iż wersy ze św. Pawła sam zna na pamięć, tu wołałby jednak

8. M. REIMANN, *Who is afraid of the Civil Law? Kontinentaleuropäisches Recht und Common Law im Spiegel der englischen Literatur seit 1500*, ZNR 21 (1999) 357-381.

9. „Under these circumstances the United States deems that it would have been inappropriate on its part to have followed a method of treatment based solely upon conjecture as to the attitude which would be assumed by His Majesty's Government”, w: *Proceedings of the Alaskan Boundary Tribunal*, U.S. Senate Documents, 1904, No 162 (Introductory Statement).

10. H. LAUTERPACHT, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, London 1927, 201.

11. LESAFFER, *Argument from Roman Law* (wyżej przyp. 1) 33.

12. W. SENIOR, *Doctors' Commons and the Old Court of Admiralty*, London 1922, 91.

dobrego Bartoliste¹³. Często także *civil lawyers* doradzali Tajnej Radzie (*Privy Council*) w zakresie zawierania traktatów, stosunków międzynarodowych, azyłów politycznych i innych¹⁴. Nie należy zapominać, iż międzynarodowym językiem negocjacyjnym była łacina, a kontynentalna terminologia *ius commune* była całkowicie obca rodzimym *common lawyers*.

Postacią o szczególnym znaczeniu dla rozwoju nowożytnego prawa międzynarodowego był bezpośredni poprzednik Grocjusza, włoski prawnik Alberico Gentili¹⁵, pracujący w Anglii, uważany za teoretyka absolutyzmu Tudorów i porównywany w tym względzie do Bodina. Mianowany przez Elżbietę Tudor na zaszczytne stanowisko *Regius Professor* prawa rzymskiego w Oxfordzie, stał się autorytetem i doradcą w zakresie prawnych aspektów międzynarodowych relacji, którego opinii słuchano zarówno na dworze, jak i w Tajnej Radzie, ale także w ambasadzie Hiszpanii, Sądzie Admiralicji oraz sądach uniwersyteckich¹⁶. W swoich dziełach prezentował przekonanie o uniwersalnej przydatności prawa rzymskiego w praktyce międzynarodowej: (...) *ius etiam, illis perscriptum libris Iustiniani, non civitatis est tantum, sed et gentium, et naturae et aptatum sic est ad naturam universum, ut imperio extincto, et ipsum ius diu sepultum surrexerit tamen, et in omnes se effuderit gentes humanas*¹⁷. W roku 1584 zapytano Gentilego o możliwość osądzenia don Bernardino de Mendozy, ambasadora hiszpańskiego przy dworze królowej Elżbiety, obciążonego zarzutem o udział w antykrólewskim spisku. Zdecydowanie negatywna odpowiedź oparta była na autorytecie prawa rzymskiego: przedstawiciel obcego państwa nie podlega angielskiej jurysdykcji karnej. Tajna Rada precedensową opinię uznała – ambasadora deportowano¹⁸.

Innym znakomitym angielskim teoretykiem był rzadko wspominany poza Anglią oxfordzki *Regius Professor* prawa rzymskiego, sir Richard Zouche. Dwukrotnie wybrany posłem do Izby Gmin, adwokat, później sędzia Sądu Admiralicji, bardzo aktywny naukowiec wielu dyscyplin. W traktacie o prawie międzynarodowym *Jus inter Gentes* podzielił cały materiał wg rzymskiej systematyki opartej na „Instytucjach” Justyniana. W swoich *Elementa Jurisprudentiae* zestawiał prawo wg przynależności do *status*, *dominium*, *debitum*, *delictum* oraz *judicium*: schematu nieczytelnego dla *common lawyers*, choć oczywistego dla prawników kontynentu.

13. „I can say some part of St.Paul's Epistles by heart, but that will not serve to encounter in this case so much as with Bartolus”, por. B. LEVACK, *The Civil Lawyers in England 1603-1641: A Political Study*, Oxford 1973, 26-27.

14. *Ibidem*.

15. B. STRAUMANN, *The Corpus iuris as a Source of Law Between Sovereigns in Alberico Gentili's Thought*, w: *The Roman Foundations of the Law of Nations: Alberico Gentili and the Justice of Empire*, red. B. KINGSBURY, B. STRAUMANN, Oxford University Press 2010, 101-123.

16. Jako przykład tych ostatnich por. A. WIJFFELS, *A consilium by Alberico Gentili (Oxford) in a dispute between St. John's College (Cambridge) and Trinity College (Cambridge)*, w: *Roman Law as Formative of Modern Legal Systems. Studies in Honour of Wiesław Lilewski*, red. J. SONDEL, J. RESZCZYŃSKI, P. ŚCIŚLICKI, Kraków 2003, 269-279.

17. A. GENTILI, *De Jure Belli libri III*, Hanoviae 1612, 10.

18. Por. P. STEIN, *Roman Law in European History*, Cambridge 1999, 97.

Dzieła R. Zouche'a wywarły duży wpływ na pokolenia prawników zajmujących się prawem międzynarodowym, często od czasów R. Zouche'a zwanego właśnie *ius inter gentes* w miejsce antycznego *ius gentium*.

Z kolei sir Roberta Wisemana uznaje się za autora pierwszej w dziejach – dziś niemal całkowicie zapomnianej – rozprawy na temat prawa rzymskiego jako podstawy prawa międzynarodowego. W wydany w roku 1656 *The Law of Laws: or, the Excellency of the Civil Law above all other Human Law whatsoever. Shewing of how great use and necessity the Civil Law is to the Nation* szeroko opisywał kwestie właściwe dla współczesnych konwencji dyplomatycznych i konsularnych, takie jak status przedstawicielstw dyplomatycznych i ich personelu czy opieki nad cudzoziemcami. Warto wspomnieć, iż R. Wiseman podjął również całkowicie pionierskie zagadnienia swobody handlu oraz przekraczania granic państwowych jako zasady cywilizowanych narodów; rozważania te prowadził również przez pryzmat prawa rzymskiego.

E. de Vattel, osiemnastowieczny szwajcarski prawnik, filozof i dyplomata, autor znakomitej rozprawy *Droit des gens*, z jednej strony wielokrotnie posługiwał się argumentacją z zakresu prawa rzymskiego, z drugiej zaś uważany jest za twórcę dyskusyjnej doktryny *non liquet* w prawie międzynarodowym, charakterystycznej dla późniejszego pozytywizmu prawniczego¹⁹. Oparta na wspomnianej przez Cyserona republikańskiej zasadzie, *non liquet* pozwalała na uznanie niekompletności prawa międzynarodowego, jego swoistej bezbronności w sytuacji zaistnienia luki w dostępnych źródłach prawa, a zatem pozwalała sędziom na odmowę rozstrzygnięcia sprawy ze względu na brak odnośnej regulacji prawnej. Zasada ta, wzmocniona doktrynalnie przez pozytywizm prawniczy, została ostatecznie przełamana przez art. 38 Statutu MTS, umożliwiając wypełnienie potencjalnych luk za pomocą *general principles of law as recognised by civilised nations* wraz z orzeczeniami *ex aequo et bono*. Jak pisał H. Lauterpacht, sam bardzo regule *non liquet* niechętny, owe ogólne zasady to nic innego, jak wspólne dziedzictwo narodowych systemów prawnych²⁰. Tym samym art. 38 pozwalał na odwołania do prawa prywatnego (rzymskiego), czyniąc je subsydiarnym źródłem prawa międzynarodowego.

Wspomniany już wiek XIX przyniósł ową „falę zachwyty romanistyką”, której czołowym reprezentantem był w Anglii H. S. Maine, jeden z najwybitniejszych wyspiarskich prawników, ale też socjolog i antropolog kultury, doceniany choćby przez Bronisława Malinowskiego. H. S. Maine, komparatysta o znacznym wpływie na ówczesną jurysprudencję, uważał prawo rzymskie za naturalny składnik *ius inter gentes*: *A great part, then, of International Law is Roman Law, spread over*

19. LESAFFER, *Argument from Roman Law* (wyżej przyp. 1) 28.

20. LAUTERPACHT, *Private Law Sources* (wyżej przyp. 10) viii.

*Europe by a process exceedingly like that which, a few centuries earlier, had caused other portions of Roman Law to filter into the interstices of every European legal system*²¹. R. Phillimore, autor znanych *Commentaries upon International Law* uznawał prawo rzymskie za historyczną podstawę prawa międzynarodowego: *The Roman Law may in truth be said to be the most valuable of all aids to a correct and full knowledge of international jurisprudence, of which it is indeed, historically speaking, the actual basis*²². R. Phillimore pozytywnie wyrażał się o stosowaniu prawa rzymskiego w praktyce międzynarodowej: *Roman Law (...) is applicable to the controversies of independent States (...)*²³. Zgłosił również propozycję stosowania tego prawa w licznych sporach w brytyjskich koloniach²⁴. Należałoby wspomnieć również o innych autorach, którzy przekonywali o szczególnej roli prawa rzymskiego dla *public international law*, takich jak Robert Ward (1765-1846), Henry Wheaton (1785-1848), John Hosack (1809-1887) oraz Thomas Walker (1862-1935)²⁵.

Niezależnie od dokonań jurysprudencji, rozstrzygnięcia międzynarodowych instytucji sądowniczych, rozjemczych czy arbitrażowych oparte na autorytecie prawa rzymskiego były bardzo liczne, również w wewnętrznych relacjach państw takich, jak Zjednoczone Królestwo i Stany Zjednoczone. Do najbardziej głośnych należały sprawy haskiego arbitrażu Wenezueli z 1903 roku, arbitrażu rybołówstwa na Północnym Atlantyku z 1910 roku, czy arbitrażu w sprawie Wysp Przybyłowa na Morzu Beringa w roku 1893²⁶.

Arbitraż wenezuelski²⁷ zmierzył się z problemem niewypłacalności podmiotu prawa międzynarodowego, czego konsekwencją była blokada portów morskich i punktów poboru cel przez wierzycieli, spośród których trzech zażądało preferencyjnego traktowania w kwestii kolejności zaspokajania roszczeń. W trakcie arbitrażu podnoszono i powoływano się na takie instytucje, jak *pignus* i *hypotheca* (które miały powstać na zajętych portach), *ius retentionis* (na prowincjach Puerto Cabello i La Guiara), *negotiorum gestio* (w kwestii prowadzenia blokady morskiej na korzyść państw-wierzycieli bez marynarki

21. MAINE, *International Law* (wyżej przyp. 3) 20.

22. R. PHILLIMORE, *Commentaries upon International Law*, London 1879, 32.

23. *Ibidem*, 33.

24. R. Phillimore, jeden z najwybitniejszych prawników Anglii doby Gladstona, żywił szczególne upodobanie do prawa rzymskiego. Jak pisał „(...) to all nations, whatsoever and wheresoever, this Law presents the unbiased judgement of the calmest reason, tempered by equity, and rendered perfect, humanly speaking, by the most careful and patient industry that has ever been practically applied to the affairs of civilized man”.

25. R. LESAFFER, *Roman Law and the Early Historiography of International Law: Ward, Wheaton, Hosack and Walker*, w: *Universality and Continuity in International Law*, red. T. MARAUHN, H. STEIGER, Den Haag 2011, 149-184.

26. Wszystkie te sprawy szczegółowo omawia również LAUTERPACHT, *Private Law Sources* (wyżej przyp. 10).

27. *The Venezuelan arbitration before the Hague Tribunal, 1903: Proceedings of the tribunal under the protocols between Venezuela and Great Britain, Germany, Italy, United States, Belgium, France, Mexico, The Netherlands, Spain, Sweden and Norway*, red. Permanent Court of Arbitration, 2009.

wojennej). Proponowano rozwiązać sprawę upadłości w drodze *venditio bonorum*, bądź w przejawie brutalnej *Realpolitik* w myśl zasady *prior est tempore, potior iure*. Akta traktatu ukazują liczne nawiązania do rzymskich prawników²⁸. Strony zgodnie deklarowały: „Zasadą, którą powinniśmy się kierować, jest system prawny wyrażony przez *ius* i *lex* oraz opinie rzymskich jurystów”²⁹. Sprawa ukazała wielką zależność narzędzi regulacji stosunków międzynarodowych od podstawowych zasad prawa prywatnego.

Arbitraż północnoatlantycki koncentrował się wokół problematyki ustanowienia i funkcjonowania służebności w praktyce międzynarodowej. Spór na linii Zjednoczone Królestwo i Stany Zjednoczone dotyczył praw do lukratywnych połowów na obcych wodach, co umożliwiać miała ustanowiona rzekomo służebność na terytorium w formule rzymskiego prawa prywatnego. Prawnicy Stanów Zjednoczonych dowodzili, że służebność prawa międzynarodowego ogranicza suwerenność państwa służebnego stanowiąc podstawę do korzystania z obcego terytorium w układzie *praedium dominans* i *praedium serviens*. Gdy trybunał zaakceptował pogląd o potrzebie zastosowania analogii z rzymskim prawem rzeczowym, Brytyjczycy z trudem wybroniли się przy pomocy absurdalnego zarzutu nieustanowienia służebności w nakazanej przez prawo rzymskie formie. Sprawa ta jest przykładem zastosowania tego prawa w sporze międzynarodowym *per analogiam*, później zresztą krytykowanym i rewidowanym. W rzeczywistości problemy sprawiało traktowanie suwerennego państwa jako prywatnego właściciela, uznano także, iż *praedium dominans* to nie terytorium, a suwerenność państwa „służebnego”, a zatem odróżniono *dominium* od *imperium*³⁰.

28. Lektura akt negocjacyjnych pomaga w zrozumieniu wielkiej przemiany która stała się udziałem prawników XX wieku. Jako jeden z wielu przykładów można przytoczyć fragment argumentacji delegacji brytyjskiej: „A further analogy from private law in favor of the argument of the blockading powers may be found in the principle that a creditor who has spent money in preserving an asset of the common debtor is entitled to a prior charge on that asset. Such certainly was the principle which is the foundation of the opinion pronounced by Ulpian. According to that opinion even a creditor later in date was preferred to an earlier creditor if the advance made by the later creditor was made for the purpose of securing the safety of the subject of the earlier charge. Dig. XX, Tit. IV. 6. *Ulpianus, libro III. Disputationum. Interdum posterior potior est priori, ut puta si in rem istam conservandam impensum est, quod sequens credidit, veluti si navis fuit obligata, et ad armandam eam rem vel reficiendam ego credidero. 6. Idem, Libro LXXIII, ad Edictum. Huius enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam: quod poterit quis admittere, et si in cibaria nautarum fuerit creditum, sine quibus navis salva pervenire non poterat. § 1. Item si quis in merces sibi obligatas crediderit, vel ut salvae fiant, vel ut naulum exsolvatur, potentior erit, licet posterior sit; nam et ipsum naulum potentius est § 2. Tantundem dicitur, et si merces horreorum, vel arcae, vel vecturae iumentorum debetur; nam et hic potentior erit. A similar principle is recognized in the jurisprudence of all civilized nations”, w: The Venezuelan arbitration (wyżej przyp. 27), U.S. Senate Documents nr 119, Washington 1905, 766. Dla odmiany fragment wystąpienia delegata włoskiego: „The Italian counsel begs to remind the tribunal of the Roman laws: *Jus Reipublicae pacto mutari non potest* (Ulpianus, L. 5, Dig. De administratione, etc.) *Nullum pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum, qui contrahunt, lege contrahere prohibente. (Lex 5, Cod. De Legibus.) Nihil actum esse credimus, dum aliquid addendum superest (C. Lex 11.)*”, w: The Venezuelan arbitration (wyżej przyp. 27) 1036.*

29. *The Venezuelan arbitration* (wyżej przyp. 27) 860: „The principles by which this matter should be governed in international law should be laid down in the legal system exhibited by the *jus, lex*, and the opinions of the Roman juriconsults. Rome has given a body of laws to all nations called the law of nature. Leibniz named it the *ratio scripta*. As independent communities acknowledge no common superior, the disputes arising among these independent communities must be determined by the law of nature. By the general consent of nations the rules of Roman law were adopted, especially in the matter of contracts”. (Przeł. aut.).

30. *The North Atlantic Coast Fisheries (Great Britain, United States)*, w: Reports on International Arbitral Awards, 7 September 1910, t. 11, wyd. United Nations 2006, zwl. 180 nn.

Arbitraż Morza Beringa³¹ dotyczył sporu o prawo do połowu fok przez okręty Zjednoczonego Królestwa na bezludnym archipelagu Wysp Przybyłowa, stanowiących terytorium Stanów Zjednoczonych. W dyskusji podnoszono argumenty oparte na takich rzymskich kategoriach jak *res nullius*, *animalia ferae naturae*, *occupatio* oraz *animus revertendi*. Kwestia dotyczyła odławiania fok, wypływających poza granicę terytorium morskiego oraz pytania o ich status przy uwzględnieniu, iż zachowują one nawyk powrotu na należące do Stanów Zjednoczonych wyspy. Miałyby zatem zostać objęte statusem analogicznym do udomowionych zwierząt domowych prawa rzymskiego, których oddalenie z domostwa nie powodowało utraty prawa przez ich właścicieli tak długo jak do nich następnie powracały.

Również współcześnie zasady pochodzące z rzymskiego prawa prywatnego, szczególnie rzeczowego, stanowiły podstawę opinii, argumentacji bądź rozstrzygnięć w praktyce prawa międzynarodowego. W roku 1974 Zgromadzenie Ogólne ONZ zapytało MTS o opinię w sprawie statusu prawnego Zachodniej Sahary (*Río de Oro*, *Sakiet El Hamra*): czy w czasach kolonizacji hiszpańskiej stanowiła *res nullius*³². Odpowiedź MTS potwierdziła autorytet rzymskiego pierwotnego trybu nabycia własności również w skali prawa międzynarodowego³³. Podobnie w sprawie sporu Burkina Faso z Mali w 1986 roku oraz Gwatemali z Hondurasem w 1992 roku MTS rozważając kwestię statusu oraz przynależności państwowej terytorium wykorzystał rzymską zasadę *uti possidetis, ita possideatis*³⁴. W roku 2006 Komisja Prawa Międzynarodowego (ILC) przyjęła zasady pozwalające na zastosowanie fikcji istnienia ochrony dyplomatycznej; w doktrynie wskazywano na podobieństwo tej konstrukcji do znanej z prawa rzymskiego pretorskiej fikcji obywatelstwa stosowanej wobec peregrynów³⁵. Analizowano też w perspektywie art. 55 IV Konwencji Haskiej z 1907 roku kwestię eksploatacji iraackich pól naftowych przez Stany Zjednoczone wraz z sojusznikami w trakcie okupacji po ostatnich wojnach w Zatoce Perskiej. Art. 55 nakazywał mianowicie okupantom występowanie w charakterze jedynie usufruktuarisza zajętych nieruchomości, z uprawnieniami właściwymi dla *usufructus* prawa rzymskiego. W szczególności problem dotyczył ewentualnych praw do nowych odwiertów na istniejących polach naftowych. Podobna kwestia był również rozważana w następstwie izraelskiej okupacji Synaju oraz Zatoki Sueskiej na skutek wojny 1956 roku.

Podsumowując, dyskusja o ewentualnym miejscu prawa rzymskiego we współczesnej doktrynie prawa międzynarodowego publicznego wydaje się w

31. *Bering Sea Arbitration Award of the Tribunal of Arbitration*, London 1893.

32. Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ nr 3292.

33. LESAFFER, *Argument from Roman Law* (wyżej przyp. 1) 39.

34. *Ibidem*, 40.

35. A. VERMEER-KÜNZLI, *As If: The Legal Fiction in Diplomatic Protection*, EJIL 18 (2007) 37-68.

ostatnim czasie nabierać siły. Jest zatem nadzieja, iż ten niezasłużenie pomijany fundament *ius inter gentes* odzyska pierwotny blask. Powracając na zakończenie do Herscha Lauterpachta, warto przypomnieć jego założenia dotyczące prawa rzymskiego w praktyce międzynarodowej. Po pierwsze widział w nim siłę wielowiekowej tradycji prawnej, wspólnej dla europejskiej cywilizacji. Po drugie nawiązania i analogie do prawa rzymskiego uzasadniać miał wspomniany art. 38 Statutu MTS, łączony z faktem wspólnych rzymskich korzeni większości owych *civilised nations*. Po trzecie wreszcie jego zastosowanie pozwalało uniknąć niejasnego i zależnego od kategorii teologicznych i etycznych „prawa naturalnego”. Wydaje się, iż niezbędnym będzie wyjaśnienie w tym kontekście kwestii znaczenia historycznego zjawiska, określanego mianem „prawa rzymskiego”, a także jego relacji do *ius commune* i w tej właśnie perspektywie rozważenie roli i wpływu tych kategorii kultury prawnej na prawo międzynarodowe publiczne.

Elementy międzynarodowe zarządu terytorialnego w starożytnym Rzymie

Prezentowane poniżej rozważania są wynikiem dalekiego skojarzenia terminu *ius gentium*¹, stosowanego pierwotnie w prawie starożytnego Rzymu, z określeniem nowożytnym *jus gentium*², rozumianym jako „prawo narodów”³. Obydwa te terminy, zarówno starożytny, jak i nowożytny, odnoszą się treściowo do prawa międzynarodowego. Jednak to Grocjusz⁴ (Hugo de Groot) nadał w XVII wieku współczesne ścisłe znaczenie terminowi *jus gentium* jako „prawa międzynarodowego”⁵. Zatem wydaje się, że warta uwagi jest refleksja nad genezą omawianego określenia w prawie rzymskim tak, aby wzbogacić rozważania nad jego współczesnym zakresem pojęciowym.

W zasadzie przedstawiana tu problematyka skłania do pominięcia tematyki prawa międzynarodowego publicznego, to jest rzymskiego prawa stosunków międzynarodowych z innymi suwerennymi państwami. Jednak celem uzupełnienia opisu trzeba przyznać, że stosunki starożytnego Rzymu z obcymi były oparte na prostej kwalifikacji obcego: jako wroga⁶ lub gościa⁷. Senat⁸ prowadził politykę zagraniczną, w tym postanawiał o wojnie, pokoju, decydował o traktatach międzynarodowych, jak również przyjmował zagraniczne delegacje⁹. Natomiast kapłańskie kolegium fecjatorów (*fetiales*)¹⁰ wykonywało funkcje administracyjne

1. W. LITEWSKI, *Słownik encyklopedyczny prawa rzymskiego*, Kraków 1998, s.v. *Ius gentium*, 137-138.

2. Nazwa *jus* tu podana według pisowni średniowiecznej i nowożytnej: *Meyers Lexikon*, t. 6, Leipzig 1927, s.v. *Jus gentium*, 782.

3. J. SONDEL, *Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*, Kraków 1997, s.v. *Jus*, s.v.v. – *gentium*, 544, podaje dwa znaczenia tego terminu: „a) system norm prywatnoprawnych, jakie rozwinęły się w obrocie handlowym z obywatelami gmin cudzoziemskich w starożytnym Rzymie; część rzymskiego prawa prywatnego, która w zasadniczych swoich pojęciach zgadzała się z przepisami prawnymi obcych ludów; b) prawo narodów, prawo międzynarodowe publiczne”.

4. *Encyklopedia prawa*, red. U. KALINA-PRASZNIC, wyd. 4, Warszawa 2007, s.v. *Grocjusz Hugo de Groot*, 212-213. Por. J. LANDE, *Studia z filozofii prawa*, red. K. OPALEK, wstęp J. WRÓBLEWSKI, Warszawa 1959, 539.

5. Por. L. MORAWSKI, *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 1996, 30-31; J. BIAŁOCERKIEWICZ, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zarys wykładu*, Toruń 2007, 29 nn.

6. Jak bliskożnaczne były określenia wroga i peregryna we wcześniejszym okresie rozwoju świadczy wypowiedź Warrona, żyjącego w II wieku przed Chr. (*Varro ling.* 5,3): *tum eo verbo [<hostis>] ...peregrinum, qui suis legibus uteretur*.

7. Wynikało to z tzw. prawa gości (*hospitium publicum*), W. LITEWSKI, *Podstawowe wartości prawa rzymskiego*, Kraków 2001, 203.

8. T. MOMMSEN, *Romisches Staatsrecht*, t. III.2, Leipzig 1888, 835, 10a26.

9. J. SUTOR, *Prawo dyplomatyczne i konsularne*, Warszawa 2008, 22; A. DĘBIŃSKI, J. MISZTAŁ-KONECKA, M. WÓJCIK, *Prawo rzymskie publiczne*, Warszawa 2010, 31.

10. M. JACZYŃSKA, *Religie świata rzymskiego*, Warszawa 1987, 111.

oraz rytualne¹¹. Przede wszystkim fecjałowie na czele z *pater patratus*¹² celebrowali sakralny w swym charakterze rytuał¹³ wypowiedzenia wojny¹⁴. Nie jest do końca pewne czy tworzyli, czy może jedynie stosowali zespół norm sakralnoprawnych, zwany *ius fetiale*¹⁵. Jednak nie należy zapominać o funkcji konsulów i pretorów, a także o nadzwyczajnym urzędzie dyktatora. Pod koniec czasów republiki wspomniani dygnitarze, mający władzę administracyjną i wojskową osobiście wywierali przemożny wpływ na politykę międzynarodową Rzymu¹⁶. Jednak przedmiotem prezentowanych treści będą kwestie wewnątrzterytorialne starożytnego Rzymu. Albowiem zarząd terytorialny Rzymu zawierał wiele elementów międzynarodowych, które można określić jako „wewnętrzno-międzynarodowe”.

Podejmując próbę zrekonstruowania modelu zarządu terytorialnego w starożytnym Rzymie, należałoby określić granice tematyczne nasuwających się problemów: 1. stosunki międzynarodowe wewnętrzne, 2. rzymski zarząd jednostkami terytorialnymi, podległymi władzy państwowej, 3. zastosowanie systemów prawa w ramach terytoriów podległych Rzymowi.

Specyfika wyżej wspomnianych kwestii jest w dużej mierze odległa od wyobrażeń prawnych, rozwiniętych w późniejszych okresach historycznych. Ważkość tej tematyki zasadza się na tym, że model rzymski ewoluował, poczynając od zawiązywania stosunków o charakterze międzynarodowym, aż po wprowadzanie różnych systemów autonomii o odmiennym stopniu i rodzaju w ramach państwa rzymskiego. Albowiem stosunki międzynarodowe o charakterze wewnętrznym w starożytnym Rzymie to te, które zostały ukształtowane w stosunku do krajów niepodległych, które wiązały się wskutek wojny lub zabiegów dyplomatycznych z Rzymem. Pozostałe stosunki to *a contrario* relacje międzynarodowe zewnętrzne Rzymu z krajami, miastami i ludami wrogimi albo tymi, które wiązały się sojuszami zewnętrznymi z Rzymem.

Jednak wobec różnorodności stosunków międzynarodowych wewnętrznych trudno je zaprezentować w sposób uproszczony. Jak się wydaje, początkowo wykształciły się układy sąsiedzkie między Rzymem a Latynami. Podstawą było nie tylko bliskie sąsiedztwo w ramach Lacjum¹⁷, ale etniczne podobieństwo przejawiające się w pokrewieństwie kultury, obyczajach i sposobie bytowania.

11. Z tego powodu, że w starożytnym Rzymie niektóre kolegia spełniały nie tylko funkcje religijne, ale i państwowe, to jeszcze bardziej istotną rolę da się zauważyć w kształtowaniu archaicznej jurysprudencji przez kolegium pontyfików (*pontifices*). Prawo przez nich uformowane zwano *ius pontificium*, W. LITIEWSKI, *Jurysprudencja rzymska*, Kraków 2000, 16. Nie dziwi to, że analogiczne reguły stosowane przez fecjałów nazywano *ius fetiale*.

12. M. POPŁAWSKI, *‘Bellum Romanum’*. Sakralność wojny i prawa rzymskiego, Lublin 1923, 5-7.

13. Podobnie jak obowiązkowy obrządek prowadzenia wróżb (*auspicia, divinationes*) w sprawach publicznych, zwłaszcza przez haruspików, L. WINNICZUK, *Ludzie, zwyczaje, obyczaje starożytnej Grecji i Rzymu*, Warszawa 1983, 686 nn.

14. Liv. 1,32; Dion. Hal. ant. 2,72; Gell. 16,4,1; Serv. Aen. 9,52; 10,14.

15. J. M. KELLY, *Historia zachodniej teorii prawa*, przekł. rozdz. 2 Ł. Słoniowski, Kraków 2006, 98-99.

16. G. WALTER, *Cezar*, przeł. D. Wilanowska, Warszawa 1983, 125-128, 131 nn. Ronald Syme wystawia ostrą ocenę dyktatury Juliusza Cezara, R. SYME, *Revolucja rzymska*, przeł. A. M. Baziór, Poznań 2009, 55.

17. A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953, przedr. Union 2002, s.v. *Latium*, 537-538.

Co ciekawe inny lud, zamieszkujący nieopodal Sabinowie, nie zawsze był traktowany jak pozostali sąsiedzi¹⁸. W każdym razie trudno dociec przyczyny zróżnicowanego stosunku Rzymu do sąsiadów. Z kolei uprawnienia publiczno-prawne Latynów¹⁹ były w dużej mierze respektowane w państwie rzymskim²⁰. Zarysowała się więc pewna hierarchia praw, zwłaszcza w sferze prawa prywatnego. Specyficzny rodzaj tych stosunków najpierw uległ zmianie przez rozciągnięcie obywatelstwa rzymskiego na wszystkich wolnych Italików²¹, a pozostali wolni uzyskali je na mocy konstytucji cesarza Karakalli z 212 roku (*Constitutio Antoniniana*)²². Abstrahując od zasadniczo podkreślanego problemu relacji między Rzymianami a innymi wolnymi w ramach państwa rzymskiego²³, wydaje się, że stosunki prawne były jakby „płaskie”, gdyż obejmowały stosunki między samymi Latynami, między Latynami a Rzymianami i między Latynami a peregrynami. Zwykle w romanistyce przedstawia się model stosunków międzynarodowych prywatnych, egzystujących w Rzymie głównie w zakresie zobowiązań jako powiązanie dwóch osób: Rzymianina i peregryna, z których każdy obraca się w swoim prawie na zasadzie personalności prawa²⁴. Dla nich płaszczyzną wspólną był system norm kolizyjnych *ius gentium*²⁵, stosowanych subsydiarnie. Jednak trzeba także zauważyć, że ten system prawa miał charakter nakazowy, bowiem nie był efektem aktu zgody władzy rzymskiej z narodem określanym jako peregryni. *Ius gentium* było treściowo zgodne albo przynajmniej akceptowane przez systemy praw prywatnych peregrynów, a nadto respektowało prawo naturalne (*ius naturale*)²⁶. Nasuwa się też refleksja o treści *ius gentium*, które jednocześnie było jakby wspólne wszystkim ludziom²⁷, a z drugiej strony stanowiło zespół norm kolizyjnych w państwie rzymskim²⁸. Zastanowienia wymaga też to, że wiele instytucji prawa prywatnego rzymskiego

18. L. HOMO, *Les institutions politiques romaines*, Paris 1970, 39.

19. Na temat uprawnień Latynów do uzyskania obywatelstwa rzymskiego M. ZABŁOCKA, *Przemiany prawa osobowego i rodzinnego w ustawodawstwie dynastii julijsko-klaudyjskiej*, Warszawa 1987, 16.

20. G. 1,30-35. Jednak *ius migrandi* nadane Latynom przez Rzymian miało szczególny charakter, gdyż działało wtedy, gdy Latyn „przeprowadził się” do Rzymu. Moim zdaniem taka konstrukcja jest jednak nieczytelna, gdyż stanowi połączenie zasady podmiotowości prawa (*status Latini*) z podporządkowaniem się regule terytorialności (zamieszkania na terytorium rzymskim). Z kolei nie jest pewne, czy opis *ius migrandi* nie jest po prostu uproszczeniem normy: skoro Latyn przeprowadził się do Rzymu, stawał się obywatelem rzymskim. W takim razie *ius migrandi* oznaczałoby uprawnienie do nabywania obywatelstwa przez Latynów, a nie rozszerzenie uprawnień podmiotowych Latynów bez zasadniczej zmiany ich statusu (*status civitatis*). Por. M. JACZYŃSKA, D. MUSIAŁ, M. STĘPIEŃ, *Historia starożytna*, Warszawa 2001, 428.

21. Była to *lex Iulia* z 90 r. przed Chr., która jednak nie objęła obywatelstwem rzymskim mieszkańców Galii Przedalpejskiej (*Gallia Cisalpina*). Por. G. ROTONDI, *Leges publicae populi Romani*, Milano 1912, przedr. Hildesheim 1962, 338-339.

22. V. ARANGIO-RUIZ, *Historia del derecho romano*, Madrid 1994, 407 nn.

23. R. TAUBENSCHLAG, *Rzymskie prawo prywatne na tle praw antycznych*, Warszawa 1955, 73.

24. W. WOŁODKIEWICZ, M. ZABŁOCKA, *Prawo rzymskie. Instytucje*, wyd. 5, Warszawa 2009, 80.

25. D. 1,1,1,4 (Ulpian 1 *inst.*). *Ius gentium* było częścią prawa prywatnego (*ius privatum*) w klasycznym rzymskim prawie prywatnym.

26. W. ROZWADOWSKI, *Prawo rzymskie. Zarys układu wraz z wyborem źródeł*, Poznań 1992, 25.

27. I. 1,2 pr.

28. Por. M. SZCZANIECKI, *Powszechna historia państwa i prawa*, red. K. SÓJKA-ZIELIŃSKA, Warszawa 2007, 40.

oraz praw prywatnych peregrynów było w pewnym zakresie podobnych do siebie. Z drugiej strony bywało to podobieństwo pozorne, gdyż np. ochrona własności rzymskiej (skargi: petytoryjna i negatoryjna)²⁹ służyła wyłącznie obywatelom rzymskim. Jeszcze bardziej rodzimą rzymską instytucją była ochrona prawna posiadania³⁰ (*possessio*). Z drugiej strony wydaje się, że rzymskie prawa rzeczowe związane z nieruchomościami były jedynie dostępne dla obywateli rzymskich, ale tych, których istnienie zasadniczo było związane z Italią. W prawie osobowym i małżeńskim instytucja zwierzchnika rodzinnego (*pater familias*)³¹ była typowa dla społeczności rzymskiej. W ramach prawa zobowiązań również można dostrzec odmienności charakteru prawnego między prawem rzymskim a innymi prawami „cudzoziemskimi”. Te różnice obejmowały nie tylko umowy, delikty, a przede wszystkim stosowane odmienne zasady prawa obligacyjnego, jak choćby nominalizmu kontraktowego³². Daje to pewne wyobrażenie o randze i znaczeniu *ius gentium* w starożytnym Rzymie.

Nie sposób też pominąć ciekawego rozwiązania z dziedziny ustroju sądowego: w związku z powstającymi problemami, zwłaszcza sporów o charakterze prywatnym między obywatelami a cudzoziemcami przebywającymi w Rzymie oraz sporów jedynie między cudzoziemcami, został utworzony około 242 r. przed Chr. specjalny urząd sądowy pretora dla cudzoziemców³³ (*praetor peregrinus*). Utworzenie tego urzędu pretora obok dotychczasowego (*praetor urbanus*)³⁴ doprowadziło do wykształcenia nowej funkcji międzynarodowej (wewnętrznej). *Praetor peregrinus* stosował prawo według zasady personalnej (prawo własne określonych prowincjuszy, także prawo rzymskie), ale wydaje się, że specyfika jego funkcji wymagała stosowania przede wszystkim *ius gentium*. Wysoka ranga tego dygnitarza, sprawującego sądownictwo, dysponującego *imperium*³⁵, a zwłaszcza wydającego edykt, może skłaniać do refleksji nad klasyfikacją spraw prywatnych w Rzymie. Pretor nie rozstrzygał spraw, ale sprawując urząd sądowy w pierwszej fazie procesu (legisakcyjnego i formułkowego)³⁶ sterował niejako rozwiązaniami kautelarnymi, bacząc jednocześnie na istotę rzymsko pojmowanej sprawiedliwości. Dla porównania, w prowincjach namiestnik rozstrzygał sprawy cywilne ludzi wolnych bez zróżnicowania, choć zwykle stosował *ius gentium*.

29. A. DĘBIŃSKI, *Rzymskie prawo prywatne. Kompendium*, Warszawa 2003, 240-244.

30. M. KURYŁOWICZ, A. WILIŃSKI, *Rzymskie prawo prywatne. Zarys wykładu*, Kraków 2001, 208.

31. J. ZABŁOCKI, *Rodzina rzymska w świetle Noctes Atticae Aulusa Gelliusa*, w: *Rodzina w społeczeństwach antycznych i wczesnym chrześcijaństwie. Literatura, prawo, epigrafika, sztuka*, red. J. JUNDZIŁ, Bydgoszcz 1995, 47.

32. W. DĄCZAK, T. GIARO, F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, Warszawa 2009, 430 nn.

33. J. ZABŁOCKI, A. TARWACKA, *Publiczne prawo rzymskie*, Warszawa 2005, 51.

34. L. WENGER, *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts*, München 1925, 51.

35. BERGER, *Encyclopedic Dictionary* (wyżej przyp. 17) s.v. *Imperium*, 493-394.

36. M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1966, 3.

W tym miejscu warto przypomnieć, że określenie „peregryni” (*peregrini*³⁷), którym posługiwał się Gajus tworzący w II wieku, było pojęciem zasadniczo zbiorczym. W Italii³⁸ występowały tereny nie tylko podbitych krajów, ale także zaprzyjaźnionych z Rzymem: sfederowanych (*foederati*)³⁹, jak i sprzymierzeńców (*socii*)⁴⁰, a także istniały miasta cieszące się dużą autonomią (*municipia*)⁴¹. W początkowym okresie podbojów i rozszerzania granic państwa rzymskiego⁴² powstało wiele niejednorodnych ustrojowo terytoriów (krajów)⁴³, poddanych Rzymowi, zarówno podbitych, jak i sprzymierzonych. Rzymianie zakładali kolonie dopiero od wojen punickich (III wiek przed Chr.). Jakkolwiek kolonie rzymskie różniły się rangą, zwłaszcza politycznoprawną, to zasadniczo stanowiły ustrojowo jednorodne organizmy⁴⁴. Koloniom nadawano ich własne prawo ustrojowoadministracyjne, niekiedy pozostawiano tzw. „rodzime” elementy struktury kraju⁴⁵. Najczęściej mieszkańcy prowincji posługiwali się swoim prawem prywatnym. Taka praktyka miała znaczenie dla prowincjuszy (peregrynów), nie tylko wtedy, gdy przebywali w swojej prowincji, ale w całym kraju, wobec działania zasady personalizmu prawnego. Prawa prowincjonalne to jakby „prawa wewnętrzne” danej prowincji⁴⁶, lecz także w aspekcie personalnym obejmowały peregrynów poza ich prowincją. W zakresie przedmiotowym na prawa prowincjonalne składało się nie tylko prawo stanowione lub uznane przez władzę rzymską⁴⁷, lecz także prawa zwyczajowe. Najlepszym przykładem znaczenia praw prowincjonalnych jest charakterystyka prawa okresu poklasycznego (lata 235-527)⁴⁸, opisywana jako wulgaryzacja prawa klasycznego. Zjawisko deprecjacji prawa polegało na wpływie praw prowincjonalnych na prawo rzymskie. Jakkolwiek niektóre instytucje prawne zaczerpnięte ze wschodu cesarstwa

37. W. BOJARSKI, *Prawo rzymskie*, Toruń 1999, 91.

38. Tadeusz Maciejewski podaje, że Italia została podzielona na kolonie (*coloniae*) i municipia (*municipia*), por. T. MACIEJEWSKI, *Historia administracji*, Warszawa 2002, 19.

39. T. ZIELIŃSKI, w: M. TULIUSZ CYCERO, *W obronie prowincji Sycylii. Mowa przeciw Werresowi*, ks. 5, red. Z. ZMIGRYDER-KONOPKA, Łwów-Warszawa 1928, XVIII.

40. O dyskryminacji *socii* G. ALFÖLDY, *Historia społeczna starożytnego Rzymu*, przeł. A. Gierlańska, Poznań 2003, 84 nn.

41. A. GACA, K. KAMIŃSKA, *Powszechna historia ustroju państwa*, cz. 1. *Państwo niewolnicze*, Toruń 2004, 64.

42. Philip Matyszak podaje, że „Rzym już w 396 r. zniszczył rywalizujące z nim miasto Weje”, P. MATYSZAK, *Wrogowie Rzymu. Od Hannibala do Attyli, króla Hunów*, przeł. U. Ruzik-Kulińska, Warszawa 2007, 13.

43. Bywały też inne oznaczenia terytoriów i władzy: *civitates liberae et immunes*, *civitates sine suffragio*.

44. Próbę ujednolicenia ustroju municypalnego przeprowadził Juliusz Cezar drogą *lex lulia municipalis* w 45 r. przed Chr., por. K. KORANYI, *Powszechna historia państwa i prawa*, t. 1. *Starożytność*, Warszawa 1965, 123; W. OSUCHOWSKI, *Zarys rzymskiego prawa prywatnego*, Warszawa 1967, 91-93; M. JACZYŃOWSKA, *Historia starożytnego Rzymu*, Warszawa 1984, 68-70; M. KURYŁOWICZ, *Prawo rzymskie. Historia – tradycja – współczesność*, Lublin 2003, 44-46.

45. Np. Synchედryn [=Sanhedryn] w prowincji *Iudaea*, G. RICCIOTTI, *Życie Jezusa Chrystusa*, przeł. J. Skowroński, Warszawa 2000, 50. Por. E. DĄBROWSKI, *Proces Chrystusa w świetle historyczno-krytycznym*, Poznań-Warszawa-Lublin 1965, 175.

46. Np. prawo rzymsko-ptolemejskie podbitego Egiptu, R. TAUBENSCHLAG, *The Law of Greco-Roman Egypt in the Light of the Papyri. 332 B.C.-640 A.D.*, Warszawa 1955, *passim*.

47. Uprawnienie do wydawania edyktów (*ius edicendi*) mieli także namiestnicy prowincji, W. LITEWSKI, *Rzymskie prawo prywatne*, Warszawa 1995, 45.

48. W. MOSSAKOWSKI, *Problematyka periodyzacji rzymskiego prawa karnego*, AUNC 4 (1994) 3-14. Por. K. AMIELAŃCZYK, *Z historii ustawodawstwa rzymskiego w sprawach karnych. Próba periodyzacji*, w: *Tom poświęcony pamięci Profesora Edwarda Szymoszkę*, red. A. KONIECZNY, Wrocław 2008, 13.

okazały się korzystne, to jednak ostatecznie można mówić, że to było odejściem od najdoskonalszych wzorów prawa⁴⁹. Z kolei rzymski Egipt w ramach państwa rzymskiego⁵⁰ jest dobrym przykładem odmienności systemu prawa prowincjonalnego. Istnienie wszystkich tych różnic treściowych i systemowych, obowiązujących albo przynajmniej stosowanych w prowincjach, prowadzi do wniosku, że odrębności między prawami prowincji miały swoje poważne uzasadnienie kulturowoprawne. Sprawia to wrażenie jakby chaosu, choć zapewne właśnie w ten sposób Rzymianie realizowali wiele celów politycznoadministracyjnych, wojskowych i społecznokulturowych⁵¹. Spora różnorodność tych jednostek była wynikiem historycznego procesu rozszerzania rzymskiej władzy⁵². Różne warunki politycznomilitarne i kulturalne, w których dochodziło do poddania Rzymowi krajów zamieszkałych przez peregrynów doprowadziły do powstania zasadniczych różnic w statusie publicznym tych jednostek terytorialnych i ich mieszkańców⁵³. Autonomie owych krajów były też odrębne, niejako specyficzne i indywidualne⁵⁴. Później daje się dostrzec nowy proces historyczny, jaki był związany z powstaniem kolonii rzymskich. Może warto zauważyć, że wcześniej funkcjonujące w basenie Morza Śródziemnego kolonie greckie i fenickie miały inny charakter niż te rzymskie, gdyż były niezależnymi państwami (państwo-miastami) od państw ich założycieli, np. punicka Kartagina⁵⁵ (*Carthago*) czy grecka polis Syrakuzy⁵⁶ (*Syracusae*). Natomiast rzymskie prowincje były tworzone jako terytoria podległe państwu rzymskiemu⁵⁷. Nadzór nad określoną prowincją sprawował senat (*senatus*)⁵⁸. Władzę jurysdykcyjną (cywilną i karną), administracyjną i wojskową nad określoną prowincją sprawował namiestnik⁵⁹. Namiestnik był uprawniony do wydania edyktu (*edictum provinciale*)⁶⁰.

49. Rzymskie prawo poklasyczne odpowiadało jednak oczekiwaniom ludności prowincji z powodu zbliżenia do tamtejszych tradycji prawnych i warunków kulturowych oraz ułatwieniom rozumienia tego prawa.

50. R. TAUBENSCHLAG, *Introduction to the Law of the Papyri*, w: TENŻE, *Opera minora*, t. 1, Warszawa 1959, 327 nn.

51. M. KORONKO, *Thesaurus. Skarbiec łacińskich sentencji, przysłów i powiedzeń w literaturze polskiej*, Warszawa 1997, s.v. *Divide et impera*, 140.

52. Można dostrzec jeszcze inne jednostki, jak *civitates*, por. P. GRIMAL, *Miasta rzymskie*, przeł. J. Pański, Warszawa 1954, 10.

53. Tadeusz Łoposzko podaje, że część ludności municypów, także sprzymierzonych miast dzięki temu, że znalazła się pod władzą rzymską, zdołała się wzbogacić, T. ŁOPOSZKO, *Historia społeczna republikańskiego Rzymu*, Warszawa 1987, 142.

54. Adam Ziółkowski opisuje mechanizm pokojowego łączenia rzymskich interesów z interesami sprzymierzeńców. A. ZIÓLKOWSKI, *Historia powszechna. Starożytność*, Warszawa 2009, 704.

55. K. KĘCIEK, *Dzieje Kartagińczyków. Historia nie zawsze ortodoksyjna*, Warszawa 2003, 25 nn; J.-C. FREDOUILLE, G. RACHET, *Cywilizacje śródziemnomorskie. Leksykon*, przeł. M. Choldyk, K. Jachiec, E. Papuci-Władyka, J. Śliwa, Katowice 2007, s.v. *Kartagina*, 359.

56. *Mała encyklopedia kultury antycznej*, Warszawa 1968, s.v. *Synakuzi*, 830-831.

57. *Rzymskie prawo publiczne*, red. B. SITEK, P. KRAJEWSKI, Olsztyn 2004, 44-47. Np. prowincja *Iudaea* została podzielona na cztery tetrarchie, por. *Atlas biblijny*, Warszawa 1990, 180. Natomiast Maurice Sartre analizuje żydowskie swobody i organizację rzymskiej Judei. M. SARTRE, *Wschód rzymski. Prowincje i społeczeństwa prowincjonalne we wschodniej części basenu Morza Śródziemnego w okresie od Augusta do Severów (31 r. p.n.e.-235 r. n.e.)*, przeł. S. Rościcki, Wrocław-Warszawa-Kraków 1997, 398 nn.

58. KORANYI, *Powszechna historia* (wyżej przyp. 44), t. 1, 130.

59. W związku z objęciem urzędu namiestnik wydawał edykt prowincjonalny, por. *Prawo rzymskie. Słownik encyklopedyczny*, red. W. WOŁODKIEWICZ, Warszawa 1986, s.v. *Ius edicendi*, 82. Prawdopodobnie pozostawiano jako obowiązujące niektóre akty prawne z czasów poprzedzających panowanie rzymskie, np. *lex Hieronica* na Sycylii, A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary* (wyżej przyp. 17), s.v. *Lex Hieronica*, 553.

60. *Edictum provinciale* albo tzw. *lex provinciae*. E. J. URCH, *Procedure in the Courts of Roman Provincial Governors*, TCJ 25 (1929) 2, 94. Por. K. KUMANIECKI, *Historia kultury starożytnej Grecji i Rzymu*, Warszawa 1977, 351.

Jego władza miała charakter kadencyjny (najczęściej od jednego roku do trzech lat)⁶¹. Władza nad prowincją była zakresłona terytorialnie⁶², jednak odróżniano uprawnienia ludzi według zasady personalnej. Szczególnie wybijało się prawo do zatwierdzania wyroków śmierci (*ius gladii*)⁶³ wobec peregrynów, jeśli namiestnik sam nie ferował takiego wyroku. Namiestnik osądzał też sprawy karne obywateli rzymskich, ale w takich przypadkach skazanemu służyło uprawnienie do odwołania się do zgromadzenia ludowego (*provocatio ad populum*)⁶⁴, a w czasach cesarstwa – do cesarza⁶⁵. Nomenklatura urzędu namiestnika była niejednolita: najpierw go nazywano prokonsulem albo propretorem, później występuje obok nich nazwa zbiorcza *legati Augusti pro praetore*⁶⁶. Spotyka się też inne nazwy: prefekt (np. *praefectus Alexandreae et Aegypti*)⁶⁷ albo *procurator*⁶⁸. W prowincjach sprawy zarządu administracyjnego, praw „wewnętrznych” rządzących prowincją rozwiązywano w zależności od specyfiki danego terytorium. Przykład Sycylii, prawdopodobnie pierwszej prowincji⁶⁹, założonej w 242 lub w 241 roku przed Chr., przedstawia nadanie wewnętrznego aktu prawnego dla tej prowincji. W czasach pryncypatu nastąpił podział prowincji na cesarskie, podległe cesarzowi rzymskiemu, i senackie, podległe senatowi rzymskiemu.

W czasach republiki w Italii nadużycie władzy przez urzędnika (*magistratus*)⁷⁰ mogło być politycznie przewyżnione drogą wniesienia pozwu (*actio*)⁷¹. Natomiast dla peregrynów⁷² w prowincjach takie możliwości w zasadzie początkowo nie istniały. Namiestnik do chwili złożenia urzędu, a także jego podwładni, byli dla peregrynów bezkarni. Jednak niekiedy prowincjusze wnosili wnioski, prośby (*petitiones*) do senatu, choć senat nie miał obowiązku ich rozpatrywania. Jednak idea zwrotu zagrabionych dóbr przez urzędników rzymskich, a nawet ich karania, zaowocowała tworzeniem *ad hoc* dla rozpatrzenia określonej sprawy: kolegiiów

61. M. CARY, H. H. SCULLARD, *Dzieje Rzymu*, t. 1. *Od czasów najdawniejszych do Konstantyna*, przeł. J. Schwakopf, Warszawa 1992, 337.

62. Np. *lex de provincia Asia* z czasów Gajusza Grakcha, podają za: J. WOLSKI, *Historia powszechna. Starożytność*, t. 1, Warszawa 1992, 347.

63. P. ŚWIECICKA-WYSTRYCHOWSKA, *Proces Jezusa w świetle prawa rzymskiego. Studium z zakresu rzymskiego procesu karnego w prowincjach wschodnich w okresie wczesnego pryncypatu*, Kraków 2005, 55.

64. Przykład apostoła Pawła z Tarsu, Dz. 26,32. Por. R. TAUBENSCHLAG, *Le proces de l'apôtre Paul en lumiere des papyrus*, w: *Opera minora*, t. 2, Warszawa 1959, 726. Natomiast bliżej o *provocatio* E. SCHÖNBAUER, *Studien zum römischen Strafrecht und Strafverfahren*, Wien 1965, 252.

65. *Appellatio ad Caesarem*. B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano 1998, 240.

66. G. GÓRSKI, *Historia administracji*, Warszawa 2002, 36.

67. *Encyklopedie antyki*, Praha 1973, s.v. *Praefectus*, 496.

68. FREDOUILLE, *Cywilizacje śródziemnomorskie* (wyżej przyp. 55), s.v. *Prokurator*, 640.

69. Natomiast Giuseppe Grosso podaje jako pierwsze prowincje Sycylię i Sardinię już w 227 r. przed Chr., G. GROSSO, *Lezioni di storia del diritto romano*, Torino 1960, s. 262.

70. F. ZOLL (starszy), *Historia prawodawstwa rzymskiego*, cz. 1, Kraków 1902, 68.

71. W. LITEWSKI, *Rzymski proces cywilny*, Warszawa-Kraków 1988, 107.

72. P. KOŁODKO, *Wybrane przykłady nadużyć urzędników rzymskich w prowincjach przed uchwaleniem lex Calpurnia de repetundis*, w: *O prawie i jego dziejach księgi dwie. Studia ofiarowane Profesorowi Adamowi Lityńskiemu w czterdziestopięciolecie pracy naukowej i siedemdziesięciolecie urodzin*, Białystok-Katowice 2010, 71-72. Jeszcze bliżej o sytuacji, która doprowadziła do wydania *lex Calpurnia de repetundis* ze 149 r. przed Chr., A. LINTOTT, *The leges de repetundis and Associate Measures Under the Republic*, ZSS 98 (1981), 164 nn.

rekuperatorów (*recuperatores*)⁷³ oraz trybunałów niestałych (jako *iudicia temporaria*). Wspomniane kolegium rekuperatorów tworzyli przedstawiciele władzy rzymskiej (z reguły senatorowie) oraz przedstawiciele pokrzywdzonych prowincjuszy. Zatem można *recuperatores* zaliczyć do organów międzynarodowych, lecz działających wewnątrz w państwie rzymskim. Ich orzeczenia miały charakter wiążący, choć zapadały w wyniku kompromisu różnych interesów⁷⁴. Na marginesie warto odnotować, że ważkość tych spraw o nadużycia władzy doprowadziła do powstania pierwszego historycznie stałego⁷⁵ trybunału⁷⁶ (*quaestio repetundarum* albo *quaestio de repetundis*)⁷⁷, rozpatrującego sprawy o zbrodnię dziedzstwa (*crimen repetundarum*)⁷⁸. Współcześnie dla opisu „dziedzstwa” używa się określeń takich, jak: wymuszenia urzędnicze, łapówki, bezprawne korzystanie z funkcji publicznej celem zyskania korzyści majątkowej⁷⁹. Wolni mieszkańcy państwa rzymskiego mogli więc wnioskować o zwrot wydartych dóbr bez oglądania się na lokalne władze⁸⁰. W każdym razie obywatel rzymski na podstawie powszechnego prawa skargi (*actio popularis*)⁸¹ mógł wnosić oskarżenie (*accusatio*)⁸² przeciwko zdzierycy. Dla omawianej tutaj kwestii znaczące jest to, że sądownictwo w sprawach naruszających prawa nieobywateli, zwłaszcza mieszkańców prowincji, pełniło funkcje przynajmniej po części międzynarodowe.

Z kolei administrowanie prowincjami wytworzyło też nowe relacje polityczno-prawne, a mianowicie „dyplomację wewnętrzną”⁸³ w Imperium Rzymskim (*Imperium*

73. *Recuperatores*, działający kolegią według określonych zasad postępowania, B. SCHMIDLIN, *Das Rekuperatorenverfahren*, Freiburg 1963, 3, 58, 92.

74. Kolegium rekuperatorów i *quaestiones temporariae* nie opierały się na zasadzie procesu, natomiast na stałe utworzone *quaestiones perpetuae* charakteryzują stosowanie procesu skargowego. Por. W. EDER, *Das vorsullanische Repetundenverfahren*, München 1969, 126 nn.

75. Trybunał powołany na stałe, to *quaestio perpetua*, R. A. BAUMAN, *Crime and Punishment in Ancient Rome*, London-New York 1996, 22 nn. Por. rozważania na temat *quaestiones* w ramach *iudicia publica*, W. KUNKEL, *Quaestio*, w: TENŻE, *Kleine Schriften zum römischen Strafrecht und zur römischen Verfassungsgeschichte*, Weimar 1974, 46 nn.

76. *Quaestio repetundarum* utworzono w 149 r. przed Chr. na mocy *lex Calpurnia de repetundis*. Por. F. PONTENAY DE FONTETTE, *Leges repetundarum. Essai sur la repression des actes illicites commis par les magistrats romains au detriment de leurs administrés*, Paris 1954, 25 nn. Później wydano wiele ustaw w sprawie dziedzstwa, których chyba ukoronowaniem była *lex Iulia de pecuniis repetundis* z 59 r. przed Chr., uchwalona z inicjatywy Juliusza Cezara (por. C. Th. 9,45; D. 48,11; I. 4,18,11; C. 9,27). Niezwykle ważne było również to, że proces przed tym trybunałem toczył się w trybie skargowym, a uprawnienie do skargi (*actio popularis*) należało do każdego obywatela z pewnymi wyjątkami. Jednakowoż trudno jednoznacznie wyjaśnić, czy w pełni osobiście cudzoziemiec mógł wnieść ją do trybunału. Skarga wszczynająca sprawę w trybie skargowym była zwana oskarżeniem (*accusatio* albo *nomini delatio*). Stałe trybunały odtąd nazywano *iudicia perpetua*, a trybunały w sprawach dziedzstwa stały się wzorcem do szybkiego rozwoju stałego i nowoczesnego sądownictwa karnego, opartego na zasadzie skargowej.

77. Według D. DAUBE, *Peregrine praetor*, JRS 41 (1951), 66–70. Początkowo na czele *quaestio de repetundis* stał *praetor peregrinus*.

78. T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, 705. Por. też o sposobach dokonania dziedzstwa: W. MOSSAKOWSKI, *The crimen repetundarum. The Analysis of the Juridical Sources of Roman Republic*, Eos 81 (1993), 220–221. Por. też *res repetundae* O. F. ROBINSON, *The Criminal Law of Ancient Rome*, Baltimore 1996, 81–82.

79. Dla rozwoju rzymskiego prawa karnego miało to znaczenie przełomowe.

80. Niezaprzecalnym przykładem działalności zdzierycy-namiestnika prowincji sycylijskiej jest sprawa Gajusza Werresa, K. KUMANIECKI, *Cyzeron i jego współcześni*, Warszawa 1989, 110 nn.

81. D. 47,23 (*De popularibus actionibus*). Por. zastosowanie skarg również w sprawach prywatnoprawnych: B. SITEK, *‘Actiones populares’ w prawie rzymskim na przełomie republiki i pryncypatu*, Szczecin 1999, 55 nn.

82. W. MOSSAKOWSKI, *Accusator w rzymskich procesach de repetundis w okresie republiki*, Toruń 1994, 35 nn.

83. *Historia dyplomacji do 1871 r.*, red. W. M. CHWOSTOW, W. S. SIEMIONOW, S. D. SKAZKIN, W. A. ZORIN, t. 1, Warszawa 1973, 87–89.

Romanum)⁸⁴ w związku z częstą praktyką wysyłania delegacji do Rzymu przez władze prowincji i ich mieszkańców⁸⁵. Nie były to, jak należy rozumieć, kontakty namiestników z senatem, cesarzem, ale lokalnych władz peregrynów z „centralną” władzą państwa rzymskiego⁸⁶. Historycy odnotowali, że częste wysyłanie i przyjmowanie delegacji prowadziło do poważnych obciążeń finansowych⁸⁷. Dla prezentowanego tu zagadnienia ma to znaczenie, że zarząd terytorialny państwa rzymskiego w tym okresie opierał się nie tylko na relacji podporządkowania senatowi, a później cesarzowi i senatowi, namiestników skupiających niemal całą władzę (administracyjną własną i podległych mu dygnitarzy prowincjonalnych oraz władzę jurysdykcyjną i wojskową). Albowiem ponadto występował stosunek podległości, wprawdzie zaplanowany *ad hoc*, władz i społeczeństwa ludzi wolnych poszczególnych prowincji wobec centralnej władzy państwowej. Zapewne najatrakcyjniejszym faktem historycznym może być wzajemna relacja społeczności wolnych prowincji (obywateli rzymskich tam mieszkających i peregrynów) do namiestnika rzymskiego. Ich współpraca mogła być obserwowana z Rzymu w związku z formowaniem się i funkcjonowaniem wspomnianych wyżej delegacji. Wskazując to zagadnienie warto zaakcentować element międzynarodowy wewnętrzny oraz specyfikę podległości prowincji.

Powyżej podany model ulegał od początku pewnym zmianom. Właściwie od zarania pryncypatu można dostrzec odrębności procesowe. Obywatele, jak wspomniałem, korzystali z prawa odwołania się od wyroków karnych skazujących do cesarza, ale nie używano już instytucji *provocatio*, ale apelacji (*appellatio*)⁸⁸ do cesarza. Również do procedury cywilnej została dodana apelacja. Apelacja nie była instytucją jednorodnie wykształconą i właściwie ewoluowała przez cały okres cesarstwa. Nadanie obywatelstwa rzymskiego niemal całej wolnej ludności państwa miało takie znaczenie dla spraw relacji Rzym – prowincje, że nastąpiło znaczne ujednolicenie statusu prawnego mieszkańców prowincji. Ci mieszkańcy dysponowali w zasadzie równymi uprawnieniami do nieruchomości, jak i korzystali z na równi z dawnymi obywatelami z legitymacji procesowej (czynnej i biernej).

Następnie reforma aparatu państwowego zapoczątkowana przez cesarza Dioklecjana, obejmująca nowy podział terytorialny cesarstwa (administracyjny, sądowy i wojskowy), doprowadziła do ujednolicenia zarządu terytorialnego państwa, obejmując nim także Italię. Ostatecznie zanikają dotychczasowe *sui generis* stosunki międzynarodowe. Ustrój terytorialny państwa⁸⁹ staje się trójstopniowy, polegający na podziale: na prefektury, te na diecezje, a tamte z kolei na prowincje⁹⁰. Odręb-

84. Znaczenie terminu *Imperium Romanum*: Der Brockhaus in fünf Bänden, t. 4, Mannheim-Leipzig 1994, s.v. *Römische Geschichte*, 442.

85. Por. F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Nietykalność posła w Rzymie okresu pryncypatu*, PK 3 (1994) 4, 165.

86. A. VON PREMERSTEIN, RE, t. 12, Stuttgart 1925, s.v. *Legatus*, 1133 nn.

87. *Historia dyplomacji* (wyżej przyp. 83) 79.

88. M. KASER, *Das Römische Zivilprozessrecht*, (wyżej przyp. 36), 402 nn.

89. Por. M. JACZYŃSKA, *Dzieje Imperium Romanum*, Warszawa 1995, 388 nn.

90. KORANYI, *Powszechna historia prawa* (wyżej przyp. 44), t. II.1: Średniowiecze, Warszawa 1963, 22.

ny podział przewidziano dla spraw militarnych⁹¹. W prowincjach obowiązywały niekiedy odrębne prawa prywatne, choć ci niemal wszyscy wolni mieszkańcy państwa rzymskiego zostali obywatelami rzymskimi. Zatem można przyjąć, że od IV wieku po Chr. w starożytnym Rzymie zanika odrębność prowincji na rzecz unifikacji administracyjnej i sądowej. Trzeba jednak podkreślić inną, nie dającą się przecenić sferę życia i czynnika jurydycznego: treści prawa i praktyki prawnej, stosowanej w prowincjach. Romanizacja państwa była bezsprzecznym faktem, ale niektóre obszary życia prowincjuszy wskazują, nie tylko na odrębności wobec prawa rzymskiego, a niekiedy nawet na zupełną „egzotykę” rozwiązań prawnych. W tym świetle kodyfikacja justyniańska (528-534)⁹² jawi się nie tylko jako odnowa prawa cywilnego w duchu prawa klasycznego. Zastosowane nowe rozwiązania prawne przewyższające niektóre konstrukcje prawne celem ich ujednolicenia można zinterpretować jako próbę implantacji tradycji romanistycznych do tych obrzeży społecznych i praw lokalnych, które opierały się romanizacji.

Abstrahując od określenia wielu różnic między rzymskim a współczesnym rozumieniem „prawa narodów”, pozostaje warte podkreślenia to, że rzymskie *ius gentium* funkcjonowało w sferze prawa prywatnego, zaś współcześnie został rozdzielony termin „prawa międzynarodowego” w ten sposób, że obejmuje zarówno prawo prywatne, jak i publiczne.

Moim zdaniem wyżej przytoczone rozważania prowadzą do wniosku, że terytoria Italii oraz prowincji rzymskich były związane z centralną władzą rzymską w sposób podwójny: podległości bezpośredniej w ramach władzy wykonywanej przez namiestnika i podległości pośredniej, urzeczywistnianej drogą kontaktów delegacji prowincji. Daje to asumpt do przypuszczenia, że wzmocniona więź między Rzymem a prowincjami, była wynikiem zarówno wykonywania władzy imperialnej, jak i współpracy władzy centralnej z lokalną. Wydaje mi się interesujące, że wspomniany wyżej rzymski przykład może w jakiś sposób być wzorcem dla organizacji państwa federalnego, choć jest to dalsza paralela ideowa.

91. E. KLEIN, *Powszechna historia państwa i prawa*, Wrocław 2003, 52.

92. K. KOLAŃCZYK, *Prawo rzymskie*, wyd. 5, red. J. KODRĘBSKI, Warszawa 1997, 80-89.

Kilka uwag na temat przysięgi strony jako środka dowodowego w procesie ziemskim I Rzeczypospolitej i możliwej recepcji prawa rzymskiego w odniesieniu do formy, w jakiej była ona składana

Dowód to środek, który umożliwia przekonanie się o istnieniu bądź nieistnieniu oznaczonych faktów, a tym samym o prawdziwości twierdzeń o tych faktach. Jednym ze środków dowodowych znanym dawnemu polskiemu prawu sądowemu była przysięga strony¹. Należy na początku zaznaczyć, że opisane poniżej odnośne zasady postępowania rozpoznawczego dotyczą zarówno ziemskiego procesu karnego, jak i prywatnego, bowiem aż do końca I Rzeczypospolitej nie doszło w zasadzie do oddzielenia się obu tych procesów².

Ponieważ przysięga strony mogła być składana także ze świadkami (współprzysiężnikami)³, należy odróżnić ją od zwykłego dowodu ze świadków, czyli osób, które składają zaprzysiężone zeznania o tym, co „partycypowały własnymi zmysłami” (głównie wzrokiem i słuchem)⁴. Jest to o tyle istotne, że w polskim prawie

1. Por. m. in. O. BALZER, *Przewód sądowy polski w zarysie*, Lwów 1935, 152; J. RAFACZ, *Dawny proces polski*, Warszawa 1925, 155; R. HUBE, *Prawo polskie w XIV w. Ustawodawstwo Kazimierza Wielkiego*, Warszawa 1881, 168; TENŻE, *Pisma*, t. 2, Warszawa 1905, 531 nn; S. KUTRZEBA, *Dawne polskie prawo sądowe w zarysie*, Lwów-Warszawa-Kraków 1921, 83; S. PŁAZA, *Historia prawa w Polsce – zarys wykładu*, cz. 1, *Polska przedrozbiorowa*, wyd. 2, Kraków 1991, 336; W. URUSZCZAK, *Historia państwa i prawa polskiego*, t. 1, (1966-1795), Warszawa 2010, 100, 278; S. BOROWSKI, *Przysięga dowodowa w procesie polskim późniejszego średniowiecza*, Warszawa 1926. Według cytowanych autorów przysięga mogła być środkiem dowodowym zarówno zupełnym (RAFACZ, *Dawny proces*, 155, 156) jak i niezupełnym (HUBE, *Pisma*, 531, 547; RAFACZ, *Dawny proces*, 172). Wydaje się jednak, że takie rozróżnienie jest właściwe tylko wówczas, gdy bierze się pod uwagę również przysięgę składaną przez świadków w celu umocnienia ich zeznań. Jeżeli zaś idzie o przysięgę strony jako odrębny od zeznań świadków środek dowodowy to należy uznać, że stanowiła ona środek dowodowy zupełny, co znajduje swe uzasadnienie w źródłach (por. BOROWSKI, *Przysięga dowodowa*, 13, przyp. 1 i 2) – i to niezależnie od tego czy była to przysięga własna strony (tutaj kwestia nie podlega dyskusji – por. BALZER, *Przewód sądowy*, 156; BOROWSKI, *Przysięga dowodowa*, 14), czy była ona składana wraz ze współprzysiężnikami (w tej ostatniej kwestii por. też BALZER, *Przewód sądowy*, 158, 159). Por. też J. BARDACH, *Historia państwa i prawa Polski*, t. 1, Warszawa 1964, 350, 351.

2. Z. KACZMARCZYK, B. LEŚNODORSKI, *Historia państwa i prawa Polski*, t. 2, Warszawa 1966, 406. Pewne odrębności procesu ziemskiego w sprawach karnych daje się jednak zauważyć. Między innymi na gruncie postępowania dowodowego tortury, w ślad za praktyką miejską, pojawiają się w nim dopiero w 2 poł. XV wieku (J. RAFACZ, *Pojawienie się tortur w postępowaniu polskim średniowiecznym*, *Gazeta Sądowa Warszawska* 15 (1925) 235-236).

3. Por. niżej s. 111, 112.

4. BALZER, *Przewód sądowy* (wyżej przyp. 1) 168, 169. Nadto przysięga składana przez współprzysiężników nie stanowiła samodzielnego środka dowodowego, jakimi były zaprzysiężone zeznania świadków, lecz tylko konieczne w pewnych przypadkach (por. niżej przyp. 23) uzupełnienie przysięgi strony. Por. BARDACH, *Historia* (wyżej przyp. 1) 352; BALZER, *Przewód sądowy* (wyżej przyp. 1) 158, 159.

ze względu na formalistyczny charakter procesu podstawową kwestią było ustalenie, kto miał przeprowadzić dowód. Obowiązywała generalnie zasada, że tej stronie będzie przyznane prawo dowodzenia swoich twierdzeń o danym fakcie, która zaofiarowała silniejszy dowód⁵. Stąd, jeżeli powód przedstawił dowód ze świadków, a pozwany przysięgę (ze świadkami), sąd przyznawał powodowi prawo do przeprowadzenia dowodu w pierwszej kolejności⁶. Od tej zasady istniały wszakże pewne wyjątki. I tak, w przypadku złapania złodzieja na gorącym uczynku prawo do przeprowadzenia dowodu w pierwszej kolejności zawsze przyznawano powodowi, zaś w sprawach między szlachcicem a nieszlachcicem – pierwszemu z wymienionych⁷. Natomiast gdy strony powoływały się na jednakowy rodzaj dowodu, o tym kto pierwszy dowodził będzie prawdziwości swoich twierdzeń decydował sąd. Przy czym z reguły pierwszeństwo takie przyznawane było pozwanemu⁸.

Przysięga była wzmocnieniem zeznania⁹ lub twierdzeniem pod wezwaniem bóstwa jako świadka¹⁰. U jej podstaw leżało przekonanie, że biorąc bezpośredni udział w czynach ludzkich, nie dopuści ono do krzywoprzysięstwa, to jest kłamliwego wezwania swojego imienia na potwierdzenie nieprawdy¹¹ i w razie jego zaistnienia ześle na winnego karę¹² bądź w jego życiu doczesnym, bądź też po jego śmierci¹³. Za pomocą przysięgi dowodziło się albo to istnienia danego faktu, względnie prawdziwości twierdzenia, wpływającego na rozstrzygnięcie w rozprawie głównej – tak zwana przysięga główna (stanowcza), albo też wartości przedmiotu sporu – tak zwana przysięga szacunkowa¹⁴, która zawsze była przysięgą własną, składaną przez wygrywającego powoda¹⁵.

5. RAFACZ, *Dawny proces* (wyżej przyp. 1) 155; KACZMARCZYK, LEŚNODORSKI, *Historia* (wyżej przyp. 2) 390. Por. też BALZER, *Przewód sądowy* (wyżej przyp. 1) 135-151; KUTRZEBA, *Dawne polskie prawo* (wyżej przyp. 1) 85, 86; PŁAZA, *Historia prawa* (wyżej przyp. 1) 335.

6. RAFACZ, *Dawny proces* (wyżej przyp. 1) 156. W okresie monarchii stanowej, w miarę odstępowania od zasady prawdy formalnej i rosnącej tendencji w kierunku wyrokowania na podstawie dowodów opartych na zasadzie prawdy materialnej, rosła rola świadków w ścisłym tego słowa znaczeniu. Od przedstawienia takich świadków uzależniano nieraz bliższą prawa do przeprowadzenia dowodu (BARDACH, *Historia* (wyżej przyp. 1) 551; por. też KACZMARCZYK, LEŚNODORSKI, *Historia* (wyżej przyp. 2) 390). Nadto w 2 poł. XVIII wieku zaniechano w ogóle przysięgi powoda w sprawie o zabójstwo, zadowalając się jedynie wynikiem przeprowadzonej inkwizycji (*Volumina Legum* VII,704: „... znosząc także abusus w sprawach kryminalnych, że po dowodach oczywistych i zaprzysiężonych skrutyniach osądzono na śmierć sąd powodowej stronie poprzysięgać każe. Zważając przeto niepotrzebne zaprzysięganie dawnym zwyczajem na śmierć, determinujemy, aby gdy sąd obwinionego winowajcę na śmierć skaże, zaprzysięgać strona śmierci nie powinna, gdyż osądzony per scrutinia dosyć jest poprzysiężony”).

7. RAFACZ, *Dawny proces* (wyżej przyp. 1) 156, 157; BARDACH, *Historia* (wyżej przyp. 1) 551, 552.

8. RAFACZ, *Dawny proces* (wyżej przyp. 1) 157; BALZER, *Przewód sądowy* (wyżej przyp. 1) 136; URUSZCZAK, *Historia* (wyżej przyp. 1) 100.

9. Tutaj przysięga stanowi środek wzmacniający dowód ze świadka (por. też przyp. 1).

10. BALZER, *Przewód sądowy* (wyżej przyp. 1) 152; RAFACZ, *Dawny proces* (wyżej przyp. 1) 172.

11. BOROWSKI, *Przysięga dowodowa* (wyżej przyp. 1) 11; RAFACZ, *Dawny proces* (wyżej przyp. 1) 172.

12. A także jak stwierdza praktyka sanocka (lata 1429 i 1439) na dzieci, bądź w przypadku ich braku, na żonę przysięgającego ojca rodziny. Por. RAFACZ, *Dawny proces* (wyżej przyp. 1) 172.

13. BARDACH, *Historia* (wyżej przyp. 1) 351, PŁAZA, *Historia prawa* (wyżej przyp. 1) 336.

14. BALZER, *Przewód sądowy* (wyżej przyp. 1) 152.

15. BALZER, *Przewód sądowy* (wyżej przyp. 1) 157, 158. Osobą tą może być na przykład zwyczajski powód w procesie o odszkodowanie z tytułu zabicia trzyletniego i starszego żrebca. Por. RAFACZ, *Dawny proces* (wyżej przyp. 1) 172; HUBE, *Prawo polskie* (wyżej przyp. 1) 217.

Przysięgała zazwyczaj (szczególnie w sprawach drobnych) sama strona (na przykład oskarżony po raz pierwszy o kradzież, poręczyciel pozwany o mały dług itp.)¹⁶. Według O. Balzera przysięga nie mogła być nigdy złożona przez zastępcę procesowego, bowiem był to tak zwany *actus personalis*¹⁷. Natomiast w sprawach większej wagi¹⁸ przysięgę składała strona wraz z odpowiednią liczbą świadków, tak zwanych współprzysiężników¹⁹, którzy działali na podstawie dobrowolnej zgody, jaką wyrazili zainteresowanej stronie procesowej²⁰. Współprzysiężników (świadków) zobowiązany był przedstawić na własny koszt ten, kto chciał przeprowadzić dowód przy ich pomocy²¹. Przysięgali oni zaraz po nim, jeden po drugim, w określonej kolejności²².

Liczba świadków mających przysięgać wraz ze stroną była rozmaita. Ponieważ na ilość osób przysięgających składali się świadkowie wraz ze stroną, przysięganie na przykład z sześcioma świadkami nazywało się przysięgać samosiódm a z jednym świadkiem – samowtór²³. Świadkowie, którzy mieli współprzysięgać ze stroną, mogli być odrzuceni przez jej przeciwnika procesowego, który winien był ich wymienić z imienia przed dokonaniem przysięgi. W takim przypadku ten, który chciał przeprowadzić dowód przedstawiał świadków (współprzysiężników) dopóty, dopóki przeciwnik nie przyjął ich w wymaganej prawem ilości. Potem owo prawo odrzucenia przysługiwało tylko wobec współprzysiężników, którzy byli niezdolni. Takimi byli na przykład bliscy krewni i powinowaci czy

16. BALZER, *Przewód sądowy* (wyżej przyp. 1) 158; RAFACZ, *Dawny proces* (wyżej przyp. 1) 172.

17. BALZER, *Przewód sądowy* (wyżej przyp. 1) 155. Odmienne zdania jest S. Borowski, który powołując się na źródła stwierdza, że mimo zasadniczo osobistego obowiązku złożenia przysięgi, istniała również możliwość złożenia jej przez zastępcę, co znalazło zastosowanie przede wszystkim wśród duchowieństwa. Powołuje się on także na ustawodawstwo mazowieckie, które dopuszczało zastępstwo w przysiędze w sprawach do wysokości dziesięciu grzywien. Por. BOROWSKI, *Przysięga dowodowa* (wyżej przyp. 1) 28-31. Por. też BARDACH, *Historia* (wyżej przyp. 1) 550; J. BRZEZIŃSKI, *O przysiędze*, Kraków 1886, 35.

18. O wykluczeniu przysięgi własnej w pewnych przypadkach por. BALZER, *Przewód sądowy* (wyżej przyp. 1) 156, 157.

19. Pamiętać jednakże należy, iż termin świadkowie ma tutaj inne znaczenie. Osoby współprzysięgające stwierdzają bowiem jedynie swoje przeświadczenie o tym, że przysięgającej stronie przysługuje jakieś prawo lub że dany fakt rzeczywiście miał miejsce. Tak więc owi współprzysięgający nie są świadkami we właściwym tego słowa znaczeniu. Świadkiem może być bowiem tylko ten, kto daje świadectwo temu, co partycypował własnymi zmysłami (nie można więc świadczyć o istnieniu bądź nieistnieniu jakiegoś prawa u strony postępowania), a nie o tym, co wydaje mu się prawdziwe na podstawie własnego, subiektywnego przekonania. Por. BALZER, *Przewód sądowy* (wyżej przyp. 1) 159-161, PŁAZA, *Historia prawa* (wyżej przyp. 1) 336, 337.

20. PŁAZA, *Historia prawa* (wyżej przyp. 1) 337.

21. Na owe koszty składały się również między innymi karne opłaty w wysokości sześciu grzywien za złe przysięgającego świadka lub tego, który się nie stawiał, por. HUBE, *Pisma* (wyżej przyp. 1) 536.

22. BOROWSKI, *Przysięga dowodowa* (wyżej przyp. 1) 45.

23. Na przykład oskarżony o zgwałcenie niewiasty, „jeżeli nie okazało się na niej znaków gwałcenia, ma prawo oczyścić się z zarzutu z sześcioma swego stanu osobami, zaś poręczyciel na dowód, że poręka daną była, wykonywa przysięgę samowtór, jeżeli dług nie wynosił więcej jak czterdzieści grzywien, albo samotrzeć, to jest sam z dwoma drugimi, jeśli dług był większy nad czterdzieści grzywien”. Por. HUBE, *Prawo polskie* (wyżej przyp. 1) 216. Z kolei według „Księgi Elbląskiej”, skarżący w procesie o zbiegów winien był udowodnić prawo do zbiega, stając samosiódm, to znaczy musiał złożyć przysięgę wraz z sześcioma współprzysiężnikami. Jeżeli natomiast zabrakło mu współprzysiężników płacił on karę w wysokości pięćdziesięciu grzywien, a pozwany pozostawał wolny. Por. BARDACH, *Historia* (wyżej przyp. 1) 359. Por. też HUBE, *Pisma* (wyżej przyp. 1) 546; BALZER, *Przewód sądowy* (wyżej przyp. 1) 156, 162; RAFACZ, *Dawny proces* (wyżej przyp. 1) 172; BARDACH, *Historia* (wyżej przyp. 1) 352; PŁAZA, *Historia prawa* (wyżej przyp. 1) 336.

też osoby obłąkane²⁴. Ponieważ prawo do odrzucenia świadków było wyłącznym uprawnieniem przeciwnika procesowego, w przypadku, gdy nie zrobił on z niego użytku, współprzysięgać wraz ze stroną mogły nawet i osoby do tego niezdolne²⁵.

Były dwa rodzaje przysięgi²⁶. Dokonywano jej bowiem albo dla oczyszczenia się z zarzutu (*pro expurgatione*)²⁷, albo na dowód postawionego twierdzenia²⁸. Pierwszą składał oskarżony, drugą powód albo skarżący²⁹.

Wymogi stawiane osobie składającej przysięgę były różnego rodzaju. W kilku miejscach Statutu Kazimierza Wielkiego powtarzają, że do odprzysiężenia dopuszczają się tylko ludzie dobrej sławy, którzy uprzednio nie byli pociągani do odpowiedzialności za popełnione przestępstwa³⁰. Jeżeli natomiast chodzi o kwalifikacje religijne, osoby składające przysięgę musiały wyznawać jedną z religii uznanych przez państwo. Ponadto ustawodawstwo precyzowało dokładnie wymogi, jakie stawiano wyznawcom poszczególnych religii. W odniesieniu na przykład do katolików od przysięgi wyłączone były osoby obłożone klątwą kościelną³¹. Pamiętać przy tym należy, iż za katolika uważany był tylko ten, którego Kościół za takiego uznał³². Mimo, że brak jest źródłowych przekazów na temat wymogu wieku osoby przysięgającej, pewne reguły daje się wyprowadzić z ogólnie obowiązujących zasad prawa polskiego, które wychodziło z założenia, że poznanie i rozsądek przychodzą z wiekiem. Dlatego przypuszczać należy, że niezdolnymi do złożenia przysięgi byli chłopcy poniżej początkowo dwunastego, a pod koniec XV wieku piętnastego roku życia. Dla dziewcząt dolna granica wynosiła zawsze dwanaście lat³³. Płeć nie była ważna³⁴, przy czym kobieta ciężarna mogła skorzystać z odroczenia terminu, tak jak osoba chora³⁵. Fizyczne upośledzenie powodowało faktyczne ograniczenie w zdolności do składania przysięgi, co wynikało z zasad formalizmu właściwego tej insty-

24. Jednym z wyjątków od zasady, zgodnie z którą wykluczone było odrzucenie świadków zdolnych do złożenia przysięgi, był przepis statutu z 1532 roku, który stanowił, że w przypadku dowodzenia autentyczności dokumentu, o którym twierdzono, iż został sfalszowany, przysięgający miał wymienić osiemnastu świadków, spośród których przeciwnik wybierał sześciu (a więc dwunastu zdolnych mógł odrzucić). Por. też BALZER, *Przewód sądowy* (wyżej przyp. 1) 165.

25. Por. BALZER, *Przewód sądowy* (wyżej przyp. 1) 165.

26. Por. HUBE, *Prawo polskie* (wyżej przyp. 1) 168; PŁAZA, *Historia prawa* (wyżej przyp. 1) 336.

27. Według O. Balzera, *Przewód sądowy* (wyżej przyp. 1) 155 był to, ze względu na zasady postępowania dowodowego, najczęstszy rodzaj przysięgi dowodowej. Por. też URUSZCZAK, *Historia* (wyżej przyp. 1) 278.

28. Ten rodzaj przysięgi nazywany jest przez J. Bardacha, *Historia* (wyżej przyp. 1) 351, przysięgą oskarżającą (akuzacyjną). Por. też BOROWSKI, *Przysięga dowodowa* (wyżej przyp. 1) 20.

29. HUBE, *Prawo polskie* (wyżej przyp. 1) 168; TENŻE, *Sądy, ich praktyka i stosunki prawne społeczeństwa w Polsce ku schyłkowi XIV w.*, Warszawa 1886, 386.

30. HUBE, *Prawo polskie* (wyżej przyp. 1) 168. Por. też BALZER, *Przewód sądowy* (wyżej przyp. 1) 157.

31. P. DĄBKOWSKI, *Prawo prywatne polskie*, t. 1, Lwów 1910-11, 147. Por. też BOROWSKI, *Przysięga dowodowa* (wyżej przyp. 1) 25.

32. DĄBKOWSKI, *Prawo prywatne polskie* (wyżej przyp. 31) 146. Por. też BOROWSKI, *Przysięga dowodowa* (wyżej przyp. 1) 25.

33. DĄBKOWSKI, *Prawo prywatne polskie* (wyżej przyp. 31) 216. Por. też BOROWSKI, *Przysięga dowodowa* (wyżej przyp. 1) 22.

34. Na ten temat por. szerzej KUTRZEBA, *Dawne polskie prawo* (wyżej przyp. 1) 84; HUBE, *Sądy* (wyżej przyp. 29) 95.

35. BOROWSKI, *Przysięga dowodowa* (wyżej przyp. 1) 23.

tucji³⁶. Na ograniczenie zdolności do składania przysięgi nie miało natomiast wpływu stanowisko przysięgającego w hierarchii społecznej. Daje się zauważyć natomiast zjawisko odwrotne, bowiem od składania przysięgi zwolnieni byli książęta, a uprzywilejowane stanowisko mieli w tym zakresie również biskupi i arcybiskupi – książęta Kościoła. W przypadku zeznań arcybiskupa, a zapewne i biskupów, zastępowano formalną przysięgę przyjęciem przez świadka prawdziwości zeznań na swoją duszę³⁷.

Oskarżony mógł przerzucić ciężar dowodzenia na skarżącego. Mogła mieć miejsce także sytuacja odwrotna³⁸. Co do zasady w odniesieniu do danej kwestii spornej strona składała przysięgę tylko raz. Od tej generalnej reguły istniały jednak pewne wyjątki. I tak, według statutu księcia Jana Warszawskiego z 1406 roku, trzykrotne złożenie przysięgi miało obowiązywać w sprawach długu opiewającego na ponad dwadzieścia grzywien. W przypadku odłożenia terminu ze względu na chorobę, należało złożyć – oprócz, stanowiącej dowód, przysięgi zasadniczej – tyle przysięg, ile terminów odroczenia miało miejsce³⁹. Natomiast według statutu dzielnicy płockiej (z końca XIV wieku) należało przysięgę złożyć trzykrotnie *pro qualibet causa parva et magna per iurare*. Mogła mieć także miejsce kilkakrotna przysięga w razie niepoprawności jej wykonania⁴⁰. Z drugiej strony na Mazowszu przysięgę dowodową można było składać w ciągu roku tylko trzykrotnie⁴¹.

W średniowieczu przysięgę składało się w zasadzie pozasądowo. Sąd bowiem zezwalał tylko na przeprowadzenie dowodu i przydzielał na życzenie stron organ sądowy, który miał baczyć, by przysięga została złożona zgodnie z prawem⁴². Był to tak zwany prawidlnik⁴³. Zazwyczaj był nim woźny, w Wielkopolsce

36. RAFACZ, *Dawny proces* (wyżej przyp. 1) 173, 174. BOROWSKI, *Przysięga dowodowa*, 24 podaje jednak przykład złagodzenia odnośnych zasad przez ugodę stron, w wyniku której dopuszczona została do złożenia przysięgi osoba nie posiadająca palców (drugiego i trzeciego), które winna była położyć w nogach krzyża (co do formy przysięgi por. niżej, s. 116).

37. BARDACH, *Historia* (wyżej przyp. 1) 352. O innych przypadkach odstępstw od ogólnych reguł w tym względzie ze względu na stanowisko społeczne por. też BARDACH, *Historia* (wyżej przyp. 1) 352, 253; HUBE, *Pisma* (wyżej przyp. 1) 536. Szerzej problematyką przysięgi na duszę zajmuje się B. LESIŃSKI, *Przysięga na duszę w średniowiecznym prawie*, 24 CPH 2 (1972) 19-37, który w podsumowaniu swoich rozważań nad tą instytucją stwierdza, że mimo, iż nie była ona pierwszoplanową, stosowano ją bardzo często, głównie w sprawach drobniejszych, gdyż pozwalała ona przysięgającemu uwolnić się od nadmiaru formalizmu normalnej, to jest sakralnej formy przysięgi.

38. HUBE, *Prawo polskie* (wyżej przyp. 1) 168, podaje wyrok z roku 1358 dowodzący, że i powód mógł przerzucić ciężar złożenia przysięgi na pozwanego. Por. też BOROWSKI, *Przysięga dowodowa* (wyżej przyp. 1) 43. Szerzej tą tematyką zajmuje się BALZER, *Przewód sądowy* (wyżej przyp. 1) 152-154, który stwierdza między innymi, że owo przerzucenie ciężaru dowodzenia na przeciwnika (*deferre iuramentum*) ma w prawie polskim inne znaczenie niż w procesie kanonicznym i powstałym na jego podstawie tak zwanym procesie pospolitym, a to ze względu na inne zasady postępowania dowodowego polskiego procesu (tutaj bowiem ogólna zasada brzmiała, że mającemu prawo dowodzenia wolno się go rzec i przenieść obowiązek na przeciwnika) i z tego też względu nie może być identyfikowane z przysięgą główną występującą w wyżej wymienionych procesach.

39. RAFACZ, *Dawny proces* (wyżej przyp. 1) 172.

40. BOROWSKI, *Przysięga dowodowa* (wyżej przyp. 1) 14, 15. Por. też niżej s. 115 i przyp. 59 o trzykrotnej przysiędze w przypadku tak zwanego potyczka.

41. BOROWSKI, *Przysięga dowodowa* (wyżej przyp. 1) 27.

42. RAFACZ, *Dawny proces* (wyżej przyp. 1) 172. Por. też PŁAZA, *Historia prawa* (wyżej przyp. 1) 336.

43. Funkcja prawidlnika przy składaniu przysięgi procesowej przez stronę polega na „wysłowieniu przysięgającemu rot, pouczeniu go o zachowaniu właściwych form przy dopełnianiu aktu oraz co było najważniejszym, na baczeniu aby we wszystkim uczyniono zadość ścisłej formalistycie procesowej”, BOROWSKI, *Przysięga dowodowa* (wyżej przyp. 1) 35. Por. też RAFACZ, *Dawny proces* (wyżej przyp. 1) 172; KUTRZEBA, *Dawne polskie prawo* (wyżej przyp. 1) 87; W. SEMKOWICZ, *Nagana i oczyszczenie szlachectwa w Polsce XIV i XV wieku*, Lwów 1899, 23. Co do sporu w literaturze na temat roli prawidlnika w procesie por. BARDACH, *Historia* (wyżej przyp. 1) 350 i cyt. tam literatura.

czasami zastępcą podkomorzego⁴⁴. Strony mogły się również umówić, kto miał być tą osobą (na przykład czy duchowny, czy szlachcic)⁴⁵. Jeżeli chodzi o udział samych stron sporu, obowiązkowa była jedynie obecność tego, który składał przysięgę. Niezjawienie się przeciwnika nie uniemożliwiało mu jej złożenia, względnie mogło wywołać zwolnienie go od tego obowiązku i uznanie dowodu za przeprowadzony⁴⁶.

Miejszem złożenia początkowo były u katolików kościoły i to kościoły ściśle oznaczone, to znaczy posiadające odnośny przywilej⁴⁷. Było to korzystne, gdyż złożenie przysięgi wiązało się z uiszczeniem pewnej opłaty, zwanej przysiężnem (*iuramentum*)⁴⁸. Przysięgę składano także na cmentarzu koło kościoła (tak w XV wieku w Wielkopolsce)⁴⁹. Wyznawcy innych religii chrześcijańskich i niechrześcijańskich składali przysięgę zasadniczo w swych świątyniach lub przed swymi duchownymi⁵⁰. Zwłaszcza niechętnie patrzono na składanie przysięg przez Żydów przed sądami nieżydowskimi⁵¹. W procesie granicznym miejscem przysięgi był narożnik pola, o który trwał spór⁵². Dopiero około połowy XV wieku pojawiają się przykłady złożenia przysięgi w sądzie (w Sanoku po raz pierwszy w 1433 roku). Potem stało się to praktyką⁵³, choć strony mogły postanowić co innego. Przysięga niekoniecznie musiała być złożona w sądzie, w którym toczyła się rozprawa (na przykład rozprawa toczyła się w sądzie nadwornym, ale dla złożenia przysięgi odsyła się stronę do sądu jej własnego powiatu)⁵⁴.

44. Na Mazowszu w XV wieku prawidlnik występuje już jako stały urzędnik sądowy. Por. BARDACH, *Historia* (wyżej przyp. 1) 350.

45. O dyspozytywności jako jednej z cech polskiego procesu średniowiecznego por. BARDACH, *Historia* (wyżej przyp. 1) 538.

46. RAFACZ, *Dawny proces* (wyżej przyp. 1) 172; BALZER, *Przewód sądowy* (wyżej przyp. 1) 156, 168.

47. W 1320 roku ustalono, że co do zasady właściwym do pobierania opłat był kościół parafialny miejsca, w którym toczyła się dana sprawa. Por. BARDACH, *Historia* (wyżej przyp. 1) 351.

48. Opłata ta nigdy nie była dokładnie określona, ale mimo to stanowiła pewny i stały dochód. Według Księgi Elbląskiej przysięgający miał dać „dwa fenigi względnie więcej albo mniej ... jak to ustanowiono. Fenigi bierze ten kto pełni nad krzyżem pieczęć” cyt. za BALZER, *Przewód sądowy* (wyżej przyp. 1) 155. Por. też HUBE, *Pisma* (wyżej przyp. 1) 536. Oprócz tych pobieranych przez kościoły, opłaty pobierali również funkcjonariusze sądowi. Wszelkie koszty ponosiła strona prowadząca dowód z przysięgi. Por. BOROWSKI, *Przysięga dowodowa* (wyżej przyp. 1) 63, 64.

49. BOROWSKI, *Przysięga dowodowa* (wyżej przyp. 1) 54; RAFACZ, *Dawny proces* (wyżej przyp. 1) 173; PŁAZA, *Historia prawa* (wyżej przyp. 1) 336.

50. BOROWSKI, *Przysięga dowodowa* (wyżej przyp. 1) 54, 55. Por. też A. MICHAŁOWSKA, *Między demokracją a oligarchią. Władze gmin żydowskich w Poznaniu i Swarzędzu (od połowy XVII do końca XVIII wieku)*, Warszawa 2000, 192; A.B. ZAKRZEWSKI, *Osadnictwo tatarskie w Wielkim Księstwie Litewskim – aspekty wyznaniowe*, Acta Baltico-Slavica 20 (1991) 142.

51. A. MICHAŁOWSKA, *Między demokracją a oligarchią* (wyżej przyp. 50) 259, przyp. 51.

52. Nie dotyczyło to wszakże prawosławnych, gdyż zawsze składali oni przysięgę w cerkwi, BOROWSKI, *Przysięga dowodowa* (wyżej przyp. 1) 59, 60; RAFACZ, *Dawny proces* (wyżej przyp. 1) 173.

53. Wyjątek stanowiło między innymi postępowanie graniczne, por. RAFACZ, *Dawny proces* (wyżej przyp. 1) 173. Inny przykład stanowiący odstępstwo od generalnej zasady podaje BOROWSKI, *Przysięga dowodowa* (wyżej przyp. 1) 56. W opisanym przez niego przypadku (sprawa toczyła się pomiędzy Piotrem Odnowskim de Felstyn a rajcami miasta Bieczka) na mocy dekretu Zygmunta Starego przysięga została złożona w ratuszu.

54. RAFACZ, *Dawny proces* (wyżej przyp. 1) 173. Jeżeli taka sytuacja miała miejsce, to sąd w którym przeprowadzano postępowanie dowodowe (a więc na przykład składano przysięgę) musiał sporządzić dokument opatrzony pieczęcią, w którym stwierdzał że dana czynność została przeprowadzona zgodnie z przepisami prawa. Następnie prowadzący dowód przedstawiał ten dokument sądowi wyrokującemu. Por. BOROWSKI, *Przysięga dowodowa* (wyżej przyp. 1) 47.

Przysięgę składało się w określonym przez sąd lub same strony czasie⁵⁵. Terminy te były różnorakie, chociaż istniały pewne reguły, na przykład złożenie przysięgi było wyłączone w dni świąteczne. Ponieważ już pierwszy termin był terminem zawitym, prawo polskie przewidywało szereg przyczyn jego odroczenia. Takimi były na przykład choroba czy pełnienie funkcji publicznych⁵⁶.

Instytucja przysięgi odznaczała się dużym formalizmem. Każde więc odstępstwo w gestach bądź słowach roty pociągało za sobą nieuwzględnienie tego dowodu⁵⁷ oraz karę (według Księgi Elbląskiej sześć grzywien). Zaznaczyć należy, że nieprawidłowe złożenie przysięgi wywoływało ujemne skutki tylko wówczas, gdy składającemu przysięgę mogła być bezpośrednio przypisana wina nienależytego wykonania tego aktu⁵⁸. Nieważność zachodziła przede wszystkim w przypadku nieprawidłowego wysłowienia się, co zwało się potyczel (potyczek). Praktyka z końca XIV i początku XV wieku starała się jednak usunąć ujemne skutki, jakie pociągał za sobą potyczel, zezwalając na trzykrotne powtarzanie przysięgi⁵⁹. W końcu potyczel został całkowicie zniesiony. Na Mazowszu miało to miejsce w połowie XV wieku⁶⁰. W województwie ruskim formalizm ten przetrwał aż do końca XV wieku. Ostatecznie w następnych wiekach pomyłka w czasie wygłaszania rot przysięgi nie miała już tak poważnych skutków jak w średniowieczu. Można się było poprawić bez jakichkolwiek szkodliwych następstw⁶¹.

Sama treść roty była bardzo lakoniczna. Zasadniczo zawsze zawierała inwokację (stanowiącą wezwanie o błogosławieństwo dla aktu przysięgi, która się w niej dokonywała), stwierdzenie charakteru dowodowego zeznania oraz zaprzysięgany fakt⁶². Rotę układał sąd zgodnie z treścią pozwu. Zaczynała się ona zazwyczaj od słów: „Tako mi dopomóż Bóg i Święty Krzyż, że... (tu następowała treść przysięgi)”⁶³. Podobna była rota i dla współprzysiężników⁶⁴. Język, w którym

55. W procesie ziemskim (być może pod wpływem procesu kanonicznego) dopuszczono w XVI wieku składanie przysięgi przez stronę nawet po wyroku, jeżeli w czasie procesu była ona reprezentowana przez zastępcę lub w chwili ogłoszenia wyroku nie miała przepisanego prawem wieku. Por. KACZMARCZYK, LEŚNODORSKI, *Historia* (wyżej przyp. 2) 390.

56. Dokładnie kwestię tę omawia w oparciu o źródła BOROWSKI, *Przysięga dowodowa* (wyżej przyp. 1) 47-52. Por. też KUTRZEBA, *Dawne polskie prawo* (wyżej przyp. 1) 71-75.

57. PŁAZA, *Historia prawa* (wyżej przyp. 1) 336; RAFACZ, *Dawny proces* (wyżej przyp. 1) 173. Według „Księgi Elbląskiej” „W wypadku gdy położy on (przysięgający – mój przyp.) palec gdzie indziej, to upada. Najpierw winien on wyrzec słowa a potem dotknąć krzyża”. Według HUBE, *Pisma* (wyżej przyp. 1) 547-548, we wczesnym średniowieczu w razie wystąpienia nieprawidłowości podczas składania przysięgi niekiedy stosowano wówczas pomocniczo ordalia (na przykład w celu oczyszczenia oskarżonego z zarzutów).

58. HUBE, *Prawo polskie* (wyżej przyp. 1) 209.

59. Niemniej przewidziano w takim przypadku inne sankcje. Na przykład pierwsze dwie pomyłki pociągały za sobą obowiązek zapłaty kary zwanej potecznią. Por. BOROWSKI, *Przysięga dowodowa* (wyżej przyp. 1) 68.

60. BARDACH, *Historia* (wyżej przyp. 1) 551.

61. KACZMARCZYK, LEŚNODORSKI, *Historia* (wyżej przyp. 2) 390; BRZEZIŃSKI, *O przysiędze* (wyżej przyp. 17) 26.

62. HUBE, *Pisma* (wyżej przyp. 1) 119.

63. Por. BALZER, *Przewód sądowy* (wyżej przyp. 1) 156. Wzywano także imienia Maryi, Matki Bożej, wszystkich świętych itp. Dla nadania cech większej uroczystości i powagi wymieniano szereg tych imion łącznie. Prawosławni wzywali między innymi św. Mikołaja i św. Dymitra. Żydzi powoływali Boga. Por. BOROWSKI, *Przysięga dowodowa* (wyżej przyp. 1) 38.

64. BARDACH, *Historia* (wyżej przyp. 1) 351.

sporządzano roty (zwłaszcza w średniowieczu), nie był jednolity. Przeważnie układane one były w języku polskim, chociaż zachowały się także ułożone po łacinie czy nawet dwujęzyczne (polsko-łacińskie)⁶⁵. Początkowo treści roty strona musiała nauczyć się sama, ponieważ prawidlnik stwierdzał jedynie poprawność jej wygłoszenia. Potem nastąpiły pewne zmiany, między innymi w powiecie krakowskim od około 1377 roku rotę wygłaszał woźny, a za nim powtarzała ją strona⁶⁶.

Jak już wyżej wspomniałem, oprócz odstępstw w wygłaszanej rocie przysięgi, upadek dowodu powodowało także każde odstępstwo podczas wykonywania określonych prawem gestów. Składająca przysięgę strona musiała przyklękać na oba kolana, po wygłoszeniu zaś roty dwa palce prawej ręki (drugi i trzeci) winna położyć na nogach krzyża. Miejsce, w którym należało położyć palce, musiała początkowo strona znać sama, a od 1410 roku na Mazowszu miał je stronie wskazywać woźny. Dodać trzeba, że świecki przysięgał na krzyż, a duchowny składał przysięgę na Ewangelię⁶⁷ (choć zdarzało się, że duchowieństwo korzystowało również z powszechnej formy jej wykonania⁶⁸). Prawosławni (zwani powszechnie Rusinami) składali przysięgę u drzwi cerkwi przyklękając, lewą ręką trzymając za skobel a prawą wykonując znak krzyża, powtarzali rotę przysięgi. Żyd przysięgając na torę (w sprawach większej wagi), obracał się do słońca stojąc boso na stołku. Ubrany był w płaszcz lub suknię i czapkę żydowską. Treść roty powtarzał za szkolnikiem lub woźnym. W sprawach mniejszej wagi (przysięga na tak zwane kolce), choć źródła o tym nie wspominają, forma przysięgi wydaje się być analogiczna⁶⁹.

Oprócz omówionego wyżej sposobu składania przysięgi według formy chrześcijańskiej, to znaczy na krzyż czy Ewangelię, istniała w polskim prawie sądowym jeszcze jedna forma przysięgi, a mianowicie przysięga z palcami wytkniętymi ku słońcu – tak zwana przysięga na słońce. Jak wskazują na to źródła, znalazła ona zastosowanie między innymi na Ziemi Mazowieckiej, w Wielkopolsce i na Śląsku⁷⁰. Przysięga na słońce była w średniowiecznym prawie sądowym przysięgą rycerską, służącą oczyszczeniu czci szlacheckiej⁷¹, stosowaną w przypadku nagany szlachectwa, powstałej bądź to bezpośrednio w razie zarzutu nieszlacheckiego

65. BOROWSKI, *Przysięga dowodowa* (wyżej przyp. 1) 39.

66. RAFACZ, *Dawny proces* (wyżej przyp. 1) 174.

67. *Ibidem*, 174.

68. BOROWSKI, *Przysięga dowodowa* (wyżej przyp. 1) 59. Por. też BRZEZIŃSKI, *O przysiędze* (wyżej przyp. 17) 29, 30.

69. BOROWSKI, *Przysięga dowodowa* (wyżej przyp. 1) 59, 60. Por. też KUTRZEBA, *Dawne polskie prawo* (wyżej przyp. 1) 86.

70. Szerzej problematyką tą zajmuje się W. SEMKOWICZ, *Przysięga na słońce*, w: *Księga pamiątkowa ku czci B. Orzechowskiego*, t. 2, Kraków 1916, 3-5. Tam też opisana jest ewolucja poglądów autora na temat zasięgu terytorialnego owej przysięgi. Odmienne zdania jest RAFACZ, *Dawny proces* (wyżej przyp. 1) 173, który twierdzi, że zakres stosowania będącej reminiscencją dawnej epoki przysięgi na słońce ograniczony był tylko do ziemi mazowieckiej. Por. też KUTRZEBA, *Dawne polskie prawo* (wyżej przyp. 1) 86.

71. Por. SEMKOWICZ, *Przysięga* (wyżej przyp. 70) 3, 5, 69; TENŻE, *Jeszcze o przysiędze na słońce*, w: *Studia historyczne ku czci Stanisława Kutrzeby*, t. 1, Kraków 1938, 430, 431.

pochodzenia⁷², bądź też pośrednio, w razie zarzutu popełnienia czynu hańbiącego rycerską część⁷³. W XVI wieku ten rodzaj przysięgi stosowany był nie tylko przez szlachtę, ale także żołnierzy zaciężnych⁷⁴. Sama rota, jak i procedura przysięgi na słońce jest taka sama, jak w przysiędze na krzyż czy Ewangelię⁷⁵.

Resumując, opisane wyżej ustne formy przysięgi były jedynymi tego typu środkami dowodowymi, jakie na przestrzeni dziejów znało polskie prawo sądowe. Wyłomu w tej uświęconej wiekami tradycji dokonał 15 lutego 1690 roku Sąd Sejmowy, który uznał za prawnie skuteczną przysięgę złożoną w formie pisemnej przez Jana Andrzeja Morsztyna. Dopuszczono tym samym wyjątkowo w przypadku przebywania poza krajem ważność złożenia przysięgi według formy przepisanej przez prawo rzymskie: na karcie z wypisaną rotą, którą przysięgający podpisywał i pieczętował⁷⁶. Wyrok sądu miał znaczenie prejudykatu, gdyż Sąd Sejmowy jako najwyższy sąd prawa polskiego miał prawo wyłącznego decydowania o dopuszczeniu do stosowania nowej, nieuregulowanej przez prawo instytucji⁷⁷. Rodzi się jednak pytanie, czy prawo rzymskie rzeczywiście przewidywało taką formę przysięgi⁷⁸.

Zastosowanie przysięgi na polu prawa rzymskiego jest uniwersalne⁷⁹. Odnosne regulacje dotyczyły bowiem materialnego oraz procesowego prawa cywilnego i karnego, jak również znalazły zastosowanie w relacjach międzynarodowych oraz w prawie publicznym⁸⁰. Jednakże ze względu na przedmiot niniejszego artykułu ograniczę się jedynie do uregulowań, jakie w odniesieniu do przysięgi

72. Por. SEMKOWICZ, *Przysięga* (wyżej przyp. 70) 3-5.

73. Por. SEMKOWICZ, *Przysięga* (wyżej przyp. 70) 4; TENŻE, *Jeszcze o przysiędze* (wyżej przyp. 71) 432, 433.

74. Tak SEMKOWICZ, *Jeszcze o przysiędze* (wyżej przyp. 71) 433-435. Autor przytacza na poparcie swoich wywodów uwagi zamieszczone przez Andrzeja Frycza Modrzewskiego w jego dziele pt. *De Republica emendanda libri V* z 1551 roku oraz art. 42 pouczenia wojennego hetmana Floriana Zebrydowskiego z 1559 roku. Przeciwnie BOROWSKI, *Przysięga dowodowa* (wyżej przyp. 1) 62, który stwierdza, że zwyczaj ten, znany w całej Polsce, przetrwał tylko do końca średniowiecza (do 1484 roku, z którego jego zdaniem pochodzi ostatnia wzmianka o owej przysiędze).

75. Por. SEMKOWICZ, *Przysięga* (wyżej przyp. 70) 4.

76. Według pisarza sądów królewskich Nagrodzkiego wyrok brzmiał następująco: *Dum aliquis iuramentum per decretum iniunctum, ob distantiam loci vel legalitates publicas, explere in facie iudicii, in quo iurare debuerat, nequit, potest rotam iuramenti praescriptam manu sua propria in charta scribere et nomine et cognomine suo propriis subscribere, sigilloque communire, et tale iuramentum pro legitime praescriptio habetur, vi praeiudicati iudiciorum comitialium regni inter Generosum Instigatorem Regni eiusque delatorem Generosum Zdziański atque Magnificum Morsztyn Supremum Regni Thesaurarium a. 1690* (cyt. za J. RAFACZ, *Z dziejów prawa rzymskiego w Polsce*, w: *Księga Pamiątkowa ku czci Leona Pinińskiego*, t. 2, Lwów 1936, 200). O działalności Sądu Sejmowego por. przede wszystkim Z. SZCZĄSKA, *Sąd sejmowy w Polsce od końca XVI do końca XVIII wieku*, 20 CPH 1 (1968) 93-123. Por. też *Volumina Legum* IV, 707, oraz II, 1609, gdzie mowa jest o właściwości rzeczowej tego sądu w sprawach o wydanie powierzonych klejnotów Rzeczypospolitej oraz tzw. *nova emergentia* czyli spraw, które nie były dotychczas rozstrzygnięte w prawie pisanim.

77. RAFACZ, *Z dziejów prawa rzymskiego* (wyżej przyp. 76) 200. Por. też J. SONDEL, *Ze studiów nad prawem rzymskim w okresie Oświecenia*, Kraków 1988, 28, 29. Odmienne zdanie w tej kwestii prezentuje J. MICHAŁSKI, *Studia nad reformą sądownictwa w XVIII w.*, Wrocław 1958, 180, przyp. 287, który odmawia temu rozstrzygnięciu jakiegokolwiek znaczenia praktycznego.

78. Proces Jana Andrzeja Morsztyna przed Sądem Sejmowym w 1690 roku, przede wszystkim zaś problem zastosowania w nim reguł przewidzianych przez prawo rzymskie odnośnie do przysięgi procesowej strony, był już w literaturze przedmiotu obiektem rozważań (por. lit. cyt. w przyp. 77). Jednakże badacze dotychczas ograniczyli się w swoich pracach jedynie do stwierdzenia, że fakt taki miał miejsce. Nie wykazali natomiast, iż prawo rzymskie, a konkretnie prawo justyniańskie, znało instytucje przysięgi składanej na piśmie, na którą to okoliczność powoływały się osoby zastępujące Morsztyna w procesie.

79. Por. H. A. A. DANZ, *Der sakrale Schutz im Römischen Rechtsverkehr*, Jena 1857, 24 nn; M. KASER, *Das altrömische Ius*, Göttingen 1949, 13 nn, 341.

80. Szerzej o przysiędze w prawie rzymskim por. przede wszystkim rozdział dotyczący przysięgi w: B. BIONDI, *Il diritto Romano cristiano*, t. 3, Milano 1954, 391-412.

procesowej przewidywało prawo justyniańskie. Na to bowiem prawo, jak już wspomniałem wyżej, wskazywano w procesie J. A. Morsztyna, żądając uznania za ważną przysięgę złożoną na piśmie⁸¹.

W prawie justyniańskim przysięga jest aktem, który dochodzi do skutku według określonej procedury, w stosownej formie, mającej silną podstawę religijną. Przy czym przysięgi nie można złożyć jakkolwiek i gdziekolwiek, ale sędzia w zależności od osoby ją składającej określa, czy powinno się ją złożyć w sądzie przed nim samym, czy też w miejscu zamieszkania przysięgającego, przez położenie ręki na Piśmie Świętym, czy wypowiadając stosowną formułę⁸². W niektórych źródłach mowa jest o przysiędze składanej w kościele⁸³. Najczęściej spotyka się przysięgę *tactis* lub *propositis Evangeliiis*⁸⁴. Istotą takiej formy jest właśnie bezpośredni, materialny kontakt z Pismem Świętym. Mówi się o *sacramentum corporaliter praesitum*⁸⁵. Nie ma natomiast w źródłach justyniańskich wzmianki o możliwości składania przysięgi na piśmie⁸⁶. Rzymski proces karny dopuszczał co prawda, jako dowody w sprawie, zeznania złożone na piśmie z podpisami świadków, często wzmocnione przysięgą składającego zeznania, jednakże mówiące o tym źródła odnoszą się do okresu republiki⁸⁷. Nadto należy mieć na uwadze fakt, iż również w polskim procesie ziemskim czym innym jest przysięga jako samodzielny środek dowodowy, czym innym zwykły dowód ze świadków, czyli osób, które składały zaprzysiężone zeznania o tym, w czym „partycypowały własnymi zmysłami” (głównie wzrokiem i słuchem)⁸⁸.

Mając powyższe na uwadze powstaje więc pytanie, dlaczego Sąd Sejmowy uznał za ważną przysięgę złożoną w formie pisemnej, nie przewidzianej ani przez prawo polskie, ani prawo justyniańskie, na które się powoływano. Po to, aby na nie odpowiedzieć, należy przyrzeć się wpierw sytuacji politycznej, w jakiej zapadł wspomniany wyrok. Począwszy bowiem od 1678 roku, kiedy to J. A. Morsztyn przyjął francuskie poddaństwo (*lettres de naturalité*), dało się zauważyć narastający

81. Dowodzono, iż *iuramenta vero in scriptis, hoc est manu propria iurantem vel per publicam personam scriptam firma et valida esse, uti ea quae corporaliter tactis Sacris praestantur, legibus codicis Justiniani* są dopuszczane. Por. RAFACZ, *Z dziejów prawa rzymskiego* (wyżej przyp. 76) 199.

82. C. 4,1,12,5 (Justynian 529): *In omnibus autem casibus, in quibus sacramenta praestantur, observationem iudicalem permanere censum secundum personarum qualitatem, sive sub ipso iudice praestari oportet iuramentum sive in domibus, sive Sacris Scripturis tactis sive in sacrosanctis oratoriis*.

83. Por. N. 74,5.

84. Por. C. 2,58,1 (Justynian 529); C. 3,1,14,4 (Justynian 530); C. 5,70,7,6b (Justynian 530); C. 7,72,10,3 (Justynian 532); N. 117,11; N. 74,5; N. 90,9; N. 112,2; N. 117,11; N. 120,5; N. 123,1; N. 135,1; N. 137,2.

85. B. BIONDI, *Il giuramento decisorio nel processo civile romano*, Palermo 1913, 103. Zauważyć również należy, iż Justynian mówiąc o przysiędze chętniej używa terminu *sacramentum* niż *iusiurandum*, co również może wskazywać na słuszność powyższej tezy.

86. Por. BIA (*Bibliotheca Iuris Antiqui*). *Sistema informativo integrato sui diritti dell'Antichità*, Fontes, red. N. Palazzolo, Catania 1994, s.v. *iusiurandum, iuramentum, iuro, sacramentum*.

87. Por. J. L. STRACHAN-DAVIDSON, *Problems of the Roman Criminal Law*, t. 2, Amsterdam 1969, 116-118.

88. Por. wyżej s. 109

konflikt między nim a Janem III Sobieskim, zwłaszcza od czasu przejścia tego ostatniego do obozu habsburskiego. J. A. Morsztyn planował nawet detronizację Sobieskiego i ewentualną elekcję Stanisława Jabłonowskiego. Wezwany do Polski, zdołał się jeszcze na sejmie w 1681 roku wybronić od zarzutów przyjęcia obcego poddaństwa, wywozu z kraju pieniędzy, znieważenia Rzeczypospolitej oraz niegospodarności w skarbie. Jednakże dwa lata później na następnym sejmie został potępiony, skutkiem czego było pozbawienie go urzędu podskarbiego i żądanie zwrotu klejnotów koronnych. Morsztyn nie czekał na wyrok Sądu Sejmowego: 1 lipca 1683 roku ustąpił z urzędu, a we wrześniu tego roku wyjechał do Francji. Sąd Sejmowy w 1685 roku wyrokował więc zaocznie. Za niewłaściwe sprawowanie urzędu pozbawiono J. A. Morsztyna podskarbiostwa, zażądano zwrotu półtorarocznego dochodu z mennic, złożenia rachunków skarbowych i skasowania wszelkich umów, jak również nakazano wydanie klejnotów o wartości 20 000 dukatów w miejscowości Skarszewo komisarzom wyznaczonym z sejmu, a także złożenie przysięgi, iż klejnoty zostały wydane w całości i nienaruszone. J. A. Morsztyn już nigdy do kraju nie wrócił, ale w 1690 roku zwrócił zabrane klejnoty, przesyłając wraz z nimi spisaną rotę przysięgi⁸⁹. Tak więc wyrok sądu zezwalający na pisemną formę przysięgi uznać należy raczej za przejaw rozsądku ze strony sądzących (odmowa uznania tej formy w kontekście zwrotu przez J. A. Morsztyna klejnotów koronnych mogła przysporzyć mu jedynie zwolenników) i prawotwórczej działalności Sądu Sejmowego niż za przykład wykorzystania prawa justyniańskiego, albowiem, jak to wyżej zostało wskazane, prawo to nie przewidywało odnośnych regulacji.

89. Por. *Polski Słownik Biograficzny*, t. XXI.1, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk 1976, 812; RAFACZ, *Z dziejów prawa rzymskiego* (wyżej przyp. 76) 198-199. Por. też E. DEICHES, *Koniec Morstina. Studium historyczne z czasów Jana Sobieskiego*, Kraków 1894.

Rzymskie *tributum* jako instrument polityki międzynarodowej

W dość powszechnym obiegu funkcjonuje obraz rzymskiego społeczeństwa obywatelskiego, na którym panowie świata, zwolnieni z jakichkolwiek obowiązków finansowych wobec swojego państwa, żyją na jego koszt, korzystając z bogactw dostarczanych przez prowincje. Nie jest to jednak pełny obraz, a dowodzą tego między innymi dzieje świadczenia będącego przedmiotem poniższych uwag.

Termin *tributum*¹ należy do najważniejszych w łacińskim słowniku fiskalnym. Słowniku, warto dodać, dość skromnym, obejmującym zatem stosunkowo niewielką ilość pojęć, siłą rzeczy wieloznacznych. Znaczenie słowa *tributum*, o czym będzie dalej mowa, w interesujący sposób ewoluowało od obywatelskiego świadczenia na potrzeby prowadzenia podbojów do daniny na rzecz zwycięzców, płaconej przez mieszkańców prowincji. Świadczenie to, niezależnie od formy, jaką przybierało, odgrywało istotną rolę w kształtowaniu relacji państwa rzymskiego najpierw z sąsiadami, w okresie imperialnym zaś z ludami podbitymi żyjącymi w jego granicach.

Rzymianie byli nastawionym na podboje społeczeństwem chłopskim. U progu republiki państwo dysponowało już dobrze zorganizowaną armią i rozległymi kontaktami na całym Półwyspie Apenińskim. Trzon jego dochodów stanowiły początkowo wpływy z dóbr publicznych, republikański Rzym dzielił bowiem z większością starożytnych państw-miast przekonanie, że ci, którzy posiadają pełne prawa obywatelskie powinni być wolni od świadczenia trybutu. Znacznie później jeszcze wypowiedział się w tej sprawie Cyceon, dostrzegający w obciążeniach tego typu zamach na obywatelską pozycję, czego państwo powinno unikać za

1. Problematyka ma dość obszerną bibliografię, tu tylko niektóre pozycje z nowszej literatury: C. NICOLET, *Tributum: recherches sur la fiscalité sous la république romaine*, Paris 1976; M. CORBIER, *L'impôt dans l'Empire romain: résistances et refus (Ier-IIIe siècles)*, w: *Forms of Control and Subordination in Antiquity*, red. T. YUGE, M. DOI, Leiden u.a. 1988, 259-274; P. CERAMI, *Aspetti e problemi di diritto finanziario romano*, Torino 1997, w szczególności 39-47; J. FRANCE, *Tributum et stipendium. La politique fiscale de l'empereur romain*, RHD 2006-1, 209-225; TENŽE, *Les catégories du vocabulaire de la fiscalité dans le monde romain*, w: *Vocabulaire et expression de l'économie dans le monde antique*, red. J. ANDREAU, V. CHANKOWSKI, Bordeaux 2007, 333-368; por. też B. D. SHAW, *Roman Taxation*, w: *Civilization of the Ancient Mediterranean*, red. M. GRANT, R. KITZINGER, New York 1988, 809-827, w szczególności 811; R. PANKIEWICZ, *U źródeł stipendium. Przyczynek do zagadnienia wynagradzania armii rzymskiej w V w. p.n.e.*, w: *Pod znakami Aresa i Marsa: Materiały z konferencji naukowej 'Wojna i wojskowość' w starożytności*, Kraków 24-26 września 1993, red. E. DĄBROWA, Kraków 1995, 31-42, P. KRAJEWSKI, *Finanse publiczne*, w: B. SITEK, P. KRAJEWSKI, *Rzymskie prawo publiczne*, Olsztyn 2004, 109-123, w szczególności 109.

wszelką cenę². Bezpośrednie obciążenia obywateli zostały wymuszone pojawieniem się nadzwyczajnych wydatków, związanych w szczególności z prowadzeniem działań wojennych.

Tradycja piórem Tytusa Liwiusza głosi, że *tributum civium Romanorum* zostało ustanowione na przełomie V i IV wieku w okresie wojny przeciwko Wejom (lata 405-396 przed Chr.)³. Liwiusz wyraża się dość enigmatycznie, a jeśli dodać do tego, że przekaz dotyczy epoki odległej, w odniesieniu do której legendę trudno jest odróżnić od rzeczywistości, to jednoznaczna weryfikacja przekazu napotyka na trudne do przezwyciężenia przeszkody. Ta sama tradycja ustanowienia *tributum* jednoznacznie wiąże z wprowadzeniem żołdu (*stipendium*) oblężenie Wejów: było długotrwałe i nużące, dlatego trzeba było jakoś żołnierzy zachęcić. Symptomatyczne jest, że w źródłach nie ma śladu informacji o podstawie prawnej obowiązywania *tributum*, przyjmuje się zatem, że zarządzenie poboru i ściąganie świadczenia należało do połączonych kompetencji Senatu i republikańskich *magistratus*. Ten system odpowiada charakterowi *tributum* – nie był to bowiem zwykły podatek, ściągany w sposób stały, ale nadzwyczajne świadczenie zarządzane w razie potrzeby – zarówno co do zasady, jak i wysokości. Trzeba jednak zauważyć, że choć po ustanowieniu nie był pobierany w sposób ciągły⁴, stał się prawie regułą do połowy czwartego wieku.

Punktem wyjścia do ustalenia obowiązku podatkowego i wysokości obciążenia był *census* (stąd pełna nazwa świadczenia: *tributum ex censu* albo, jak chce Varro, *pro portione censu*), którego tradycja jest jeszcze starsza i który od początku związany był z armią oraz finansami. Opierał się na znanym podziale obywateli na pięć, a właściwie sześć klas majątkowych. Przynależność do jednej z pierwszych pięciu klas, jak również pochodzenie, pełnione funkcje publiczne i walory moralne, przekładały się nie tylko na pozycję polityczną obywatela, ale i na skalę jego obowiązków wobec państwa w chwilach zagrożenia. Ci, którzy się w tej grupie nie mieścili, bo jedynym ich majątkiem były dzieci (*proles*), to proletariusze zwolnieni zarówno od trybutu, jak i obowiązku służby wojskowej. A było ich, warto dodać, najprawdopodobniej tyłu, ilu członków liczyła pierwsza klasa. Obowiązek świadczenia, z pewnymi modyfikacjami, obejmował zatem obywateli – mężczyzn, dojrzałych, objętych obowiązkiem służby wojskowej (*qui arma ferre possunt*). Można powiedzieć wobec tego, że był to podatek płacony przez tych, którzy podlegali obowiązkowi służby na rzecz tych, co do niej zostali powołani. Istniał więc istotny związek między wielkością majątku, potrzebami poboru i wysokością daniny na rzecz wojny. *Tributum* tej epoki zdaje się zatem

2. Cic. *off.* 2,74. Dla ułatwienia lektury w przypisach zawarto odniesienia do polskich bądź, w razie ich braku, angielskich tłumaczeń tekstów oryginalnych: CYCERON, *Pisma filozoficzne*, przeł. W. Kornatowski, t. 2, Warszawa 1960, 460.

3. Liv. 4,59,11-4,60,8. T. LIWIUSZ, *Dzieje Rzymu od założenia miasta I-V*, przeł. A. Kościółek, Wrocław 1968, 277-278.

4. Liv. 7,27,4. T. LIWIUSZ, *Dzieje Rzymu* (wyżej przyp. 3) 83.

odzwierciedlać ideologię żołnierza-obywatela, wyrażającą myśl zrównoważenia praw i obowiązków, obciążeń i korzyści – tak bogatych, jak i biednych. Bogaci służyli częściej i płacili więcej.

Tributum to świadczenie o szczególnym charakterze. W literaturze, przynajmniej od wniosków sformułowanych przez Claude’a Nicoleta, wyrażany jest pogląd, że trybut obywatelski był przymusową pożyczką. Ujmując rzecz ściślej, mógł być przymusową pożyczką albo podatkiem, a to w zależności od losów wojny. Po zwycięstwie na pokonanych nakładano kontrybucję, która była przeznaczana na zwrot nakładów. Porażka natomiast oznaczała ich utratę. Trybut w tej postaci to zatem nic innego, jak przymusowa – to prawda – inwestycja w wojnę, która się zwraca albo nie. Ten system ma konsekwencje: bogatsi inwestują więcej; oni też uzyskują większe korzyści. Wszyscy jednak są żywo zainteresowani zwycięstwem – nie tylko jako patrioci, ale i jako udziałowcy w przedsiębiorstwie.

Źródła wspominają o wypłatach. Dionizjusz z Halikarnasu pod rokiem 503 przed Chr. umieszcza informację, że łupy wojenne zostały sprzedane na licytacji, a obywatele otrzymali zwrot nakładów poniesionych na wyposażenie wojska⁵. Zapewne nie był to jedyny tego typu przypadek, skoro takie samo oczekiwanie, towarzyszyło zwycięstwu nad Samnitami w 293 r. przed Chr.⁶ Za to w roku 187 przed Chr. władza uzyskała wdzięczność ludu za dokonanie dodatkowych wypłat (nawet, jeśli tekst nie jest całkiem jasny, to wątpliwości budzi raczej sposób naliczenia i ogólna wielkość zwrotu, niż fakt jego dokonania)⁷.

W 167 r. przed Chr. *tributum ex censu* zostało zawieszone. Miało to bezpośredni związek ze zwycięstwem nad Macedonią i towarzyszącym mu dopływem znacznych bogactw do skarbu republiki. I znowu – tak, jak jego wprowadzenie – zawieszenie trybutu miało charakter faktyczny. Nie wydano żadnego aktu prawnego w tej sprawie – po prostu zaprzestano podejmowania decyzji o poborze. Oznacza to ni mniej, ni więcej, że kompetentne organy w każdej chwili mogły podjąć legalną decyzję o odwieszeniu świadczenia. Podjęto ją rzeczywiście, ale dopiero po z górą stuleciu od bitwy pod Pydną, w szczególnych warunkach wojny domowej, a i to na krótki czas. Mimo tych nadzwyczajnych okoliczności, odwieszenie *tributum* zostało przyjęte w społeczeństwie jako skandaliczne; idea świadczenia, które dziś należałoby nazwać podatkiem bezpośrednim, stała się bowiem u schyłku republiki znowu całkowicie obca mentalności obywatela. Nic zatem dziwnego, że ów obywatel, szczególnie ten bogaty, wykazywał zainteresowanie dobrym zarządzaniem publicznymi środkami, jak również poszukiwaniem innych źródeł

5. Dion. Hal. *ant.* 5,47,1. DIONIZJUSZ Z HALIKARNASU, *Roman Antiquities*, przeł. E. Cary, t. 3, London 1961, 137.

6. Liv. 10,46,6. T. LIWIUSZ, *Dzieje Rzymu od założenia miasta VI-X* (wyżej przyp. 3) 269. Dion. Hal. *ant.* 19,16,3. DIONIZJUSZ Z HALIKARNASU, *Roman Antiquities* (wyżej przyp. 5), t. 7, 273-275.

7. Liv. 39,7,4-5. T. LIWIUSZ, *Dzieje Rzymu od założenia miasta XXXV-XL* (wyżej przyp. 3) przeł. M. Brożek, Wrocław 1981, 269.

dochodów – byle tylko nie płacić trybutu. Warto dodać, że w końcu II wieku przed Chr. także biedniejsi zaczęli korzystać z dobrodziejstw podbojów. Zakres tego zainteresowania zapewne więc się poszerzył.

Kolejna odsłona kariery *tributum* zaczyna się z chwilą przerzucenia ciężaru utrzymania państwa na prowincje. Wspomniana na wstępie płynność terminologiczna i tu się pojawiła – zrazu panowało zamieszanie: dla określenia podatku prowincjonalnego używano bowiem równolegle terminów *tributum* i *stipendium*, traktując je niejednokrotnie jako synonimy. Tak jest głównie w źródłach literackich. Gaius, rzymski prawnik z II wieku, mówi jednak o gruntach stypendiarnych i trybutarnych, wyodrębnionych według kryterium ich formalnej podległości narodowi rzymskiemu albo cesarzowi i przez to poddanych obowiązkowi świadczenia w określonej postaci⁸. W mniejszym stopniu widać tę labilność w tekstach rzymskich mierniczych (*agrimensores*): u Frontynusa i Agenniusza Urbikusa przymiotniki stypendiarny i trybutarny kwalifikują grunt prowincjonalny, ale podatek gruntowy prowincjonalny to już konsekwentnie *tributum* (częściej w liczbie mnogiej – *tributa*). Na początku pryncypatu można już jednak mówić o elementarnej konsekwencji terminologicznej, w szczególności w działalności administracji cesarskiej. To właśnie czynnikowi oficjalnemu: administracji podatkowej, należy przypisać jej wprowadzenie, co znalazło odzwierciedlenie w tytulaturze urzędniczej. Interesującą próbę wyjaśnienia przyczyn tego procesu podjął niedawno Jérôme France, autor powołanych wyżej bardzo interesujących prac na temat rzymskiej terminologii fiskalnej. Jego zdaniem zaważyły względy polityczne, w szczególności nowa koncepcja kondycji prowincji, która powstała u schyłku republiki i na początku pryncypatu, uwzględniająca cechy poszczególnych prowincji i biorąca pod uwagę ich prawa i interesy. Na gruncie fiskalnym doktryna ta przekłada się na przyzwolenie ze strony prowincji na ponoszenie obciążeń podatkowych.

Rzymianie doskonale rozumieli, że ich dominacja nie mogłaby istnieć, jeśli nie byłaby zaakceptowana⁹. Poszukiwanie owego *consensus* było w Rzymie zasadą organizacji społeczeństwa i władzy już w republice, a pryncypat starał się je rozciągać na ogół poddanych państwa. Dla rzymskiej organizacji państwowej i jej obywateli podatek prowincjonalny jest świadczeniem o charakterze odszkodowawczym. Fakt ten nie wyklucza jednak poszukiwania rozwiązań pozwalających na pogodzenie żądań państwa i oczekiwań poddanych. Władza państwowa nie rezygnuje więc w żadnym razie z osiągania wszelkich możliwych dochodów z prowincji, wzywa jednak swoich urzędników, choćby nawet tylko propagandowo, do umiarkowania, a czasem udziela poddanym ulg i zwolnień.

8. G.2,21. GAIUS, *Instytucje*, przeł. C. Kunderewicz, Warszawa 1982, 125.

9. Cic. *rep.* 3,41. CYCERON, *Pisma filozoficzne* (wyżej przyp. 2) 140.

Dla ilustracji warto tu wspomnieć choćby znaną i nośną anegdotę o Tyberiuszu, który w pisemnej odpowiedzi namiestnikom prowincji żądającym podwyższenia podatków miał powiedzieć: „Zadaniem dobrego pasterza jest strzyżenie owiec, a nie obdzieranie ich żywcem ze skóry”¹⁰.

W procesie budowania konsensusu fiskalnego wykorzystano między innymi już istniejącą terminologię. Choćby ze względu na tradycję do dyspozycji były dwa wymienione wyżej terminy. *Stipendium*, pierwotnie żołd, to pojęcie ściśle – przynajmniej mentalnie – związane z podatkiem obywatelskim (państwo ściąga *tributum*, żeby zapłacić *stipendium*). Z czasem jednak konteksty się zmieniły. W wielu źródłach odnoszących się do schyłku republiki i początku pryncypatu, terminowi temu zwyczajowo towarzyszą czasowniki *imperare*, *imponere*, *exigere* i podobne, wskazujące na władcą pozycję rzymskiego państwa. Generalnie zatem słowo *stipendium* jest używane w kontekście podległości, często będącej skutkiem porażki militarnej, w której wyniku strona zwycięska ma korzyść w postaci odszkodowania. Termin ten ma zatem konotację deprecjonującą, której źródłem C. Nicolet doszukuje się w sytuacji Italii po 167 r. przed Chr. i zawieszeniu *tributum civium Romanorum*. Po tej dacie sprzymierzeńcy italicy nadal mieli obowiązek świadczenia *stipendium* i pomocy wojskowej, co powodowało niezadowolenie i stało się jedną z przyczyn wojny domowej – jednej z najkrwawszych w dziejach Rzymu. Jeszcze silniejszy kontekst pejoratywny ma przymiotnik *stipendiarius*, kwalifikujący jakiś grunt jako podległy zwierzchnictwu. Każdy z tych kontekstów wyraźnie podkreśla nierównowagę stron.

To dlatego kancelaria cesarska zdecydowała się na stosowanie eufemizmu w nazewnictwie, odwołując się do starej nazwy daniny płaconej niegdyś przez obywateli rzymskich. Termin *tributum* nie miał charakteru obraźliwego, poniżającego, o ile odnosił się do daniny obywatelskiej, opartej na zgodzie. Można było zatem mieć nadzieję, że w wyniku uszanowania delikatności uczuć mieszkańców prowincji, jak również stworzeniu iluzji, że świadczenie oparte jest na porozumieniu, nastąpi ograniczenie napięć między państwem a zobowiązanymi do świadczenia, w szczególności prowincjonalnymi elitami. Tę nową terminologię, począwszy od panowania Augusta, zastosowano zapewne najpierw w prowincjach cesarskich, w szczególności na zachodzie.

Z drugiej strony konotacja obywatelska i militarna *tributum* zgadzała się dobrze z ideą, według której podatek dostarczany do Rzymu przez prowincje służył do finansowania armii, a więc zapewnienia pokoju. Myśl ta wielokrotnie znajduje odzwierciedlenie w źródłach – dość przywołać na przykład wypowiedź Petyliusza Cerialisa, cytowanego przez Tacyta rzymskiego generała z czasów Wespazjana: nie da się utrzymać pokoju bez armii, nie ma armii bez żołdu, nie ma żołdu bez

10. Suet. *Tib.* 32. SWETONIUSZ, *Żywoty Cezarów*, przeł. J. Niemirska-Pliszczyńska, Wrocław 1987, 151.

trybutu.¹¹ Imperialna propaganda usiłowała zatem wzbudzić przyzwolenie na podatek uprawomocniając go przez przeciwstawienie mu tego, co państwo zapewnia: bezpieczeństwa i stabilizacji, a więc odrzucając propagandowo doktrynę „pokonany musi płacić” na rzecz „wszyscy pracujemy dla pokoju”. Ludność cesarstwa, w szczególności elity, dużą wagę przywiązywały do zachowania stabilności politycznej, społecznej i ekonomicznej, a punktem wyjścia do tej stabilności było zachowanie pokoju na granicach i utrzymanie porządku w Rzymie. Stąd już krok do akceptacji rzymskiej dominacji i porządków, przez które się ona wyrażała, a tym samym potrzeby finansowania środków militarnych i administracyjnych niezbędnych dla zapewnienia pokoju. Akceptacja ta mogła być tym pełniejsza, im bardziej umiarkowane i równomiernie rozłożone były obciążenia.¹²

To oczywiście tylko jedna strona medalu. Druga strona to praktyka podatkowa i reakcje podatników. Przede wszystkim należy sobie uświadomić, że *tributum* w tej epoce nie było jednolitym podatkiem bezpośrednim, jego podstawa i sposób naliczania były różne w różnych prowincjach, uwzględniano bowiem miejscowe realia. Jeśli dodać do tego nie rozważane w tym miejscu koszty poboru świadczenia, które także obciążały podatników, ich wysiłek musiał być niejednokrotnie znaczny. W źródłach nie brak wzmianek o buntach i niepokojach społecznych, których przyczyną było lub mogło być pobieranie *tributum*. Część z nich kończyła się okresowym powodzeniem, tak jak powstanie w 238 r. w Afryce, które wykreowało nowego cesarza Gordiana I¹³, część przybierała postać jednorazowych aktów gwałtu, jak powieszenie przez Fryzów żołnierzy ściągających podatki¹⁴ czy zabójstwo Pizona, zbyt zachłannego namiestnika prowincji Hiszpanii za panowania cesarza Tyberiusza¹⁵. Inne, mniej dramatyczne formy sprzeciwu, jak proste zaniechanie odprowadzania świadczenia, co w naturalny sposób prowadziło do narastania zadłużenia, czy petycje do cesarza, otwierały szerokie pole do pokojowej interwencji władzy państwowej. Państwo interweniowało zawsze, zwykle w sposób adekwatny do okoliczności: raz było to obłożenie niepokornych poddanych szczególnym pogłównym, jak w przypadku Żydów karanych za ich powstania¹⁶, innym razem zwolnienie z podatku z jednoczesnym przyznaniem prawa azylu miastu Aphrodisias dokonane przez Oktawiana za to, że po śmierci Cezara opowiedziało się ono po właściwej stronie w wojnie domowej, innym wreszcie razem mediacje pozwalające na miarkowanie obciążeń.

11. Tac. *hist.* 4,74. TACYT, *Dzieła*, przeł. S. Hammer, t. 2, Warszawa 1957, 234.

12. Cass. Dio 71,3,3. Dio's *Rome*, przeł. H. B. Foster, Bethlehem 1906.

13. Herodian. 7,4-5. HERODIAN, *Historia cesarstwa rzymskiego*, przeł. L. Piotrowicz, Wrocław-Warszawa-Kraków 1983, 129-131.

14. Tac. *ann.* 4,72. TACYT, *Dzieła* (wyżej przyp. 11) t. 1, 257.

15. Tac. *ann.* 4,45. TACYT, *Dzieła* (wyżej przyp. 11) t. 1, 240-241.

16. Mówią o tym między innymi Józef Flawiusz (*Ios. bell. Iud.* 7,218) i Swetoniusz (*Suet. Dom.* 12). JÓZEF FLAWIUSZ, *Wojna żydowska*, przeł. J. Radożycki, Warszawa 1992, 413; SWETONIUSZ, *Żywoty Cezarów* (wyżej przyp. 10) 326.

Pryncypat zatem umiał ponownie wykorzystać elementy wydobyte z instytucji obywatelskich i tradycji republiki tak, aby służyły w nowej rzeczywistości politycznej i administracyjnej. W ten sposób stare słowo *tributum*, stosowane w republikańskiej terminologii fiskalnej, stało się przedmiotem ponownego wykorzystania i z oznaczenia podatku obywatelskiego przeistoczyło się w określenie cesarskiego podatku prowincjonalnego. Państwo nauczyło się nim sprawnie operować, co czyniło z władcy protektora, mogącego przywołać do porządku swych zbyt gorliwych podwładnych i ich napominać, prowadziło też do nieustannego dialogu między poddanymi i władzą. Odwołanie do cesarza, który udziela ulg, łagodzi konflikty, piętnuje nadużycia, nagradza zasługi, bądź piętnuje niepokornych, kreowało politykę unifikacyjną. To daje *tributum* centralne miejsce w stosunkach politycznych, na których opierało się funkcjonowanie świata rzymskiego i czyni z niego, także na poziomie ideologicznym, istotny instrument romanizacji.

Allegationes non leguntur

Z dziejów romanistycznej glosy do pomników prawa sasko-magdeburskiego

1. Związek frazeologiczny *Graeca sunt, non leguntur* czy – jak w tekstach niemieckich – po prostu *Graeca non leguntur* ma dziś w historycznoprawnej odmianie języka naukowego znaczenie ironiczne. Określa podejście do trudnych źródeł, argumentów czy faktów, polegające na ich ignorowaniu. Nawiązuje do praktyki średniowiecznych kopistów, którzy w przepisywanych tekstach zastępowali nim fragmenty podane w nieznanej im grece, a także do uczonych w prawie, którzy w trakcie wykładów pomijali niezrozumiałe teksty. Dopiero w świetle paradygmatu obowiązującego w nauce od czasów odrodzenia postawa taka stała się naganna. Należy podejmować wyzwania... Cytowana fraza może być jednak z drugiej strony wyrazem postawy pragmatycznej, a także jej usprawiedliwieniem w razie naruszenia wartości paradygmatycznych. Czy warto w pewnych przypadkach zwiększać kosztem znacznego wysiłku swoje kompetencje i umiejętności, skoro nie ma z nich praktycznego pożytku? Ten aksjologiczno-uitylitarne dylemat daje się zauważyć w podejściu do odwołań do źródeł prawa rzymskiego (alegacji) w piśmiennictwie polskiego prawa miejskiego, a jego rozstrzygnięcie ma daleko-
siężne konsekwencje dla recepcji prawa rzymskiego w Królestwie Polskim.

2. Wywód o testamentach w „Tytułach prawa magdeburskiego” Bartłomieja Groickiego zaczyna się od stwierdzenia, że w „prawie magdeburskim i saskim barzo mało o testamencie pisano”¹. B. Groicki uważa, że było to wynikiem dawnego i trwałego przekonania „ludzi w saskiej ziemi”, iż dziedziczenie jest konsekwencją więzów krwi, a spadek przypada osobom „które się bliższe najdowały”. Jest oczywiste, że w czasach, gdy jedyną podstawą powołania do spadku było prawo zwyczajowe oparte o pokrewieństwo², prawa majątkowe nie mogły przechodzić na spadkobierców w drodze jakiegoś rozporządzenia ostatniej woli

1. B. GROICKI, *Tytuły prawa majdeburskiego*, Warszawa 1954, 177

2. We wstępie do *Tytułów prawa majdeburskiego* Karol Koranyi określa normy dotyczące dziedziczenia w prawie saskim jako „instytucję dziedziczenia ustawowego”. GROICKI, *Tytuły* (wyżej przyp. 1) iv. M. KASER, *Das römische Privatrecht*, t. 1, wyd. 2, München 1971, 92 przyp. 5, zwraca uwagę, że ten współczesny termin nie pasuje do prawa rzymskiego, gdyż ma ono w zakresie dziedziczenia beztestamentowego przedustawowe źródła i opiera się nie tylko o ustawy. Tym bardziej nie jest adekwatny w stosunku do prawa saskiego.

zmarłego („z odkazowania testamentnego”). Kiedy jednak w późniejszym okresie w obrocie prawnym pojawiły się elementy dziedziczenia testamentowego, a zwyczajowe prawo niemieckie nie wykształciło w tym zakresie odpowiednich mechanizmów, lukę prawną należało w jakiś sposób zapełnić. W XIV wieku dla wykształconych jurystów niemieckich, którzy sami otwierali drogę nowym instytucjom, oczywistym rozwiązaniem było sięgnięcie do prawa rzymskiego. B. Groicki mówi wyraźnie: to glosa do art. 65 „Weichbildu” magdeburskiego „każe się w tym praw cesarskich dokładać”. Sformułowanie B. Groickiego jest odnotowywane w literaturze jako argument świadczący o wpływie prawa rzymskiego na „polskie prawo miejskie”. W istocie pokazuje tylko, że B. Groicki, zgodnie z obowiązującą doktryną, traktował glosę do niemieckich pomników prawa saskiego jako ich część integralną. Jest to zresztą stwierdzenie oczywiste, potwierdzone w całym dziele tego autora. Znając glosę, miał świadomość jej przynależności do prawa uczonego i jednocześnie głębokiej zależności od prawa rzymskiego. Zależność ta była oczywista nawet dla nieobebranego z jego źródłami pisarza krakowskiego sądu wyższego prawa niemieckiego. Romanistyczny charakter glosy uzewnętrzniał się w jej budowie. Widoczny był w argumentacji *ex auctoritate* norm prawa rzymskiego, zakładającej ich niewzruszalną moc obowiązującą, i w stałych odwołaniach do poszczególnych *loci* kodyfikacji justyniańskiej oraz *Authenticum*, widocznych w strukturze tekstu. Uznając glosę, B. Groicki uznaje równocześnie „prawo cesarskie”. Można odnieść wrażenie, że w cytowanym fragmencie „Tytułów” autor kieruje czytelnika, chcącego poznać zasady dziedziczenia testamentowego w prawie miejskim, bezpośrednio do norm „systemu” prawa rzymskiego. Jego ogólne sformułowanie brzmi jak „przepis odsyłający”. Z drugiej strony – B. Groicki kontynuuje swój dyskurs, można więc oczekiwać, że sam spełni zalecenie glosy.

3. Opinia glosy o konieczności sięgnięcia do prawa rzymskiego jest w pełni uzasadniona. W prawie majątkowym ludów germańskich wspólnota rodzinna czy rodowa (*Sippe*) odgrywała rolę fundamentalną, podobnie zresztą jak u Słowian³. Spójność grup społecznych wynikała przede wszystkim ze związków pokrewieństwa. W szerszym wymiarze opierała się o pochodzenie od wspólnego przodka. Na pokrewieństwie bazowały grupowe struktury przywództwa i struktury komunikacyjne. Miejsce w wielkiej rodzinie i w rodzie stawało się

3. Wspólnota zbudowana na związkach krwi lub władzy patriarchalnej (kognatyczna lub agnatyczna) była zresztą charakterystyczna dla faz początkowych rozwoju wszystkich ludów indoeuropejskich (i nie tylko). Związane są z nią także rolniczo-pasterskie początki państwa rzymskiego i prawo jego mieszkańców, w którym najwcześniejsze zasady dziedziczenia również preferować miały wspólnotę, a porządek oparty o subiektywną wolę patriarchalnej głowy rodziny miał mieć późniejszy (choć też archaiczny) rodowód. Por. KASER, *Das römische Privatrecht* (wyżej przyp. 2) 92-93 (wbrew przeciwnej koncepcji P. Bonfantego) 142. Por. F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Law of Succession. Roman Legal Framework and Comparative Law Perspective*, Warszawa 2011, 88.

przesłanką pozycji jednostki w zbiorowości. Jej status był dziedziczony i cyklicznie powtarzany w wymianie pokoleniowej. Dotyczył w pierwszym rzędzie dostępu do dóbr materialnych i podziału ról społecznych⁴. Realny kształt tkwiącego w tym układzie potencjału determinowany był w czasach pokoju przez materialny stan posiadania rodu czy wielkiej rodziny, do której jednostka należała. Pionowa ruchliwość społeczna była zjawiskiem wykraczającym poza statystyczną normę. Zbiorowości rodowe konserwowały w zasadzie *status quo*. Zapewniały sobie trwałość także poprzez zasady dotyczące przekazywania majątku między kolejnymi pokoleniami. Dla wzmocnienia pozycji rodziny należało utrzymywać i powiększać podstawę wspólnej egzystencji, a nie dzielić między jej członków czy wyprowadzać poza jej obręb (a w każdym razie minimalizować uszczerbki i wymagać rekompensat)⁵. Zasady dziedziczenia były proste i wsparte „odwieczną”, choć także zmieniającą się, tradycją⁶. Dopóki działały, struktura rodzinna i rodowa trwały w dotychczasowej postaci. Z drugiej strony – dopóki rozwój społeczny nie doprowadził do ograniczenia ich znaczenia – stosowanie tych zasad było samo w sobie uznaną i powszechnie przyjmowaną wartością. W przyjętym porządku społecznym wola jednostki co do dziedziczenia nie miała znaczenia. Nie było w nim miejsca dla indywidualizmu prawa rzymskiego. Germańskie prawo zwyczajowe, dalekie od rzymskiej koncepcji własności, nie przewidywało swobody testowania. Przejście *mortis causa* prawa dysponowania majątkiem na określonych przez zwyczaj krewnych nie wymagało oświadczenia woli. Reguła społeczna działała automatycznie⁷. Z biegiem czasu wytworzyły się jednak bardziej zróżnicowane zasady dziedziczenia, które brały pod uwagę interesy różnych kategorii spadkobierców. Dopiero jednak pod koniec średniowiecza zaczęto w pewnej mierze uwzględniać także interesy spadkodawców⁸.

Ewolucja stosunków społecznych, w szczególności rozwój miast, rzemiosła i handlu oraz struktur kościelnych, doprowadziła w końcu także na obszarze

4. O roli rodziny i związków krwi u Germanów, patriarchalnej strukturze zbiorowości, o zasadach dziedziczenia i wykluczeniu testamentu pisał pod koniec I wieku po Chr. Tacyt, z dystansem do zwyczajów obcych w jego czasach Rzymianom. Por. Tac. *Germ.* 20, 4-5: *Quidam sanctiorem artioremq[ue] hunc nexum sanguinis arbitrantur et in accipiendis obsidibus magis exigunt, tamquam et animum firmitus et domum latius teneant. Heredes tamen successoresque sui cuique liberi, et nullum testamentum. Si liberi non sunt, proximus gradus in possessione fratres, patrui, avunculi. Quanto plus propinquorum, quanto maior adfinium numerus, tanto gratiosior senectus; nec ulla orbitatis pretia.*

5. Co do instytucji „wspólnej ręki” (*Gesamthandsgemeinschaft*) por. G. BUCHDA, *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, t. 1, Berlin 1971, s.v. *Gesamthand, gesamte Hand*, szp. 1587-1590. O „zapłacie” za żonę i odwzajemnieniu wspomina Tac., *Germ.* 18,2-3.

6. H.-R. HAGEMANN, *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte* (wyżej przyp. 5) t. 1, Berlin 1971, s.v. *Erbrecht*, szp. 971-976.

7. Wspólnoty przybierały szczególne formy wspólnot domowych, braterskich, chłopskich, rycerskich (*Hausgemeinschaften, Brüdergemeinschaften, Gemeinsamkeit von Mus und Brot, Feuer und Rauch, Gemeinderschaften, Ganerbschaften*). Silnie rozwinięta instytucja *Gesamthand* przetrwała nawet przemiany społeczeństwa średniowiecznego. Por. BUCHDA, *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte* (wyżej przyp. 5) 1588.

8. Por. A. ERLER, *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte* (wyżej przyp. 5) t. 1, s.v. *Eintrittsrecht*, szp. 908-910. Por. pierwotną instytucję „przyrostu”: W. BUNGENSTOCK, *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte* (wyżej przyp. 5) t. 1, Berlin 1971, s.v. *Anwachsung*, szp. 181.

zasiedlonym wcześniej przez ludy germańskie do rozluźnienia, a potem rozpadu dawnych struktur społeczeństwa z jego utrwaloną hierarchią i konserwującym ją zwyczajem. Nowy potencjał rozwoju społecznego u schyłku średniowiecza otworzył przestrzeń dla awansu indywiduum, tworząc załączki przyszłych „praw podmiotowych”. Uprawnienia jednostki rodziły się w konfrontacji z dotychczasowym porządkiem prawnym zbiorowości. Z pewnością proces przewyższania przeszłości przyspieszyła legistyczna i kanonistyczna formacja prawników, dominujących w XIV wieku intelektualnie na dworach, w kuriach, we władzach miejskich i stopniowo w całym niemieckim obrocie prawnym oraz w sądowej praktyce. Proces ten miał swoje obiektywne przesłanki, ale prawnicy niemieccy wyznaczali jego standardy i mieli w zanadrzu gotowe wzorce. B. Groicki jest w swoich „Tytułach” tylko późnym i peryferyjnym komentatorem tego zjawiska, piszącym w miejscu, do którego dochodziły po wielu dziesięcioleciach tylko echa wielkich wydarzeń i procesów, które działy się gdzie indziej. Opinia B. Groickiego nie jest jednak jego własnym poglądem. Początek rozdziału „Testamenty” w „Tytułach prawa magdeburskiego” zawiera bowiem po części tłumaczenie, a po części parafrazę glosy do wspomnianego art. 65 „Weichbildu” magdeburskiego (*Iuris Municipalis Maideburgensis*):

(glossa marginalis „g” ad art. 65 „Weichbildu”, ed. Jaskier [1535], s. 230b; [1602]⁹, s. 671) *Jus municipale praesens tum et provinciale Saxonicum parum admodum de testamentis disserit, intentio enim Saxonum semper erat ut bona magis per successionem agnatorum cognatorumque quam ex legatis haereditarent. Tu tamen de testamentis vide Insti. de testamen. ordi. et item ff. et C. eodem titu. per totum.*

(B. Groicki, *Tytuły prawa majdeburskiego*, „Testamenty”, s. 177) „W prawie majdeburskim i saskim bardzo mało o testamentach pisano. Albowiem onych ludzi w saskiej ziemi ten był zawždy umysł, aby majątność każdego na dziedzicze jego nie tak z odkazowania testamentnego, jako z spadku bliskości na osoby, które się bliższe najdowały, przychodziła. Dla tego glosa Iure Mun. Artic. 65 każe się w tym praw cesarskich dokładać”.

4. Porównanie obu tekstów pozwala dostrzec specyfikę podejścia Groickiego do prawa rzymskiego i jego źródeł. W zestawieniu preferowanej przez Sasów beztestamentowej sukcesji krewnych w linii męskiej i żeńskiej z obcymi niemieckiemu prawu zapisami testamentowymi glosa stara się uniknąć ostrego

9. Wydanie krakowskie z 1535 i zamojskie z 1602 obejmują *Juris provincialis quod Speculum Saxonum vulgo nuncupatus libri tres*, *Juris Municipalis Majdebursensis Liber vulgo Weichbild nuncupatus* oraz rodzaj indeksu rzeczowego do obu poprzednich części – *Promptuarium Juris Provincialis Saxonici, quod Speculum Saxonum vocatur, tum et Municipalis Maideburgensis summa diligentia recollectum et ad communem editum utilitatem*.

przeciwstawienia. Zastosowanie określenia *magis*, którym juryści rzymscy posługują się, gdy chcą wskazać znaczny stopień zgodności zaproponowanego rozwiązania z obowiązującym systemem aksjonormatywnym (w kontekście przyjętego *tertium comparationis*) albo większe prawdopodobieństwo lub tylko przewagę statystyczną danego elementu w większym zbiorze faktów czy zdarzeń prawnych, zaciera przedstawiony wcześniej „konflikt genetyczny”. Perspektywa historyczna, z której autor glosy czynił swoje uwagi, była jednak zapewne właśnie taka. W zachowanej pamięci historycznej współlistniały już obie formy dziedziczenia, z trwałą dominacją niemieckich. Użyte w glosie terminy pochodzą z prawa rzymskiego, chociaż nie występują tam we właściwych mu pierwotnie znaczeniach. Agnacja to pokrewieństwo w linii męskiej, a kognacja – żeńskiej, nie zaś – jak pierwotnie – pokrewieństwo prawne przez podległość władzy ojca rodziny oraz faktyczne przez związki krwi. Także występujące w tekście glosy dziedziczenie *ex legatis* wychodzi swoją treścią poza pojęcie rzymskich legatów. Praktyka, wprowadzająca do prawa niemieckiego element woli spadkodawcy, nie daje jej przez długi czas charakteru absolutnego. Nie realizuje bowiem istoty *successio universalis*. Wyznaczenie w testamencie zapisobierców (*legatarii*, a także odpowiedników *legatarii partiarum*) oraz wyznaczenie spadkobierców (*haeredes*) wydają się być tym samym. Majątek zmarłego nie jest traktowany jako jednolita całość. Jest podzielony na określone masy i kategorie samych rzeczy, które zwyczajowo powinny przypadać określonym spadkobiercom beztestamentowym. Początkowo wola spadkodawcy koryguje jedynie automatyzm dziedziczenia określonych mas majątkowych, ale go nie usuwa. Różnicuje dziedziczenie w ich ramach, tak jakby rzeczywiście chodziło o rzymskie zapisy. Nie obejmuje jeszcze całości majątku i nie powołuje uniwersalnych *haeredes*¹⁰.

B. Groicki mówi z kolei jedynie o testamencie, nie odnosząc się do charakteru dziedziczenia i nie nawiązuje ani do terminów użytych w glosie, ani do pojęć prawa rzymskiego. Parafrazując tekst, wydaje się natomiast rozumować w kategoriach prawa niemieckiego. Sformułowanie o agnatach i kognatach wywołuje u niego reminiscencję dotyczącą niemieckiej zasady bliskości: *je näher dem Blut, je näher dem Gut*¹¹. To ona w jego parafrazie zastępuje rzymskie (przynajmniej formalnie) odniesienie do rodzajów pokrewieństwa¹². B. Groicki nie czuje potrzeby recepcji

10. F. EBEL, *Des spreke wy vor eyn recht... Versuch über das Recht der Magdburger Schöpfe*, w: *Unseren fruntlichen grus zuvor. Deutsches Recht des Mittelalters im mittel- und osteuropäischen Raum. Kleine Schriften*, red. A. FIJAL, H.-J. LEUCHTE, H.-J. SCHIEWER, Köln-Weimar 2004, 479-480; 487. W miastach pozostających pod wpływem prawa magdeburgskiego testamenty znalazły zastosowanie w XV wieku, ale mogły zawierać rozporządzenia dotyczące tylko ruchomości (a nie na przykład udziału w spadku). Dopiero od XVI wieku do orzecznictwa magdeburgskiego przenikają rzymskie zasady swobody testowania. Ostrożna praktyka miejska stara się jednak zachować możliwie długo tradycyjny porządek „Zwierciadła Saskiego”.

11. Im bliższe pokrewieństwo, tym większe prawo do majątku. Por. ERLER, *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte* (wyżej przyp. 5) t. 1, szp. 909; HAGEMANN, *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte* (wyżej przyp. 5) t. 1, szp. 972.

12. Por. ujęcie w „Tytułach prawa magdeburgskiego”, w rozdziale „O spadkach a o bliskościach”, GROICKI, *Tytuły prawa magdeburgskiego* (wyżej przyp. 1) 5-9.

terminologicznej w ślad za glosą. Prawdopodobnie sądzi, że nowy termin zaburzyłby zwykłemu czytelnikowi rozumienie tego porządku, który był mu znany i faktycznie dalej trwał.

Glosa określa ponadto, jakie tytuły „Instytucji” i „Kodeksu” mają stanowić dla niemieckiego prawa miejskiego źródło norm prawnych w zakresie dziedziczenia testamentowego. Są to odpowiednio I. 2,10 (*de testamentis ordinandis*) i C. 6,23 (*de testamentis quemadmodum testamenta ordinantur*). Tekst glosy wydaje się sugerować, że odsyła ona do księgi o podobnym tytule również w „Digestach” (*ff.*). Brak jest w nich jednak tytułu o takim brzmieniu i wobec tego odesłanie okazuje się ogólne. Jest prawdopodobne, że to zamierzony zabieg autora glosy, gdyż jako baza źródłowa wchodzić mogą w rachubę przynajmniej trzy tytuły: D. 28,1 (*qui testamenta facere possunt et quemadmodum testamenta fiant*), D. 29,3 (*testamenta quemadmodum aperiantur inspiciantur et describantur*) i D. 35, 1 (*de condicionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum, quae in testamentis scribuntur*)¹³. W nich przede wszystkim, choć nie wyłącznie, są zawarte normy określającą instytucję testamentu oraz zasady, które jej dotyczą. Sądzić należy, że glosa w tym miejscu mówi o konieczności integralnego wykorzystania odpowiednich źródeł justyniańskich. Podkreśla bowiem nieodzowność posługiwania się nimi w tej materii *per totum*, całościowo. Jest to zrozumiałe, skoro wymagają tego potrzeby praktyczne, które inaczej nie mogą zostać zabezpieczone wobec braku źródeł prawa sasko-magdeburgskiego.

Wykaz źródeł, w których według glosy należy szukać obowiązujących norm z zakresu dziedziczenia testamentowego, zostaje jednak w parafrazie B. Groickiego świadomie pominięty. B. Groicki referuje głosę z pewnego dystansu, z zewnątrz, tak jakby mówił, że ustanawia ona, co prawda, model idealny, ale model ten funkcjonuje w innej rzeczywistości niż ta, w której obraca się sam autor i jego polscy czytelnicy. W Krakowie i w ogóle w Królestwie Polskim nie ma potrzeby wyszczególniać, których praw cesarskich „każe się w tym glosa dokładać”. Nikt z nich nie będzie bowiem sięgać do „Instytucji”, „Digestów” i „Kodeksu”, a już szczególnie wykorzystywać ich *per totum*. Wiedza „o testamenciech” zawarta w dziele B. Groickiego powinna wystarczyć każdemu potrzebującemu.

Stanowisko to na pierwszy rzut oka może wydać się zastanawiające. Od dawna zwracano uwagę na fakt, że B. Groicki w pracach dotyczących prawa miejskiego stawiał sobie cele dydaktyczne¹⁴. Pragnął ułatwić zrozumienie

13. POF. A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953, s.v. *testamentum*, 733 (także I. 2,17 – *quibus modi testamenta infirmantur*); W. OSUCHOWSKI, *Zarys rzymskiego prawa prywatnego*, Warszawa 1962, 472.

14. B. GROICKI, *Porządek sądów i spraw miejskich prawa majdeburgskiego w Koronie Polskiej*, Warszawa 1953, 4, 7. Zob. K. KORANYI, *Wstęp, Porządek sądów i spraw miejskich prawa majdeburgskiego w Koronie Polskiej*, xi. W. URUSZCZAK zgodnie ze swoją typologią zalicza nawet dzieła B. Groickiego do kategorii kodeksów-podręczników (*La typologie de codes de droit parus en Pologne à l'époque de la Renaissance*, w: *Historia integra. Księga pamiątkowa ofiarowana prof. S. Salmonowiczowi w siedemdziesięciolecie urodzin*, red. D. JANICKA, R. ŁASZEWSKI, Toruń 2001, 301).

oraz prawidłowe stosowanie całego „systemu” tego prawa w sądach, a także upowszechnić jego znajomość wśród osób, które się nim rządziły. Deklarował jednocześnie przekonanie, że znajomość łaciny w Polsce, nawet w grupie średnio wykształconych, jest na tyle powszechna, iż język nie stanowi bariery w poznaniu źródeł prawa¹⁵. W tej sytuacji zrozumiałe wydawałoby się zalecenie czytelnikom bezpośredniego kontaktu ze wskazanymi źródłami. Byłby on zarówno możliwy, jak i pożyteczny w tej hipotetycznej optyce, zaś odesłanie czytelników do nich, tak jak to czyniła glosa, byłoby naturalną wskazówką metodyczną¹⁶. Fakt, że B. Groicki rezygnuje z lektury źródeł, każe zapytać o jego stosunek do glosy, w którą opatrzone urzędowe teksty „Zwierciadła Saskiego” i „Weichbildu” magdeburgskiego. Doktryna i praktyka uznawały je wraz z nimi za jedną spójną całość normatywną. Integralną częścią glosy były z kolei cytaty ze źródeł prawa rzymskiego oraz kanonicznego, jak również odesłania do ich źródeł¹⁷. Czy obok przepisu podstawowego B. Groicki uznawał całość glosy z alegacjami? Czy tylko sam tekst glosy? A może raczej własną interpretację glosy w świetle znanej mu praktyki zwyczajowej?

5. „Zwierciadło Saskie” (*Sachsenspiegel*) jest prywatnym spisem zwyczajowego prawa saskiego. Autor, Eike von Repkow (Repgow), sporządził go w trzecim dziesiątku lat trzynastego wieku, prawdopodobnie najpierw w wersji łacińskiej, a później w postaci znacznie rozszerzonej, w języku dolnoniemieckim, ujednolicając rozbieżne normy i dokonując ich systematyzacji¹⁸. „Zwierciadło Saskie” składa się z dwu części. Pierwsza zawiera prawo ziemskie („Landrecht”), druga lenne („Lehnrecht”). Księga prawa ziemskiego dotyczy praw wszystkich wolnych ludzi, łącznie z chłopami. Obejmuje prawo sądowe razem z ustrojem wymiaru sprawiedliwości. Księga prawa lennego przedstawia stosunki między

15. GROICKI, *Tytuły prawa magdeburgskiego* (wyżej przyp. 1) 23: „Bo rzadki Polak i na miasteczkach, który umiejąc polskie czytać, aby też i łaciną nie szermował”. Sformułowanie to ma jednak w znacznej mierze charakter retoryczny. Stanowi uzasadnienie i usprawiedliwienie wprowadzenia do księgi obszernego łacińskiego fragmentu o zasadach dziedziczenia beztestamentowego pióra Stanisława Eichlera, wójta sądu wyższego, a więc zwierzchnika B. Groickiego (*ibidem*, 24-37). Opinia nie musi zatem odpowiadać rzeczywistym poglądom B. Groickiego. Sama idea opracowania prawa miejskiego w języku polskim świadczy, że zdawał on sobie sprawę, iż czytelnicy łacińskiej wersji prawa stanowią grupę elitarną, nawet jeśli elita „łacinników” była dość liczna i miała większą niż przeciętna znajomość prawa. Założone przez niego rozpowszechnienie prawa miało z natury charakter antyelitarny.

16. Innym czynnikiem ograniczającym dostępność źródeł prawa rzymskiego w Królestwie Polskim mogła być niewielka ilość ich egzemplarzy w obiegu. Problem ten nie jest jednak odnotowany przez B. Groickiego. Wydaje się, że chociaż „na miasteczkach” trudno byłoby szukać „Digestów”, to w miastach z ich sądami i instytucjami duchownymi, w klasztorach i w bibliotekach większych szkół parafialnych, znaleźć można było pewną ilość ich wydań i dawniejszych manuskryptów.

17. W samej glosie do „Zwierciadła Saskiego” znajduje się około 6200 cytatów i odesłań do źródłowych fragmentów prawa rzymskiego i prawa kanonicznego. Por. H. LÜCK, *Sachsenspiegel und Magdeburger Recht. Grundlagen für Europa.. Eine Ausstellung des Landes Sachsen-Anhalt*, Denkströme. Journal der Sächsischen Akademie der Wissenschaften 4 (2010) 81-104 = TENZE, *Zwierciadło saskie i prawo magdeburgskie fundamentem dla Europy – wystawa zorganizowana przez kraj związkowy Saksonia-Anhalt w Krakowie*, Zeszyty Naukowe Muzeum Historycznego w Krakowie 26 (2008) 143-158 [on-line: <http://www.denkstroeme.de/heft4/81-104/lueck>, dostęp 15.11.2011, część 2].

18. Por. H. SCHLOSSER, *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte* (wyżej przyp. 5) t. 1, s.v. *Eike von Repgow*, szp. 896-898; R. LIEBERWIRTH, *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, t. 1, wyd. 2, Berlin 2008, s.v. *Eike von Repgow*, szp. 1288-1292.

stanami. „Zwierciadło Saskie”, a przede wszystkim „Landrecht”, jako źródło prawa pisanego rozprzestrzeniło się w krótkim czasie na obszarze północnych i wschodnich Niemiec, a później wszędzie tam, gdzie prowadzona była kolonizacja na prawie niemieckim (saskim) lub przyjmowano to prawo dla wcześniej istniejących osad¹⁹. „Landrecht” nie regulował specyficznych stosunków prawnych w miastach. Prawo miejskie w środkowowschodniej części Niemiec oraz na przyległych terenach księstw polskich kształtowało się począwszy od XII i XIII wieku pod wpływem wzorów płynących z silnego ośrodka w Magdeburgu (*ius magdeburgense*). Spis norm tego prawa, dotyczących zarówno prawa sądowego, jak i wewnętrznej organizacji władz, nazywany był „Weichbild” (*ius municipale*). Istniały jego różne odmiany. Te, które stosowano w miastach położonych na ziemiach polskich, wykształciły się ostatecznie w XIV wieku. W miastach rządzących się *ius municipale magdeburgense Weichbild* traktowano jako źródło prawa razem ze „Zwierciadłem Saskim” („Landrechtem”).

E. von Repkow nie miał wykształcenia prawniczego. Znał co prawda elementy prawa kanonicznego i zapewne dysponował jakąś podstawową wiedzą z zakresu prawa rzymskiego, jednak obca mu była tendencja, cechująca jurystów kształconych w „oboju prawach” na średniowiecznych uniwersytetach²⁰. Nie odczuwał zatem konieczności interpretowania oraz przekształcania norm o partykularnym charakterze i pozasystemowym wobec obu praw uniwersalnych pochodzeniu przy pomocy wypracowanych przy ich analizie pojęć. Nie interesowało go też wprowadzenia heteronomicznych źródeł, czyli prawa saskiego do jednolitego porządku prawa boskiego (kościelnego) i cesarskiego. Kwestia mocy obowiązującej prawa saskiego (w dzisiejszym rozumieniu obowiązywania prawa) nie zajmowała autora „Zwierciadła”. Nie chciał ze swojego prawa zwyczajowego uczynić partykularnej części systemu powszechnego. Nie spisywał go po to, by jako prawo pisane mogło stać się trwałym źródłem orzecznictwa. Nie uważał go nawet za bezwzględnie wiążące²¹. Było raczej pomocniczym wskazaniem istniejącej tradycji dla sędziego orzekającego wedle swojej wiedzy i sumienia.

Już jednak w czasie, gdy E. von Repkow pracował nad swoim dziełem, w doktrynie „prawa uczonego” nabierał coraz większego znaczenia postulat pisemności prawa jako jednolitej podstawy orzecznictwa, by w późnym średniowieczu stać się obowiązującym dogmatem, utrwalonym na następne stulecia. Źródła swoje

19. Zachowało się około 470 rękopisów „Zwierciadła”. Por. Lück, *Sachsenspiegel* (wyżej przyp. 17) i. „Zwierciadło Saskie” obowiązywało w niektórych częściach Niemiec jako prawo posiłkowe do 1900 roku (jeszcze w 1932 roku powoływano się na nie w wyroku sądowym). Na obszarach Europy środkowo-wschodniej było stosowane do XIX wieku.

20. Słuszna jest opinia F. Wieackera, że postać autora „Zwierciadła” powinna być rozpatrywana z punktu widzenia właściwej dla jego epoki formacji kulturalnej oraz w jej całokształtowej perspektywie. Staje się ona wtedy bliższa glosatorom, niż wydaje się to na pierwszy rzut oka. Por. F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen 1967, 107.

21. Por. B. KANNOWSKI, *Das Verhältnis von Partikularrecht und Reichsrecht in der Buchischen Glosse zum Sachsenspiegel*, RIDC 20 (2009) 141.

czepie on z prawa rzymskiego. Jako norma prawna potwierdzony został przy regulacji procesu przez Justyniana²². Później stał się częścią nauki legistów, dekretystów i dekretalistów²³. Ostatecznie przyjęto go również w prawie saskim²⁴. W konsekwencji pojawiło się oczekiwanie, by spis nie zawsze pewnego prawa zwyczajowego, w księdze, której nie zatwierdził żaden władca, miał mieć w praktyce rangę podobną jak prawo rzymskie i kanoniczne. Było to możliwe, ale wymagało wcześniej całościowej reinterpretacji tego prawa przez *ius doctum*.

Prace nad „Zwierciadłem” podjęte zostały w sto lat po jego powstaniu i trwały ponad sto dalszych lat. Ich zasadniczy etap dokonany został już między 1325 a 1333 rokiem przez Johanna von Bucha i przybrał charakter glosy do zbioru E. von Repkowa²⁵. Dzieło J. von Bucha było bardzo obszerne, czterokrotnie większe od tekstu objaśnianego. Autor, opracowując glosę, korzystał przede wszystkim ze źródeł prawa rzymskiego i z *Glossa ordinaria* Akursjusza (przejęcia z niej są często dosłowne²⁶), w znacznej mierze także ze źródeł prawa kanonicznego oraz glosy do nich, jak również z *Liber Feudorum*. Tekst glosy podporządkowany jest podziałowi „Zwierciadła” na artykuły. Wielkość i budowa glos do poszczególnych artykułów są jednak zróżnicowane. Obok objaśnień dotyczących znaczenia poszczególnych słów czy zwrotów glosowanego tekstu, a także treści i zakresu występujących tam pojęć, które formułowane były na sposób przyjęty przez glosatorów źródeł rzymskich, pojawiają się w nich także komentarze do całych artykułów lub nawet do instytucji, o których mowa w wielu miejscach „Zwierciadła”. Zdarzają się też obszerniejsze wypowiedzi o charakterze monograficznym. Uderzającą cechą glosy jest ogromna liczba cytatów ze źródeł prawa rzymskiego i prawa kanonicznego (a dodatkowo także feudalnego)

22. Por. grecką konstytucję Justyniana C. 3,1,11 z 527 roku (w tłumaczeniu: *secundum leges magistratus causa decident...*). Por. E. SZYMOSZEK, *Pozycja sędziego wobec stron w procesie justyniańskim*, AUWr 516 (1980) Prawo XCI, 13.

23. M. BELLOMO, *L'Europa del diritto comune*, wyd. 5, Roma 1989, 182, wskazuje na znaczenie zmieniających się między XII a XIV wiekiem relacji między *sistema iuris* i *sistema legum*. *Aequitas* zaczyna być wtedy interpretowana jako sprawiedliwość, a prawo (*ius strictum*) staje się jednoznacznie *lex (ius scriptum)* w rozumieniu aktu normatywnego wydanego lub potwierdzonego przez władzę. Podstawą orzekania mogło zatem być tylko prawo spisane (i dodatkowo słuszne opinie znawców prawa), nie zaś swobodne uznanie sędziowskie. Zob. W. LITEWSKI, *Der römisch-kanonische Zivilprozess nach den älteren ordines iudicarii*, t. 1, Kraków 1999, 467: „ein guter Richter fungiert nicht aufgrund seines *arbitrium*, sondern nach *leges*”. Wyroki sprzeczne z prawem pisanym były w myśl *ordines iudicarii* nieważne (*ibidem*, 472).

24. Por. glosę do artykułu II, 41 „Zwierciadła Saskiego”, odwołującą się między innymi do justyniańskiej konstytucji C. 7,45,13 z 529 roku (*cum non exemplis, sed legibus iudicandum est*). W epoce, w której żył B. Groicki, dogmat *ius scriptum* oznaczał nie tylko stosowanie prawa zawartego w źródłach ujednoliconych i autoryzowanych przez władzę, ale także wykorzystanie druku jako czynnika standaryzacji i rozpowszechnienia właściwych przepisów. Por. A. WOLF, *Die Gesetzgebung der entstehenden Territorialstaaten*, w: *Handbuch der Quellen und Literatur der Neueren Europäischen Privatrechtsgeschichte*, t. 1, red. H. COING, München 1973, 534-539.

25. Autor, zwany w źródłach także von Buch, von Bock, Boek, Boich, Buk, a czasem Henning, był wykształconym w Bolonii (inskrpcja w 1305 roku) znawcą prawa rzymskiego i kanonicznego, a później sędzią w służbie margrabiego brandenburskiego. Por. H. SCHLOSSER, *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, (wyżej przyp. 5) t. 1, s.v. *Buch, Johann u.*, szp. 526-527; H. KÜMPER, *Biographisch-Bibliographisches Kirchenlexikon*, t. 24, Nordhausen 2005, s.v. *Buch, Johann von*, 370-373; LÜCK, *Johann von Buch (ca. 1290 - ca. 1356). Stationen einer juristisch-politischen Karriere*, ZSS GA 124 (2007) 120-143.

26. Są również dokonywane przez autora *en bloc*. Por. B. KANNOWSKI, *Die Umgestaltung des Sachsenspiegelrechts durch die Buchsche Glosse*, Hannover 2007, 89, 483.

oraz odesłań do nich (alegacji)²⁷. Występują w niej także odesłania wewnętrzne, do innych artykułów „Landrechtu”, a także „Lehnrechtu”²⁸.

Glosa J. von Bucha miała dwie kolejne redakcje²⁹ i była początkiem wysiłków następnych pokoleń prawników, zmierzających do jej uzupełnienia oraz do całkowitego zharmonizowania „Zwierciadła Saskiego” z prawem uczonym³⁰. Najważniejsza była powstała pomiędzy 1374 a 1410 rokiem tak zwana *Stendaler Glosse* (inaczej *altmärkische* lub *brandenburgische*) nieustalonego autora oraz glosa Nicolausa Wurma datowana na lata 1374-1387³¹. Obok dwu innych piętnastowiecznych opracowań glosy (*Petrinische Glosse* z 1434 i *Tzerstedische Glosse* z 1442 roku) należy wymienić najszerzej rozpowszechnioną (i przez to najważniejszą) najmłodszą wersję glosy, zwaną „Bocksdorfsche Vulgata”³². Vulgata była „summą” dotychczasowych osiągnięć nauki oraz doświadczeń praktyki i wieńczyła średniowieczny etap przemiany prawa saskiego w zakresie objętym przez „Zwierciadło”³³. Późniejsze zmiany miały charakter w zasadzie tylko aktualizacyjny³⁴.

27. Służy to uzgodnieniu treści „Zwierciadła” oraz źródeł praw powszechnego. Por. LÜCK, *Sachsenspiegel* (wyżej przyp. 17) ii. Niektóre fragmenty glosy są po prostu dosłownymi przejętami z kodyfikacji justyniańskiej. Por. KANOWSKI, *Die Umgestaltung* (wyżej przyp. 26) 133-134.

28. Osobna glosa do prawa lennego w „Zwierciadle” zaczęła powstawać po połowie XIV wieku i również oparta jest o znaczną ilość odwołań do źródeł prawa rzymskiego oraz *Glossa ordinaria* (w mniejszej ilości do źródeł prawa kanonicznego, komentarzy do nich i *Liber feudorum* oraz „Landrechtu”). Por. *Glossen zum Sachsenspiegel-Lehnrecht: Die kürzere Glosse*, t. 2, red. F.-M. KAUMANN, Hannover 2006, 691-703 (Index). W późniejszych wydaniach pojawia się też odwołania do „Weichbildu” i jego glosy.

29. Por. SCHLOSSER, *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, (wyżej przyp. 5) t. 1, s.v. *Buch, Johann v.*; H. LANGE, *Römisches Recht im Mittelalter*, t. 1, *Die Glossatoren*, München 1997, 377; LIEBERWIRTH, *Einleitung*, w: *Glossen zum Sachsenspiegel-Landrecht. Buchische Glosse*, t. 1, MGH Fontes Iuris Germanici Antiqui. Nova Series 7, red. F.-M. KAUMANN, Hannover 2002, vi-lxxxii; KÜMPER, *Kirchenlexikon* (wyżej przyp. 25) s.v. *Buch, Johann von*. Od 1474 roku była wielokrotnie wydawana drukiem.

30. Por. *Geschichtsquellen des deutschen Mittelalters, Eike von Repgow, Sachsenspiegel*, <http://www.repfont.badw.de/eike.pdf>, Repertorium Fontium Historiae Medii Aevi Bayerischen Akademie der Wissenschaften on line (dostęp 18.11.2011). Artykuł zawiera pełną bibliografię przedmiotu.

31. Por. BUCHDA, *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, (wyżej przyp. 5) t. 1, s.v. *Altmärkische Glosse zum Sachsenspiegel*, szp. 144-146; D. PÖTSCHKE, *Ursprung und rechtliche Bedeutung insbesondere der märkischen Rolandstandbilder*, Forum Historiae Iuris. Erste europäische Internetzeitschrift für Rechtsgeschichte, publikacja 27.09.1999, <http://fhi.rg.mpg.de/articles/9909poetschke.htm#Fn116> (dostęp 20.11.2011) 83, 86.

32. Współcześnie uważa się, że jej autorem nie był żaden z żyjących w XV wieku braci von Bocksdorf: ani Dietrich von Bocksdorf, wykształcony w Niemczech i we Włoszech czynny jurysta, później biskup naumburski, zmarły w 1466 roku, ani jego brat Tammo von Bocksdorf, autor szeroko znanych *Additiones* do glosy do „Zwierciadła”. Por. W. WEGENER, *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, (wyżej przyp. 5) t. 1, s.v. *Bocksdorf*, 463-464. Por. H. COING, *Römisches Recht in Deutschland*, Ius Romanum Medii Aevi (IRMAE) t. V.6, Mediolani 1964, 177-186; N. HORN, *Die legistische Literatur der Kommentatoren und der Ausbreitung des gelehrten Rechts*, w: *Handbuch der Quellen und Literatur der Neueren Europäischen Privatrechtsgeschichte*, red. H. COING, t. 1, München 1973, 284. Każdy z braci von Bocksdorf był jednak autorem wielokrotnie wydawanych popularnych opracowań „Landrechtu” saskiego i „Weichbildu” magdeburckiego, przeznaczonych między innymi dla ławników (na przykład *Remissoria* obu braci).

33. Zasadniczym zrębem kolejnych opracowań i samej Vulgaty pozostawała jednak glosa von Bucha. Glosy tworzone były w języku niemieckim. Por. co do innych klasyczne opracowanie C.G. HOMEYERA, *Die deutschen Rechtsbücher des Mittelalters und ihre Handschriften*, Berlin 1856, 5-7, do dziś stanowiące punkt odniesienia dla kolejnych badaczy. W drukach po 1499 roku Vulgata straciła wyłączność i była uzupełniana nowymi dodatkami, częściowo łacińskimi. Łacińską glosę do „Zwierciadła” Homayer odróżnia od tłumaczenia niemieckiej na łacinę. Ich współwystępowanie stwierdza w polskich wydaniach „Zwierciadła”.

34. Uzupełnienia o późniejszą literaturę znaleźć można również w krakowskim tłumaczeniu glosy autorstwa Mikołaja Jaskiera z 1535 roku. Por. J. RESZCZYŃSKI, *Sądownictwo i proces w kodyfikacji Macieja Śliwnickiego z 1523 roku*, Kraków 2008, 619 przyp. 24.

Przemiana dokonana w XIV i XV wieku miała charakter fundamentalny i w efekcie stworzyła w pełni oryginalną hybrydalną formę współistnienia w jednym akcie prawnym zwyczajowego prawa germańskiego i uczonego prawa rzymsko-kanonicznego³⁵. Romanizacja była niezbędna, by prawo saskie w ogóle mogło utrzymać się w obrocie prawnym w nowych warunkach, nacechowanych coraz szerszą praktyczną recepcją zasad prawa uczonego, usuwającego lub wchłaniającego przez działalność swoich przedstawicieli wcześniejsze prawa „prymitywne”. Aby mogło pozostać źródłem prawa sądowego, szczególnie w obliczu przemian zainicjowanych w sądownictwie kościelnym, wnoszących nowe standardy prawno-materialne i procesowe do sądownictwa świeckiego, musiało mieć współczesną interpretację treści oraz analogiczną strukturę i musiało posługiwać się podobnymi pojęciami³⁶. *Rationes decidendi* czerpane z norm prawa saskiego musiały być „kompatybilne” z właściwymi dla prawa powszechnego i dać się formułować w tych samych kategoriach i przy użyciu identycznych technik argumentacji³⁷. „Nadbudowa doktrynalna” miała z kolei dać pewność, że prawo saskie jest rzeczywiście źródłem prawa. W tym celu należało wykazać, że „Zwierciadło” spełnia wymagania formalne i stanowi część dziedzictwa prawa cesarskiego uznanego w formie *ius scriptum*.

Mówiąc inaczej, celem glosy była zmiana statusu „Zwierciadła Saskiego”. Ze źródła, które miało przeminąć bez śladu razem ze stosunkami społecznymi, które je stworzyły, księga stawała się „tekstem kulturowym”, mającym walor ponadczasowości. Przechodziła dzięki nowemu umocowaniu aksjonormatywnemu z obszaru praw partykularnych do kanonu powszechnie akceptowanego. Legitymizacja „Zwierciadła” przez uniwersalne i trwałe wartości rzymsko-kanoniczne otwierała przed nim nowe perspektywy oddziaływania. Kluczowe pojęcia systemowe, w których glosa je zakotwiczyła, odświeżały swoją historycznie zmienną treść dzięki nowym doświadczeniom kolejnych pokoleń. To z kolei pozwalało osiągnąć zawsze aktualną interpretację norm, taką, jaka odpowiadała zmienionym warunkom³⁸.

Zwraca uwagę fakt, że J. von Buch miał świadomość takiego właśnie zadania i znaczenia swojej pracy. W prologu glosy podkreślał, że chce stworzyć możliwość właściwego zrozumienia „Zwierciadła” poprzez jego harmonizację z prawem

35. Por. KANNOWSKI, *Die Umgestaltung* (wyżej przyp. 26) 127; LÜCK, *Sachsenspiegel* (wyżej przyp. 17) ii.

36. LÜCK, *Sachsenspiegel* (wyżej przyp. 17) ii, określa jako „genialne” trwałe scalenie „archaicznego” prawa saskiego z dwoma uniwersalnymi systemami przy pomocy techniki „szkoły bolońskiej”. Należy zauważyć, że glosa von Bucha z punktu widzenia technicznego łączy elementy warsztatu glosatorów i komentatorów.

37. Zob. na temat zakresu zmian prawa niemieckiego przy pomocy glosy oraz sposobu argumentacji i metod von Bucha pionierską pracę B. Kannowskiego (wyżej przyp. 26).

38. Por. K. SEIDEL, *Vorzeigen und nachschlagen. Zur Medialität und Materialität mitteralterlicher Rechtsbücher*, Frühmittelalterliche Studien, Jahrbuch des Instituts für Frühmittelalterforschung der Universität Münster, 42 (2008), red. G. ALTHOFF, H. KELLER, CH. MEIER, Berlin-New York, 2008, 324 wraz z literaturą cytowaną w przypisach 75 i 76.

cesarskim (rzymskim) i prawem kanonicznym, w nadziei, że będzie mogło być stosowane przed sądami kościelnymi z papieskim włącznie. Drugim celem miało być usunięcie z niego sprzeczności z tymi prawami³⁹. Sprzeczność prawa partykularnego z uniwersalnym porządkiem prawnym była bowiem – jak uważał – po prostu błędem.

Formalne włączenie saskiego prawa partykularnego do powszechnie obowiązującego porządku prawnego okazało się względnie proste. J. von Buch uznał, że prawa partykularne są rodzajem *legum specialium*, w postaci przywilejów udzielonych określonej kategorii ludzi, na przykład Sasom⁴⁰. Przyjął następnie, że prawo zawarte w „Zwierciadle” obowiązywać miało na podstawie przywileju wydanego (rzekomo) przez Karola Wielkiego w 810 roku⁴¹. Z natury przywileju wynika dopuszczalność odrębnej regulacji prawa saskiego wobec *ius commune*. Autor glosy uważał, że cesarz mógł dać Sasom w drodze łaski osobne normy, a także zawiesić działanie innych. Treść przywileju dotyczyć mogła tylko norm prawa cesarskiego (rzymskiego), ale nie prawa Kościoła. Wynikała stąd konieczność harmonizacji między oboma systemami powszechnymi na terenie prawa partykularnego⁴².

Koncepcja J. von Bucha została uznana za prawdziwą⁴³ i od drugiej połowy XIV wieku dla nikogo nie ulegała wątpliwości prawomocność Zwierciadła w postaci zmodyfikowanej przez glosę – jako integralnej całości. Już bowiem od końca XII wieku przyjęto w nauce prawa i w jego stosowaniu koncepcję wiążącą mocy *apparato di note*, towarzyszącej tekstowi prawnemu. Zgodnie z poglądami

39. *Glossen zum Sachsenspiegel-Landrecht*. (wyżej przyp. 28) t. 1, red. F.-M. KAUFMANN, Hannover 2002, 97, 103. Podstawowe zadania glosatora miały charakter systemowy. Wyjaśnienie sprzeczności służyło dostosowaniu do reszty norm danego prawa. W wypadku norm „Landrechtu” podstawowym punktem odniesienia było prawo rzymskie i kanoniczne. Postulat wewnętrznej niesprzeczności obejmował jednak w drugiej kolejności także normy samego „Landrechtu”, po ich zharmonizowaniu z prawem wyższego rzędu. Por. LANGE, *Römisches Recht im Mittelalter* (wyżej przyp. 29) 377; PÖTSCHKE, *Ursprung und rechtliche Bedeutung* (wyżej przyp. 31) 85; LÜCK, *Sachsenspiegel* (wyżej przyp. 17) ii; KANNOWSKI, *Das Verhältnis* (wyżej przyp. 21) 127-128. Por. też K. BUKOWSKA, *Orzecznictwo krakowskich sądów wyższych w sporach o nieruchomości miejskie (XVI-XVIII w.)*, Warszawa 1967, 7-8. Krystyna Bukowska słusznie zwróciła uwagę na unifikującą rolę glosy w stosowaniu prawa miejskiego. Jak wiadomo, miało ono wiele wariantów lokalnych. Por. K. BUKOWSKA, *O wpływach obcych w dawnym prawie miast polskich*, 17 CPH 1 (1965) 82-83. Trudniej natomiast przyjąć jej obawy o negatywny wpływ rozbieżnych poglądów. Glosy do pomników prawa niemieckiego były glosami „drugiej generacji” i nie sięgały do dorobku poprzedników w celu prezentacji *disensiones dominorum*, ale po to, by przetworzyć go na modłę własnej epoki (komentatorów). Praktyka wymagała „pozytywnie uzgodnionej części wspólnej” doktryny. Por. też K. BUKOWSKA, *Quelques remarques sur l'application du droit romain dans les villes polonaises du XVI-XVII e siècle à la lumière de la pratique du tribunal supérieur au chateau de Cracovie*, w: *Studi in onore di E. Volterra*, t. 6, Milano 1971, 207-217.

40. Por. KANNOWSKI, *Das Verhältnis* (wyżej przyp. 21) 129, 137.

41. Por. H. LÜCK, *Der Sachsenspiegel als Kaiserrecht. Vom universalen Geltungsanspruch eines partikularen Rechtsbuches*, w: *Heiliges Römisches Reich Deutscher Nation 962 bis 1806. Von Otto dem Großen bis zum Ausgang des Mittelalters*, t. 2, red. M. PUHLE, C.-P. HASSE, Dresden 2006, 263-273; SEIDEL, *Vorzeigen und nachschlagen* (wyżej przyp. 38) 313. Dla autora *Tzerstedische Glosse* (w pierwszej połowie XV wieku) nie ulegało z kolei wątpliwości, że podstawą obowiązywania „Lehnrechtu” był przywilej Fryderyka I (*ibidem*, 324).

42. Normy sprzeczne z nim nie mogły obowiązywać, toteż von Buch uznał, że nie są autentyczną częścią przywileju karolińskiego. Niezależnie od tego, po „kanonizacji” dzieła E. von Repkowa, niemiecki Kościół doprowadził w 1374 roku do uznania przez papieża Grzegorza XI czternastu jego artykułów za nieobowiązujące (*articuli reprobati*).

43. PÖTSCHKE, *Ursprung und rechtliche Bedeutung* (wyżej przyp. 31) 85, uważa, powołując się na prace R. Lieberwirtha i innych, że opinia o „Zwierciadle” jako części prawa cesarskiego była przyjęta już w latach 1365-1366.

glosatorów obowiązywały więc nie tylko same *libri legales*, ale także glosy i interpretacje z nimi związane⁴⁴. Zwierciadło i glosę łączyły wspólne rękopisy, a po 1474 (pierwsze wydanie w Bazylei) wspólny druk⁴⁵.

Na wytyczonej przez J. von Bucha drodze do integracji zbiorów praw partykularnych z prawem cesarskim znalazł swoje miejsce również zbiór magdeburgskiego prawa miejskiego. Pozostająca pod wpływem prawa rzymskiego glosa do „Weichbildu” powstała w XIV wieku w samym Magdeburgu. Jej pierwotną (niemiecką) wersję opracował doktor obojga praw Burchard von Mangenfelt. Także ona była w późniejszych czasach uzupełniana w podobny sposób i przy użyciu podobnych metod jak glosa do „Zwierciadła”⁴⁶. Ostateczna redakcja tekstu „Weichbildu”, stosowana łącznie z romanistyczną glosą⁴⁷ i także zwana Wulgatą, jest szczytowym punktem trwającego od XIII wieku rozwoju magdeburgskiego prawa miejskiego⁴⁸.

Praktyka niemiecka szybko i bez zastrzeżeń przyjęła „zreformowaną” postać „Landrechtu”. O rozpowszechnieniu świadczy fakt, że znanych jest współcześnie ponad 200 jej rękopisów⁴⁹. Szczególnie dużo było ich we wschodnich Niemczech i na Śląsku. Wiadomo, że przenikały stamtąd do lokowanych na prawie niemieckim miast Królestwa Polskiego, najliczniej do Małopolski. Od końca XV wieku w obrocie prócz manuskryptów pojawiły się też wspomniane druki zawierające Wulgatę, a później także wydanie ze *Stendaler Glosse* (w znacznej części łacińską) oraz cytujące glosę opracowania Bocksdorfów i innych autorów, jak również druki „Weichbildu” z glosą.

44. Por. BELLOMO, *L'Europa del diritto comune* (wyżej przyp. 23), 170. LANGE, *Römisches Recht im Mittelalter* (wyżej przyp. 29) 378, przypomina, że paremia *quidquid non agnoscit glossa, nec agnoscit forum* ma prawdopodobnie niemieckie pochodzenie i z pewnością odnosi się do niemieckiego sądownictwa.

45. Por. G. KÖBLER, *Glossen zum Sachsenspiegel-Landrecht. Buch'sche Glosse* (Besprechung), ZSS GA 121 (2004) 641–642; Por. LÜCK, *Sachsenspiegel* (wyżej przyp. 17) iii. Po wydaniu bazylejskim z 1474 roku w ciągu kolejnych 22 lat wydano ją jeszcze 9 razy. Co do druków por. zestawienie z lat 1474–1732 w *Glossen zum Sachsenspiegel-Landrecht. Buch'sche Glosse* (wyżej przyp. 29) t. 2, 1552–1554. Publikowane drukiem były także *Stendaler Glosse* (w 1516 roku, dwujęzyczna – łacińska i niemiecka, obejmująca też prawo magdeburgskie) oraz Wulgata.

46. Por. U.-D. OPPITZ, *Deutsche Rechtsbücher des Mittelalters*, t. 1, Köln-Wien 1990, 75. C. G. Homeyer wspomina o podwójnej niemieckiej glosie i łacińskim tłumaczeniu w Polsce: HOMEYER, *Die deutschen Rechtsbücher* (wyżej przyp. 33) 29–30. Zachowały się zarówno rękopisy wersji podstawowej glosy, jak i, w mniejszej ilości, wersji rozszerzonej. Por. L. PAULI, *Jan Kirslein Cerasinus (1507–1561). Krakowski prawnik doby odrodzenia*, Kraków 1971. W Niemczech wydawano drukiem „Weichbild” łącznie z glosą i często wspólnie z opracowaniami „Zwierciadła” (na przykład *Remissoriarii* von Bocksdorfów) albo z nim samym (lub wspólnie je oprawiano, o czym świadczą zachowane egzemplarze). Por. wydania augsburskie „Weichbildu” Johanna Schönspergera (starszego) z 1495 i 1499 roku.

47. B. KANNOWSKI, *‘is sint nicht vil wort die eynen man man schuldig machen’*. *Der Wille als Verpflichtungsgrund nach land- und stadtrechtlichen Quellen im späten Mittelalter*, w: *Stadt – Gemeinde – Genossenschaft. Festschrift für Gerhard Dilcher zum 70. Geburtstag*, red. A. CORDES, J. RÜCKERT, R. SCHULZE, Berlin 2003, 61.

48. Nie jest punktem końcowym, choć w XVI wieku prawo płynące z Magdeburga traci na znaczeniu. Por. EBEL, *Des spreke wy vor eyn recht* (wyżej przyp. 10) 432.

49. Różni autorzy podają rozbieżne liczby. Zachowało się do dziś (w całości lub częściowo) 178 rękopisów z glosą J. von Bucha (106 pełnych). Tak PÖTSCHKE, *Ursprung und rechtliche Bedeutung* (wyżej przyp. 31) 83, podobnie jak OPPITZ (przyp. 25). Zachowało się 167 rękopisów, w tym 82 w całości; większość sporządzona była w języku średniolodnoniemieckim (50%) i średnioniemieckim (33%), co świadczy o pochodzeniu. Tak LÜCK, *Sachsenspiegel* (wyżej przyp. 17) ii, oraz LIEBERWIRTH, *Einleitung* (wyżej przyp. 29) xxxvii–xxxix.

6. Pod koniec średniowiecza mieszkańcy kilkuset miast i wsi na prawie niemieckim w Wielkopolsce, Małopolsce i na Rusi Czerwonej należeli do tej samej przestrzeni prawnej, co mieszcianie i chłopci na wschodzie Niemiec i na Śląsku. Rozprzestrzenianie się zmodyfikowanych źródeł prawa saskiego na obszarze Królestwa Polskiego zależne było jednak od działania kilku odrębnych czynników. Średni poziom zamożności ludności stosującej prawo niemieckie był, poza dużymi i średnimi miastami, niższy niż na zachodzie. Miał on wpływ i na obrót prawny, i na wykształcenie osób stosujących prawo, i na dostępność drogiej rękopiśmiennych ksiąg zawierających konieczne *ius scriptum*. Na słabszą znajomość prawa i gorsze wykształcenie grup bezpośrednio zaangażowanych w stosowanie prawa miało wpływ także peryferyjne położenie względem centrów niemieckiej kultury prawnej⁵⁰. W prawie miejskim próbował temu zaradzić system filialny, pozwalający korzystać z pomocy miast prawnej macierzystych i ich pouczeń, które podnosiły praktykę prowincjonalną na wyższy poziom i ją ujednolicały. Nie był on jednak w stanie zatrzymać procesu tworzenia się lokalnych odmian i odrębności prawnych, podobnie jak i własnych wersji źródeł (wywodzących się od uznanych za wzorcowe rękopisów)⁵¹. Innym czynnikiem wpływającym na kulturę prawną ośrodków niemieckiego mieszczaństwa była swoista izolacja wysp niemieckich w obcym etnicznie otoczeniu i zachodzące, początkowo bardzo powoli, procesy asymilacji⁵². W silniejszym stopniu dotyczyło to napływowej ludności wiejskiej. Miejskowa, która z lokacją tylko formalnie przechodziła na prawo niemieckie, ograniczała jego stosowanie głównie do instytucji ustrojowych, utrzymując własne prawo zwyczajowe. Odległość od centrów niemieczyny i niższy poziom kulturowy sprzyjały konserwatyzmowi w interpretacji prawa. Zjawiska społeczne spowalniały w miastach niemieckich na ziemiach polskich dyfuzję zmodernizowanej przez głosę wersji prawa miejskiego, ale same nie mogłyby jej powstrzymać.

Silniejszą przeszkodą stały się ograniczenia, wprowadzone przez władców Królestwa Polskiego. Miały one źródła doktrynalne i polityczne. Polska odmawiała uznania zwierzchnictwa cesarza, nie mogła więc dopuścić do stosowania prawa cesarskiego na swoim terytorium. Prawo sasko-magdeburskie stało się zaś takim prawem. Procesy wzmacniania władzy monarszej w Królestwie, jej centralizacja

50. W polskich warunkach tylko duże i bogate miasta, utrzymujące żywe kontakty z obszarem niemieckim, mogły być ośrodkami upowszechniania nowej wersji prawa saskiego.

51. Por. W. MAISEL, *Ortyle sądów wyższych miast wielkopolskich z XV i XVI wieku*, Wrocław 1959, xxv. Źródła prawa niemieckiego posiadały tylko sądy wyższe. Ich ortyle powoływały się na *verum ius maydeburgense* i służyły ujednolicaniu orzecznictwa. W sądach małych miasteczek i wsi księgi praw zaczęły pojawiać się właściwie dopiero po rozpowszechnieniu druku. Od czasu zakazu kontaktu z Magdeburgiem wzrastał też wpływ krajowego orzecznictwa oraz rozporządzeń królewskich. Por. KORANYI, *Wstęp, Porządek sądów i spraw miejskich* (wyżej przyp. 2), viii.

52. Świadczą o nich dokonywane już pod koniec XIII i w połowie XIV wieku łacińskie tłumaczenia „Landrechtu” (jeszcze bez glosy): *versio Vratislaviensis* Konrada z Opola i *versio Sandomiriensis* Konrada z Sandomierza. Innym powodem ich stosowania były potrzeby ośrodków władzy terytorialnej, która preferowała łacinę.

i koncentracja napotykały na opór niemieckiego mieszczaństwa. Konieczność polityczna narzuciła więc ograniczenie kontaktów instytucjonalnych między mieszczaństwem niemieckim miast cesarstwa i Królestwa. W pierwszej kolejności uderzyło to w związki miast filialnych z macierzystymi. Kazimierz Wielki nie mógł nie zaakceptować niemieckiego prawa części poddanych w swoim królestwie, ale musiał uczynić z niego najpierw własne prawo królewskie. Z tego wyniknęły działania podjęte w 1356 roku: nakaz zerwania więzi prawnych z miastami macierzystymi (zakaz zwracania się po pouczenia prawne do Magdeburga), stworzenie instancyjnego systemu polskiego sądownictwa prawa niemieckiego, bez prawa odwołania się do sądów niemieckich, z sądem wyższym prawa niemieckiego na zamku krakowskim i królewskim sądem sześciu miast, a także przyjęcie urzędowej wersji obowiązującego w sądach prawa niemieckiego *ius scriptum* (złożenie przez króla w skarbcu wawelskim autoryzowanej kopii łacińskiego tłumaczenia „Zwierciadła”, oczywiście bez glosy)⁵³.

Jak wykazują badania, działania te nie doprowadziły do zaniku kontaktów obu obszarów prawa niemieckiego, choć ograniczyły ich zakres wobec zniknięcia części przesłanek współpracy⁵⁴. W czasach następców Kazimierza Wielkiego trwały one nadal. Po stronie niemieckiej relacje natury prawnej spotykały się już z prawem przekształconym przez glosę. Jego interpretacja powoli trafiała na ziemie polskie, także dzięki „importowi” źródeł. Ośrodki niemieckie dalej wpływały na rozwój prawa sasko-magdeburgskiego poprzez większe ośrodki miejskie Małopolski⁵⁵. Zjawiska te nie miały charakteru przełomowego, nie tworzyły, jak nie stworzyły w Niemczech, nowej jakości w wymiarze sprawiedliwości. Proces oddziaływania romanistycznych standardów prawnych w Polsce nasilił się początkach odrodzenia wraz ze studiami prawniczymi i rozprzestrzenianiem się ksiąg drukowanych. Dokonywał się jednak wówczas w zmienionych już warunkach społecznych Królestwa. Towarzyszyły im przemiany etniczne. Patrycjuszowskie władze miast i władze sądownicze traciły w tym czasie swój jednoznacznie niemiecki charakter.

Równocześnie trwały podejmowane od początków XVI wieku przez monarchów i elity władzy Królestwa próby reform całego systemu prawnego. Obejmowały one także niemieckie prawo miejskie, obowiązujące na ziemiach polskich. Początkowo starano się odseparować je, przynajmniej formalnie, od jego „cesarskich” wzorców. W drugiej części „Statutu Łaskiego” w 1506 roku umieszczono jako źródła prawa

53. Egzemplarz ksiąg prawa magdeburgskiego złożony został z poleceniem, by w sądzie wyższym i sądzie sześciu miast wyrokowano na jego podstawie. Por. MAISEL, *Ortyle sądów wyższych* (wyżej przyp. 51) xxv. L. ŁYSIAK, *Ius supremum Maydeburgense castri Cracoviensis 1356-1794*, Frankfurt am Main 1990, 80, uważa, że dalszym zamiarem Kazimierza Wielkiego było ujednolicenie i skodyfikowanie prawa niemieckiego stosowanego w jego królestwie.

54. Gdyby przyjąć dzisiejsze kryteria obowiązywania prawa pozytywnego, prawo stosowane na obszarze cesarstwa (zgłosowane) nie mogło być stosowane w sądach Królestwa. System źródeł nie był jednak wówczas zamknięty, więc używanie glosy nie było bynajmniej zabronione ani wykluczone w inny sposób.

55. Por. ŁYSIAK, *Ius supremum* (wyżej przyp. 53) 5.

miejskiego poprawione tłumaczenie łacińskie „Landrechtu” i podobne tłumaczenie łacińskie „Weichbildu”, a także dzieło o charakterze dydaktycznym *Summa legum levis, brevis et utilis*, pióra nieznanego autora, określanego jako Rajmund Partenopejczyk. Zamieszczono też „Lehnrecht”, pominięto natomiast glosy⁵⁶. Wspomniana *Summa* była owocem *ius commune*. Wychodząc z prawa rzymskiego w jego średniowiecznej postaci i prawa kanonicznego, wraz z ich opracowaniami i komentarzami, wchłonęła także elementy prawa średniowiecznego, przede wszystkim niemieckiego⁵⁷. Stworzona została w XIV wieku (prawdopodobnie jeszcze przed glosą von Bucha lub w tym samym czasie). Do XVI wieku była bardzo szeroko rozpowszechniona w Europie Środkowej (Małopolska, Wielkopolska, Węgry, Morawy, północna Austria)⁵⁸ i stosowano ją pomocniczo w sądach prawa niemieckiego. W pewnym zakresie zastępowała tam glosę, a raczej była „łatwym, krótkim i użytecznym” wprowadzeniem do zmodernizowanego prawa, jego pojęć i aparatu⁵⁹.

Współczesne badania, wbrew opiniom dawnej nauki, wykazują, że druga część „Statutu Łaskiego” miała moc obowiązującą⁶⁰. Nie ma jednak żadnych danych, że wpłynęła na praktykę sądów prawa niemieckiego⁶¹. Decyzja ówczesnego kanclerza wielkiego koronnego Jana Łaskiego o zamieszczeniu w zbiorze „Summy”,

56. Autor kodyfikacji dawał do zrozumienia, że tłumaczenie zawarte w „Statucie” jest nowe i że jest jego autorem. W istocie było kompilacją obu poprzednich wersji. Por. Z. RYMASZEWSKI, *Łacińskie teksty Landrechtu Zwierciadła Saskiego w Polsce. Versio Vratislaviensis, Versio Sandomiriensis, Łaski*, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk 1975, 145-153. Dodatkowo było tam także prawo lubeckie (w Koronie w użyciu tylko w Elblągu, Fromborku i Braniewie). Podstawowe znaczenie miało ustalenie obowiązującego tekstu pomników prawa, tak jak (obok ustalenia kanonu źródeł) w innych częściach „Statutu”.

57. Por. *Die Summa legum brevis, levis et utilis des sogenannten Doctor Raymundus von Wiener-Neustadt*, red. A. GÁL, Weimar 1926, 3, 51; K. KOLAŃCZYK, *‘Summa legum, brevis, levis et utilis’ – monument mystérieux du droit romain médiéval*, BIRD 78 (1975), 170.

58. A. VETULANI, *Fragment Summy Rajmunda w rękopisie warszawskim*, 14 CPH 2 (1962) 165; K. KAMIŃSKA, *Summa Rajmunda Partenopejczyka jako zabytek średniowiecznego prawa rzymskiego*, 26 CPH 1 (1974) 150.

59. Z. tego praktycznego znaczenia *Summy* wynikają słowa króla Aleksandra ze „Statutu” z 1506 roku (*Continuatio decreti Regii in privilegium communi*), który zaleca poddany jej powszechną znajomość. Wskazuje na utrwalony zwyczaj posługiwania się nią w niektórych miejscowościach Królestwa, stosujących prawo magdeburskie i niemieckie (*practica et observatio... in certis Regni nostri locis Ius Maydemburgense ac Teuthonicum habentibus*). Por. <http://www.dbc.wroc.pl/dlibra/doccontent?id=11032&from=FBC>, 385. Por. także GÁL, *Die Summa legum brevis, levis et utilis* (wyżej przyp. 57) 72. Chodziło zatem o rozpowszechnienie tej praktyki na całe Królestwo i stosowanie „Summy” posilkowo obok autoryzowanych wersji „Landrechtu” i „Weichbildu”.

60. W nauce polskiej pokutuje jeszcze powielane przez innych twierdzenie S. Kutrzeby (*Historia źródeł dawnego prawa polskiego*, t. 1, Lwów-Warszawa-Kraków 1925, 223-224), że część zawierająca pomniki prawa niemieckiego była „poza confirmacją króla” i została dodana „tylko dla informacji”. Przywilej confirmacyjny „Statutu” posiada jednak charakter całościowy. Zatwierdza jako powszechnie obowiązujący kodeks wszystkie akty prawne w nim zawarte, bez różnicowania mocy jego pierwszej i drugiej części. Kwestia ta została jednoznacznie rozstrzygnięta przez W. Uruszczaaka. Por. *Commune incliti Poloniae Regni privilegium constitutionum et indultuum. O tytule i mocy prawnej Statutu Łaskiego z 1506 r.*, w: *Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ*, z. 96, *Prace poświęcone pamięci Adama Uruszczaaka*, Kraków 2006, 127 nn. Ważne jest też, że współcześni nie mieli wątpliwości co do urzędowej mocy prawa niemieckiego w „Statucie”. Przywilej confirmacyjny Zygmunta III Wazy z 1601 roku dla drugiego wydania tłumaczenia Jaskiera (Zamość 1602) mówi wprost, że identyczny charakter i tę samą moc miało nadanie *auctoritas* tekstem prawa niemieckiego przez Kazimierza Wielkiego (odnoszące się wyraźnie do rękopisu z krakowskiego skarbcza zamkowego), Aleksandra w „Statucie Łaskiego” i Zygmunta Starego w confirmacji tłumaczenia Jaskiera.

61. Por. J. RESZCZYŃSKI, *‘O prawie i różności praw’ w częściach wstępnych Summy legum i Sigismundiny*, w: *Leges sapere. Studia i prace dedykowane Profesorowi Januszowi Sondlowi w pięćdziesiątą rocznicę pracy naukowej*, red. W. URUSZCZAK, P. ŚWIECICKA, A. KREMER, Kraków 2008, 439-440. W królewskim przywileju confirmacyjnym mowa była o przesłaniu odpisów do wszystkich starostw i kościołów katedralnych. Nakład „Statutu” wynosił tylko 150 sztuk oraz 12 egzemplarzy na pergaminie. Por. GÁL, *Die Summa legum brevis, levis et utilis* (wyżej przyp. 57) 17-18; KOLAŃCZYK, *‘Summa legum, brevis, levis et utilis’* (wyżej przyp. 57) 172.

a nie glosy, nie mogła być przypadkowa. Czy przyczyną mógł być tylko brak łacińskiego tłumaczenia glosy? Może należy wziąć raczej pod uwagę antycesarskie (antyhabsburskie) i antyniemieckie stanowisko tego wpływowego i bliskiego królom polskim polityka?

W 1523 roku, także na wniosek prymasa Jana Łaskiego i za wiedzą króla Zygmunta I Starego, została podjęta nowa, prywatna tym razem, próba zmiany prawa sasko-magdeburgskiego. Jej autor, Maciej Śliwnicki stworzył projekt, który bardzo radykalnie przekształcić miał istniejący stan prawny. Zmiany polegały na dostosowaniu go do wzorów prawa rzymskiego i kanonicznego. Autor sięgał bezpośrednio do źródeł tych praw (podobnie jak dawniej von Buch), zestawiając je z wersją prawa niemieckiego przyjętą w „Statucie Łaskiego”. Niejednokrotnie korzystał jednak z glosy albo uwzględniał jej rozwiązania. Król nie podjął jednak ryzyka wprowadzenia zbyt daleko idącej reformy, a próby jej ograniczonego zastosowania (w Prusach Królewskich i w dobrach arcybiskupstwa gnieźnieńskiego) zakończyły się niepowodzeniem⁶².

Ostatecznie nie zdecydowano się na rodzimą reformę prawa niemieckiego. Król postanowił autoryzować w Królestwie tę redakcję prawa sasko-magdeburgskiego, która była już od dawna w powszechnym zastosowaniu na obszarze cesarstwa – czyli wersję zintegrowaną z glosą. Dekret Zygmunta I Starego z 2 października 1535 roku przyjmował i zatwierdzał w całości, jako zbiór oficjalny, tekst „Landrechtu” i „Weichbildu” w języku łacińskim, przygotowany przez krakowskiego pisarza miejskiego Mikołaja Jaskiera i wydany w Krakowie w 1535 roku u H. Wietora. Podstawą tłumaczenia glosy była jej końcowa redakcja w Wulgacie. Jaskier dodał do niej łacińską część *Stendaler Glosse*, a także własne uzupełnienia⁶³. Wulgata „Weichbildu” połączona z rozszerzoną glosą również miała dodatki Jaskiera⁶⁴. W pewnym zakresie odnosiły się do polskiej specyfiki, ze znanej mu praktyki krakowskiej. To właśnie dawne prawo w nowym tłumaczeniu, na równi traktującym tekst i glosę, mieli stosować „we wszystkich sprawach sądowych sędziowie i urzędnicy oraz burgrabiowie, a także mieszkańcy miast, miasteczek i wiosek lokowanych na prawie magdeburgskim w Królestwie Polskim i w dobrach królewskich”⁶⁵. W zmienionych warunkach nie było już oporów polskiego

62. *Jurium constitutionumque Sigismundinarum proposita a Mathia Śliwnicio descriptio*, red. A. Z. HELCEL, Cracoviae 1859. Por. A. Z. HELCEL, *Wstęp do wydania Jurium constitutionumque Sigismundinarum descriptio*, vii, RESZCZYŃSKI, *Sądownictwo i proces* (wyżej przyp. 34) 25-64. Por. PAULI, *Jan Kirstein Cerasinus* (wyżej przyp. 46) 72-73.

63. Por. PAULI, *Jan Kirstein Cerasinus* (wyżej przyp. 46) 32.

64. Por. HOMEYER, *Die deutschen Rechtsbücher* (wyżej przyp. 33) 29-30.

65. Por. *Prawa, przywileje i statuta miasta Krakowa*, t. I.1, red. F. PIEKOSIŃSKI, Kraków 1885, nr 59, 86. Por. także KORANYI, *Wstęp. Porządek sądów i spraw miejskich* (wyżej przyp. 2) vii. J. BARDACH, *Oligarchia magnacka. Charakterystyka prawa sądowego*, w: *Historia państwa i prawa Polski*, red. J. BARDACH, wyd. 2, t. 2 (Z. KACZMARCZYK, B. LEŚNODORSKI), Warszawa 1966, 270, pisze, że tłumaczenie to nie spełniło funkcji kodyfikacji mimo „systematycznego ujęcia prawa magdeburgskiego”. Opracowanie Jaskiera nie miało jednak układu systematycznego. Układ „pojęciowy” miało tylko *Promptuarium Iuris Provincialis Saxonici* – rodzaj indeksu rzeczowego zamykającego dzieło.

monarchy wobec prawa cesarskiego, zresztą jego doktrynalna konotacja związana z suwerennością straciła polityczne znaczenie.

Z formalnego punktu widzenia „we wszystkich sprawach sądowych” obowiązywał zatem tekst glosy. W zależności od charakteru pełnił on różne funkcje. Mógł mieć walor bezpośrednio normatywny. Mógł także służyć jako środek pomocniczy przy precyzowaniu treści normy wyprowadzanej z innych wypowiedzi normatywnych, przede wszystkim z tekstu samego prawa niemieckiego („Landrecht” i „Weichbild”) lub z fragmentów glosy o odmiennym charakterze (na przykład nienormatywnych cytatów z *leges* lub *canones*). Mógł wreszcie odsyłać do norm należących do innych źródeł prawa. Typ „przepisu odsyłającego” przybierał najczęściej postać alegacji, które są przedmiotem naszego zainteresowania. Z formalnego punktu widzenia alegacja stanowiła część glosy. Mogła spełniać w niej dwojaką funkcję. Czasem była „algorytmem normotwórczym”. Glosa przy pomocy alegacji imperatywnie wskazywała heteronomiczne przepisy, które miały być wykorzystane po to, by uzyskać nową normę, nienależącą poprzednio do prawa niemieckiego, ale ze względu na procedurę jej tworzenia, uznaną za część systemu. Najczęściej wypełniała ona lukę prawną. Częściej alegacja była jednak tylko kodem informacyjnym, odsyłającym do tekstu normatywnego, który stanowił źródłową podstawę odczytanej i wprowadzonej do systemu lub sformułowanej w wyniku interpretacji normy. Odgrywała zatem rolę podobną do współczesnych odnośników źródłowych w przypisach. Miała charakter „dowodowy”, była argumentem. Odkodowanie tekstu źródłowego nie było konieczne dla stosowania normy, która już znajdowała się (była zapisana) w systemie prawa niemieckiego. Mogło być jednak przydatne w razie trudności z określeniem treści normy lub jej zakresu czy interpretacji. Mogło mieć też cel nienormotwórczy, na przykład edukacyjny.

W tym kontekście może powstać pytanie, czy glosa w tym drugim typie alegacji obejmowała swoją mocą obowiązującą również teksty w nich wskazane, występujące w innych źródłach niż „Landrecht” i „Weichbild”? Czy one też objęte były urzędową autoryzacją? Czy też wpisanie do glosy alegacji nie obowiązywało (imperatywnie) czytelnika do jej odkodowania, ale jedynie sygnalizowało (opcjonalnie) możliwość takiego działania? Odnutowana wcześniej u B. Groickiego kwestia mocy wiążącej alegacji odsyłającej do kodyfikacji justyniańskiej w zakresie dziedziczenia testamentowego miała właśnie taką naturę.

Wydawać by się mogło, że przyjmujący ostatecznie niemiecki model źródeł prawa prawnicy polscy, powinni go byli przejąć z dobrodziejstwem wytworzonej wokół niego kultury prawnej, a więc także z pełnym respektem stosunkiem do funkcjonującej już dwadzieścia lat romanistycznej przeróbki oraz jej źródłowych wyznaczników⁶⁶.

66. W średniowiecznych Niemczech wynikał on z kilku czynników: akceptacji hierarchicznej struktury rzeczywistości, w której odbijały się trwale wartości, a wśród nich autorytet *veteres*, „nabożnego” stosunku do źródeł pisanych (zaczynając od *Scriptura Sacra*), przekonania o niewzruszalności wielowiekowego porządku prawnego, siły zwyczaju, a z drugiej strony pragmatycznego nastawienia do aprobowanej praktyki.

Rzeczywiście, wyraz podobnego stosunku jest zauważalny w polskich źródłach. Jaskier w dedykacji dla króla Zygmunta I Starego⁶⁷ i w przedmowie do czytelnika⁶⁸ deklaruje w swoim wydaniu „Landrechtu” z 1535 roku wielką staranność w ustaleniu poprawnego tekstu praw oraz oryginalnego kształtu glosy, a także w uzyskaniu wiernego ich tłumaczenia. Podkreśla ponadto szczególne wysiłki dla zapewnienia pełnej ścisłości alegacji i wzbogacenia o konkordancje, uwypuklając przy tym znaczenie źródeł pierwotnych (czyli rzymskich i kanonicznych). Podobne sformułowania powtarzają się w dedykacji tłumaczenia „Weichbildu”, która podkreśla zależność norm od źródeł pierwotnych (*leges* i *canones*)⁶⁹. Na precyzję alegacji zwraca też uwagę konfirmacja wydania zamojskiego z 1602 roku, dokonana przez Zygmunta III Wazę, zarówno w odniesieniu do „Landrechtu”, jak i „Weichbildu”⁷⁰. W tym wypadku chodzi o starania Adama Burskiego, odpowiadającego za edycję. O randze źródeł łacińskich i o płynącym z nich pożytku dość szeroko wypowiada się w „Tytułach prawa magdeburgskiego” B. Groicki. Określa także funkcję alegacji: prowadzą one do właściwych norm prawa rzymskiego, gdy ma ono być stosowane pomocniczo, w razie istnienia luk w prawie niemieckim⁷¹. W rozdziale „Czytanie alegacji z ksiąg prawa cesarskiego” autor ten szczegółowo objaśnia także strukturę tych źródeł i zasady ich cytowania⁷².

Pojawiające się przy wprowadzaniu nowych źródeł prawa deklaracje pełnią rolę dodatkowego uzasadnienia nieznanej wcześniej treści i formy. Oddają ducha doktryny i służą ich legitymizacji. Mają formalny charakter. W praktyce zauważa się natomiast pewną rezerwę przy powoływaniu się na głosę, widoczną nawet

67. *Dedicatio*: Jaskier [1535], 5b; Jaskier [1602], **i: ... *Collatis vetustissimis illius iuris codicibus, curavi... ut iura illa emendationa intelligibilioraque ad communem totius Regni utilitatem patriaeque ornamentum prodirent in publicum, omnemque contuli operam, omne quoad fieri potuit studium, quo singulae glossarum annotationes legumque allegationes, multis referte mendis, venerandis Caesaris legibus sacrisque correspondant canonibus, ita enim indubius cuiusque articuli et genuinis, facilius fieri aut ostendi poterit sensus, cum sacris legibus veluti parenti et fonti proprie adaptantur.*

68. *Ad lectorem*: Jaskier [1535], 6b; Jaskier [1602], iiiii: ... *materiam insuper glossarum in multis locis mancā, obscurā, defectuque plenā, vetustissimis (ab ipsa Maydeburgo) conquisitis exemplaribus conformando in Latinum versam perfectam effecit. Praeterea erroneas legum canonumque, in eisdem glossis annotatas allegationes, originalibus sacrarum canonum et legum adaptando, omni menda purgavit, concordantias annotationum egregias addidit.*

69. Dedykacja jest skierowana do biskupa krakowskiego, podkanclerzego koronnego, P. Tomickiego. Jaskier [1535], 175a; Jaskier [1602], *ii: *Articulorumque ac paragraphorum infallax et iusta ad Ius provinciale saxonicum esset coaptatio, quodque ad latissimos legum Imperialium sacrarumque Canonum fontes a quibus omnis iurium municipalium veritas intelligentiaque perfectior dependet, ex hiis(!) quae in glossis annotatae sunt allegationibus facilius pateret recursus, diligenter efficere curavi.*

70. Jaskier [1602], ** iii: ... *ut Speculum hoc, et ius municipale cum interpretationibus et repertoriis, iuxta editionem Jascris, quam diligentissime imprimatur, errataque Typographica tollantur, tum ut Canones Ecclesiastici, et civiles leges quarum fit mentio, titulis, numeris, principiis, locis suis, qui antea fallebant, notentur.*

71. GROICKI, *Tytuły* (wyżej przyp. 1) 37-38. Potrzeba alegacji wynika z faktu, że „ku łatwiejszemu praw cesarskich nalezieniu służą, na które prawa acz ani Niemcy, ani Polacy nie są obowiązani, wszakże iż prawo majdeburskie miejskie, wedle których się miasta i wsi polskie sprawują, czego by ku rozstrzygnięciu sporu w majdeburskim prawie nie było, każą się tych cesarskich dokładać, przeto ich znajomość, także i szukania umiejętności jest potrzebna”. B. Groicki rozumie alegację w przedostatnim znaczeniu przedstawionej powyżej typologii – jako algorytm normotwórczy, nie zaś jedynie kod informacyjny.

72. GROICKI, *Tytuły* (wyżej przyp. 1) 37-40. Autor objaśnia ponadto znaczenie kilkunastu łacińskich terminów źródłowych dotyczących pokrewieństwa i zasad dziedziczenia beztestamentowego. *Ibidem*, 40-41.

u samego Jaskiera⁷³. Możliwe, że wynika ona z przywiązania do wcześniejszych źródeł.

Wiadomo, że przed 1535 prawo sasko-magdeburskie w nowej postaci docierało do Królestwa Polskiego dzięki kontaktom z miastami śląskimi i wschodnioniemieckimi. Jego faktyczny wpływ na praktykę w okresie „przedurzędowym”, czy to za pośrednictwem tekstów normatywnych, czy wzorów niemieckiego orzecznictwa opartego o glosę, nie był dotąd badany. Wydaje się raczej pewne, że wpływ ten (czy może potencjalny wpływ) był na dworze krakowskim dostrzegany i oceniany w kategoriach negatywnych. Próby nadania mocy obowiązującej romanistycznym dziełom R. Partenopejczyka i M. Śliwnickiego były przecież swoistą „dywersją” wobec glosy. W literaturze przyjmuje się jednak, że wpływ glosy na praktykę sądową na ziemiach polskich datuje się dopiero od czasów Jaskiera. Tak czy inaczej, przyjęcie po 1535 roku zmodernizowanego prawa w całej rozciągłości (łącznie z alegacjami) było mimo wszystko pewną rewolucją. Prawnicy musieli się z nim oswoić, a pełne wprowadzenie w życie wymagało czasu. Zakres akceptacji miała dopiero ustalić praktyka sądowa i literatura prawnicza. Dotyczyło to w szczególności stosowania źródeł, do których prowadziły alegacje. Tymczasem jedyny urzędowy akt normatywny prawa sasko-magdeburskiego, który umożliwiał dotarcie do nich, czyli tłumaczenie Jaskiera, napotkał wkrótce w praktyce sądowej na silniejszą od siebie konkurencję⁷⁴. Były nią źródła w języku polskim, łatwiejsze i przystępniejsze w stosowaniu. Ich praktyczność wynikała między innymi z rezygnacji ze szczegółowych odesłań do tekstów prawa rzymskiego i kanonicznego.

Po przejściu sądownictwa z języka niemieckiego na łacinę i okresie jej stosowania, czego znaczącym akcentem było właśnie opracowanie Jaskiera, w ciągu kolejnego pokolenia do sądownictwa wkroczył język polski. Konieczność opracowań w tym języku była oczywista i w naturalny sposób odcisnęły one piętno na dalszej praktyce stosowania prawa niemieckiego. Szczególne miejsce zajęły wśród nich pisane w latach 1558-1567 dzieła B. Groickiego. Wydawano je też wielokrotnie w czasach późniejszych. Z formalnego punktu widzenia były tylko omówieniami prawa. Faktycznie były też jego źródłami i posługiwały się nimi sądy⁷⁵. Autor dość często powoływał się w nich na odpowiednie artykuły „Landrechtu” i „Weichbildu”, a także na glosę do nich. Tylko wyjątkowo odwoływał się do innych źródeł. Źródła justyniańskie przywoływał w zasadzie tylko w ramach przytoczeń

73. Z. RYMASZEWSKI, *Łacińskie teksty Landrechtu Zawierciadła Saskiego w Polsce. Jaskier – tekst główny i noty marginesowe*, AUL, Folia Iuridica 18 (1985) 200, zauważa, że polscy praktycy preferowali odwoływanie się do tekstu głównego źródła, a nie do glosy. Jaskier, który jest materialnym autorem części glos marginesowych i szczególnie przydatnych informacji o praktyce w polskich sądach, stara się niekiedy ukryć, iż korzysta w nich również z glosy niemieckiej (*ibidem*, 199-200).

74. Zbiór Jaskiera prócz wydania z 1535 roku miał jeszcze tylko jedno wydanie, w 1602 roku. Formalnie utrzymało ono wyłączność urzędową, ale brak dalszych edycji wskazuje na ograniczone znaczenie i zastosowanie.

75. Przyjmując szerokie znaczenie „kodeksu praw”, które stosuje W. Uruszczak, można traktować zarówno projekt M. Śliwnickiego, tłumaczenie Jaskiera, jak i dzieła B. Groickiego jako typ szesnastowiecznych polskich kodeksów. Por. URUSZCZAK, *La typologie de codes* (wyżej przyp. 14) 301.

innych autorów⁷⁶. W istocie B. Groicki zrezygnował w swoich pracach z alegacji do źródeł zewnętrznych⁷⁷.

Kolejnymi polskojęzycznymi źródłami prawa, które stosowano później w sądach były wydane w 1581 roku dwa dzieła Pawła Szczerbicza: *Speculum Saxonum* i *Ius municipale*⁷⁸. Wydawane były także w XVII wieku. *Speculum* opracowane zostało w układzie rzeczowym, w którym poszczególne hasła stanowiły kompilacje odpowiednich fragmentów glosy. *Ius municipale* było zwyczajnym tłumaczeniem „Weichbildu” według kolejności artykułów wraz z glosą do każdego z nich⁷⁹. W obu pracach P. Szczerbicza zrezygnował z alegacji do źródeł zewnętrznych, usuwając je całkowicie z przetłumaczonego na polski tekstu glosy. Utrzymał jedynie odwołania wewnątrz systemu, do ksiąg „Landrechtu” i „Weichbildu”. Prace P. Szczerbicza wieńczyły proces praktycznej standaryzacji źródeł prawa miejskiego obowiązującego w Polsce i ich zakresu.

7. W przedstawionym wyżej fragmencie glosy do art. 65 „Weichbildu” pojawiło się odesłanie do norm prawa rzymskiego, które powinny być stosowane w zakresie dziedziczenia testamentowego z uwagi na lukę w prawie niemieckim. Alegacja pełni tam funkcję wspomnianego „algorytmu normotwórczego”, którego zastosowanie jest obligatoryjne. Tak stawia tę sprawę w swojej nocie marginalnej Jaskier. Tak samo rozumie mechanizm alegacji B. Groicki w cytowanym wyżej ogólnym fragmencie „Tytułów”⁸⁰. W konkretnym wypadku nie idzie jednak za wskazaniem Jaskiera. Prawdopodobnie rozdział „Tytułów”, mówiący o wadze i potrzebie alegacji, był w mniejszym stopniu wyrazem poglądów samego B. Groickiego, a w większym – usprawiedliwieniem przed czytelnikami faktu zamieszczenia długiego i pełnego alegacji łacińskiego tekstu S. Eichlera. B. Groickiemu bliższe wydaje się wbrew pozorom przeciwne stanowisko, także podane przez niego w „Tytułach”.

„W tej figurze prawnej jako i w innych prawiech Polacy, którzy się nie wiele łaciną bawią, a przedsię z łaciny około prawa co umieć chcą, nie radzi widzą przywodenie miejsc, z których się znaczy, gdzie co w głównych prawiech cesarskich przyłożono, dla tego iż te przywodenia abo allegacje bywają długie,

76. Na przykład we włączonej do „Tytułów” „figurze” spadkowej S. Eichlera (przetłumaczonej przezeń z niemieckiego na łacinę) zawarta jest pewna ilość odesłań do „Digestów” i „Nowel” (*Authenticum*).

77. W literaturze prawa uczonego (niemieckiej, włoskiej) z tego okresu alegacje są regułą. Adresowana była ona jednak głównie do czytelników o podobnym poziomie znajomości prawa, co autor. Z uwagi na inny typ i poziom wykształcenia, na pierwszy plan w Polsce wysuwać się musiał cel dydaktyczny. Czynił on alegacje zbędnymi.

78. P. SZCZERBICZ, *Speculum Saxonum, abo prawo saskie y Magdeburgskie Porzadkiem Obiecadla, z Lacińskich y Niemieckich Exemplarzow zebrane: a na Polski język z pilnością i wiernie przełożone*, Lwów 1581, oraz TENŻE, *Ius municipale, to jest prawo miejskie maydeburgskie nowo z łacińskiego i niemieckiego na polski język z pilnością i wiernie przełożone*, Lwów 1581.

79. Wersja P. Szczerbicza, którą wedle własnej deklaracji ustalił na podstawie wydań niemieckich i łacińskich, różni się od edycji Jaskiera (poócz języka) brakiem jego glos marginesowych.

80. Por. wyżej przyp. 71. Można się domyslać, że przytoczenie S. Eichlera było jakimś koniunkturalizmem ze strony B. Groickiego albo wyrazem więzi środowiskowych. W przyjętej postaci nie było merytorycznie konieczne, a poza tym odbiegało od standardu opracowania, który B. Groicki sam stworzył.

a nie każdy ich czytać umie ani wedle ich szukać. I mówią tak pospolicie: nie po tych allegacjach, jedno rzecz zatrudniają, smaku w nich żadnego nie masz i w Speculum Saxonum w glosach bardzo wadzą; by je kto na polski przełożył, wyrzuciwszy te allegacje, każdemu by było łatwiejsze wyrozumienie. Nie dziwuję się, iż tak mówią, bo tych allegacyj potrzeby nie znają....⁸¹.

Jego słowa ujmują w istocie nastawienie do glosy, przeważające wśród osób posługujących się w praktyce pomnikami prawa niemieckiego, a nieposiadających wykształcenia prawniczego. Czyli ogromnej większości. B. Groicki zaświadcza, że dominuje wśród niej pogląd: „glosa tak, alegacje – nie” (a w dodatku: „glosa tak, ale po polsku”). Sam B. Groicki jest jednak na tyle mocno zakorzeniony w ówczesnej kulturze prawnej, że nie potrafi odrzucić świadomie tej jej części, którą uosabiają alegacje. Może raczej nie chce jedynie dokonać tego publicznie. Myśli jednak podobnie jak większość i gdy nie odwołuje się do pryncypiów, postępuje tak samo jak ona. Pragmatyzm pokonuje aksjologię. Tym tłumaczy się sposób przekształcenia przez niego glosy do artykułu 65 „Weichbildu”.

O ile B. Groicki miał jeszcze rozterki, nie żywił ich już P. Szczerbiczy, który wypełnił po prostu postulat większości, zapisany (choć jeszcze niepodpisany) przez B. Groickiego. Rządzona się prawem sasko-magdeburskim większość, która nie знаła łaciny i nie miała rozeznania w rzymskich i kanonicznych źródłach glosy, stosowała ją we własnej wersji językowej i interpretowała po swojemu, niezależnie od myśli, z której była ona pierwotnie wyprowadzona. Po przecięciu „pępowiny” alegacji glosa w języku narodowym żyła w sądach samodzielnym życiem i rozwijała się, zapominając o własnych źródłach. Czy tak było na całym obszarze jej obowiązywania?

Wymowny przykład w tym względzie dla obszaru niemieckiego przynosi prolog do obszernego rękopiśmiennego *Remissorium* do „Zwierciadła Saskiego” i innych praw, którego autorem był Kaspar Popplau, wrocławski patrycjusz, kupiec, ławnik i rajca. Prolog powstał około 1490 roku. Autor mówi w nim, że jest człowiekiem nieuczoną i nie umie czytać łacińskich praw cesarskich ani nie potrafi ich zrozumieć. Obawia się przy tym o jakość swoich rozstrzygnięć sądowych, o to, aby jego niewiedza nie szkodziła ludziom, gdy przychodzi mu je wynaleźć albo wyrokować. Aby temu zaradzić wziął i przeczytał niemieckie „Zwierciadło Saskie” z glosą prawa cesarskiego i duchownego, i tak samo „Weichbild” z glosą, „Lehnrecht” z glosą, jak również lokalne źródła prawa niemieckiego...⁸².

81. GROICKI, *Tytuły* (wyżej przyp. 1) 37.

82. Por. pierwszy przedruk prologu z manuskryptu (dotąd niewydanego): E. T. GAUPP, *Das Schlesische Landrecht oder eigentlich Landrecht des Fürstenthums Breslau von 1356 an sich und in seinem Verhältnisse zum Sachsenspiegel dargestellt*, Leipzig 1828, 211-212: „...wy wol ich ungelart been und der latinischen keyzirrechte nicht lesin noch vornemen kan: Hab ich dach vor mich genommen und obirleszen den deutschen Sachsennspiegel mit der glose der Keyzirrechtis und geistlichis rechtis. Das Wichbilde recht mit der glose: das lehenrecht und dy glose dorobir...”.

K. Popplau, podobnie jak pół wieku później sędziowie w polskich miastach, zapoznawał się z prawem uczonym i dzięki niemu znajdował podstawy swoich orzeczeń. Do łacińskich źródeł, tak jak i polscy sędziowie, nie potrafił sięgać. Jego przewaga nad nimi polegała początkowo tylko na tym, że dysponował glosą w ojczystym języku. Jak pisze B. Kannowski, kto pod koniec XV wieku na obszarze obowiązywania prawa saskiego potrzebował znajomości prawa rzymskiego, a nie znał łaciny, nie miał właściwie innego wyboru, jak sięgać do glosy⁸³. Nie potrzebował jednak sięgać do tekstu prawa rzymskiego, które było cytowane w alegacji. Czasem zresztą lepiej było tego nie czynić. Zdarzało się bowiem, że glosa korzystała z autorytetu źródła, by stworzyć potrzebną prawu niemieckiemu interpretację, która z rzeczywistą treścią źródła nie miała wiele wspólnego. Ważne więc ostatecznie było to, co glosa robiła ze źródła, gdyż tylko to było w praktyce zrozumiałe i uznane za prawdziwe, a także potwierdzone w sądach.

Stanowisko prawników w kwestii obowiązywania alegacji i korzystania z nich w praktyce miało fundamentalne znaczenie dla postaci i zasięgu recepcji prawa rzymskiego (i kanonicznego) w sferze praw partykularnych. Zablockowanie „linków źródłowych”, które glosa zainstalowała w ich pomnikach, zatrzymywało bezpośrednią recepcję *ius commune*⁸⁴.

Nie ulega wątpliwości, że postawa B. Groickiego, a potem jeszcze bardziej zdecydowana koncepcja edytorska P. Szczerbicza, miały bardzo istotny wpływ na powstrzymanie głębszej romanizacji sasko-magdeburgskiego prawa miejskiego na ziemiach polskich, możliwej potencjalnie po 1535 roku. Zamknięcie tej drogi ewolucji spowodowane było oczywiście także wieloma innymi czynnikami. Przede wszystkim kształtem polskiej kultury prawnej, ogólnym poziomem wiedzy, znajomością łaciny prawniczej. Na obszarze niemieckim coraz lepiej wykształcona i coraz liczniejsza grupa prawnicza szła wraz z potrzebami rozwijającego się obrotu prawnego w kierunku pełnej recepcji. W warunkach Królestwa Polskiego prawo rzymskie, jak mówił bliski sercu Andrzeja Kremera Pedro Ruiz de Moros, było tak samo potrzebne ludziom, jak kuśnierze w Afryce.

83. Por. KANNOWSKI, *Das Verhältnis* (wyżej przyp. 21) 140. Por. także KANNOWSKI, *Die Umgestaltung* (wyżej przyp. 26) 592.

84. F. Ebel zwrócił uwagę, że nieznanie łaciny u osób takich, jak K. Popplau, zapobiegała pełnej recepcji (*Vollrezeption*). Por. *Der Rechte Weg. Ein Breslauer Rechtsbuch des 15. Jahrhunderts*, red. F. EBEL, W. CARLS, R. SCHELLING, Köln 2000, t. 1, xv. Por. T. GOERLITZ, *Verfassung, Verwaltung und Recht der Stadt Breslau*, Würzburg 1962, t. 1, 123-125; T. HOLZBORN, *Die Geschichte der Gesetzespublikation insbesondere von den Anfängen des Buchdrucks um 1450 bis zur Einführung von Gesetzesblättern im 19. Jahrhundert*, Berlin 2003, 47.

Władza absolutna cesarzy rzymskich okresu Dominatu na tle współczesnych koncepcji władzy

1. Tło historyczne okresu poprzedzającego zmiany ustrojowe w Dominacie

W literaturze historycznej i romanistycznej przyjmuje się, że dominat rozpoczyna się wstąpieniem w 284 roku na tron cesarski Dioklecjana¹ (ur. 244, zm. 313 lub 316), a kończy się wraz ze śmiercią Justyniana I w 565 roku. Panowanie cesarza z Dalmacji położyło kres anarchii wojskowej trwającej od 235 roku. W tym czasie panowało 22 cesarzy, którzy często kończyli rządy zabijani przez wojsko lub ówczesne „służby”, czyli pretorianów. Był to okres chaosu politycznego, upadku ekonomicznego i kulturalnego Rzymu. Niektórzy cesarze tego okresu byli przekonani o konieczności reformy organizacji państwa. Zaliczyć do nich należy cesarza Galliena (260-268). Osłabił on pozycję senatorów, odsuwając ich od wyższych stanowisk w wojsku oraz w administracji publicznej i prowincjonalnej. W tym ostatnim przypadku pozwalał, aby senatorowie pełnili funkcję namiestników prowincji (*legati Augusti pro pretore*). Niekiedy jednak na czele prowincji stawał ekwitów (*vicarii* lub *agnetes vices praesidum*)². Umożliwił robienie kariery wojskowej prostym żołnierzom, którzy nie pochodzili z rodów senatorskich, ale za to byli kompetentni. Cesarz Aurelian (270-275) rozpoczął reformę systemu monetarnego odchodząc od systemu kruszcowego. Władca zastąpił dotychczasowe miedziane denary denarami o 4% srebra. Istotnie wpłynął na ukształtowanie się władzy absolutnej cesarza³. Przyjął tytuł *deus et dominus* i taki kazał bić na monetach⁴. Wprowadził kult Słońca Niezwyciężonego jako boga najwyższego, co stanowiło formę religii monoteistycznej, wprowadzonej być może jako sposób na powstrzymanie chrześcijaństwa. Kolejni cesarze Tacyt (275-276),

1. Zgodnie z tradycją wykształconą w okresie anarchii wojskowej w latach 235-284, Dioklecjan został wybrany przez żołnierzy.

2. Por. M. JACZYŃOWSKA, *Historia starożytnego Rzymu*, Warszawa 1986, 338.

3. JACZYŃOWSKA, *Historia* (wyżej przyp. 2) 340.

4. Por. T. MOMMSEN, *Geschichte des römischen Münzwesens*, Graz 1952, 800; J. WOLSKI, *Historia powszechna. Starożytność*, Warszawa 2002, s. 415.

Probus (276-282), Karus (282-283) oraz jego dwaj synowie Karinus i Numerian, kontynuowali politykę zewnętrzną i wewnętrzną Aureliana, przygotowując tym samym grunt pod nowy system polityczny, czyli dominat⁵.

Chaos polityczny i gospodarczy stanowi istotny przyczynek do wybuchu wojen domowych, a nawet światowych. Druga wojna światowa XX wieku była spowodowana kryzysem gospodarczym oraz chaosem politycznym po pierwszej wojnie światowej. Idee głoszone przez Adolfa Hitlera nigdy nie znalazłyby posłuchu wśród społeczeństwa, nawet tego wykształconego, gdyby nie bieda i nieudolność ówczesnych władz niemieckich. Dioklecjan był zatem wytworem procesów zapoczątkowanych głównie przez cesarzy Galliena i Aureliana. Otwarcie żołnierzom drogi do kariery sprawiło, że Dioklecjan, chociaż pochodził z ubogiej rodziny wyzwolenca, a całe życie związał ze służbą w wojsku, doszedł do najwyższych godności w państwie. To w czasie służby wojskowej wykształciły się jego silne cechy osobowościowe, przejawiające się m.in. w potrzebie porządkowania rzeczywistości i dominacji nad podwładnymi. W 283 roku jako dowódca jazdy brał udział w wyprawie mezopotamskiej, podczas której wojska rzymskie zdobyły Seleucję i Ktezyfon, główne miasta Mezopotamii rządzonej wówczas przez Persów. Tam też właśnie Dioklecjan zainspirował się centralizacją władzy politycznej, wojskowej, administracyjnej, legislacyjnej i religijnej w rękę silnego władcy. Wzorem pod tym względem był pokonany władca perski Bakram II (276-293), który zdołał wprowadzić silnie scentralizowaną administrację. Wyrazem nowego stylu władzy było wprowadzenie ceremoniału dworskiego.

Współcześnie ceremoniał dworski został zastąpiony przez protokół dyplomatyczny. Ten, w przeciwieństwie do ceremoniału, nie prowadzi do ubóstwienia władzy przez jej uwielbienie, lecz służy do przygotowania planów i programu wizyt głów państwa, szefów rządów; pozwala na przygotowanie i realizację programów wizyt sekretarzy stanu, zapewnia obsługę dyplomatyczną,

2. Charakterystyka władzy okresu dominatu

Dioklecjan nawiązał do rządów Aureliana oraz despocji wschodnich, nazywając siebie *dominus ac deus*, czyli władcą i bogiem, a także *Iovius*, czyli „powołany przez Jowisza”. Cesarzowi przysługiwał nadal tytuł i stanowisko *pontifex maximus*. Dopiero Konstantyn Wielki zrezygnował z boskich prerogatyw na rzecz koncepcji bycia przedstawicielem Boga na ziemi. Według św. Augustyna cesarz wykonywał władzę nad ludźmi w imieniu Boga⁶. Z funkcji i tytułu *pontifex maximus* zrezygnował dopiero cesarz Gracjan (375-383). Współcześnie w krajach kultury zachodniej obowiązuje zasada rozdziału kościoła, religii od państwa.

5. Por. JACZYŃSKA, *Historia* (wyżej przyp. 2) 342.

6. Aug. *civ.* 5,24. Por. C. MORESCHINI, *Storia della filosofia patristica*, Brescia 2005, 419.

Oznacza to, że organy władzy państwowej nie mają wpływu na sprawy religijne związków wyznaniowych, te zaś nie mają wpływu na decyzje władzy świeckiej. Zasada ta nie narusza w niczym swobody wyznania i manifestacji swoich przekonań religijnych. Jedynie w systemach totalitarnych (faszyzm i komunizm) występowała forma ograniczenia publicznej działalności religijnej, w tym nawet noszenia symboli religijnych, np. krzyża.

W dominancie zerwano z tradycją pryncypatu, według której cesarz był tylko pierwszym obywatelem czy senatorem (*princeps*). W tym okresie cesarz stał się absolutnym władcą i panem. Od łacińskiego słowa *dominus* wzięta się nazwa całej epoki takich rządów, czyli dominat. Zmiana koncepcji władzy cesarza miała wpływ na jej charakterystykę. Do podstawowych cech władzy należy zaliczyć⁷ po pierwsze to, że cesarz stał się najważniejszym i najwyższym ustawodawcą. Zaniknęła całkowicie normotwórcza działalność jurysprudencji rzymskiej i senatu rzymskiego. Kancelaria cesarska stała się podstawowym centrum legislacyjnym. Od Konstantyna Wielkiego cesarze zaczęli wydawać normy o charakterze ogólnym, również w odniesieniu do spraw religijnych. Po drugie, cechą charakterystyczną dominatu stało się nadprzyrodzone pochodzenie władzy cesarza, zarówno w okresie panowania Dioklecjana, jak i późniejszych cesarzy chrześcijańskich. Uzasadnienia dla tak szerokich uprawnień cesarza szukano w teologii. Dioklecjan był bogiem, zaś cesarze chrześcijańscy władzę sprawowali w imieniu Boga – byli jego przedstawicielami na ziemi. Toteż w licznych konstytucjach, zwłaszcza okresu chrześcijańskiego, znajduje się odniesienie do Boga (*invocatio Dei*). Po trzecie doszło do militaryzacji najwyższych organów w państwie. Za Dioklecjana armia liczyła ponad 500 000 żołnierzy. Wprawdzie w wyniku reformy państwa została rozdzielona władza cywilna od wojskowej, to jednak decydujący głos mieli dowódcy wojskowi. Cesarz zaś pełnił funkcję najwyższego dowódcy wojskowego. Było to zatem stanowisko dzisiejszego zwierzchnika sił zbrojnych. Cechą charakterystyczną dominatu stał się po czwarte interwencjonizm państwowy. W konstytucjach cesarskich tego okresu znajdują się liczne przykłady regulacji państwowej w obszarach gospodarki, administracji, moralności, a nawet religii. Naruszenie wprowadzanych norm zagrożone było często karą śmierci lub utratą całości albo części majątku. Klasycznym przykładem interwencjonizmu było tzw. *Edictum de pretiis rerum venalium*, na którego podstawie Dioklecjan wprowadził ceny regulowane na podstawowe produkty żywnościowe⁸. Po piąte, doszło do silnego rozrostu biurokracji. Organy władzy, poczynając od naczelnych i centralnych po terytorialne, obrosły w urzędy, zatrudniające rzesze pracowników. Rozrost biurokracji kreował wysokie nakłady

7. A. F. DE BUJÁN, *Derecho público Romano*, Pamplona 2010, 195-6.

8. POF. B. SITEK, *Pojęcie sprawiedliwości w konstytucjach cesarskich z okresu Dioklecjana i Konstantyna*, Kraków 1996, 100 nn.

z budżetu centralnego oraz wydłużenie się procesu decyzyjnego. Największą jednak słabością biurokracji tamtego okresu była wszechobecna korupcja. Po szóste styl wykonywania władzy był pod dużym wpływem modeli wschodnich despocij, zwłaszcza perskiej. Zmianę tę można było dostrzec nawet w ubiorze cesarza, który nosi na sobie purpurową kapę zdobioną drogimi kamieniami i perłami, na głowie strojny diadem, czyli koronę cesarską. Dwór obrósł w luksusy i bogactwo. Wprowadzono ceremoniał dworski, wskutek czego dostęp do cesarza został znacząco ograniczony. Poddani klęczeli przed cesarzem z pochylonymi głowami. Taki styl codziennego życia cesarzy zachowano również w okresie cesarzy chrześcijańskich. Po siódme, cechą charakterystyczną dominatu stało się uprzedmiotowienie narodu. Całkowicie zarzucono republikańską koncepcję narodu, który na zgromadzeniach ludowych podejmował najważniejsze decyzje dla państwa. W dominancie państwo utożsamiano z osobą cesarza, zaś obywatele byli tylko jego podwładnymi. Wreszcie nowym rysem stała się ingerencja w rozwiązywanie konfliktów religijnych. Cesarze, poczynając od Dioklecjana a kończąc na Justynianie, wydawali konstytucje dotyczące sporów religijnych. Ta praktyka nasiliła się zwłaszcza w okresie chrześcijańskiego imperium. Cesarze zwoływali nawet sobory i synody.

Obecnie w tzw. zachodnim kręgu kulturowym trudno jest szukać podobieństw współczesnej władzy do tej z dominatu. Władza ma wyłącznie świecki charakter, a naród jest podmiotem, wyrazem czego są zapisy w wielu współczesnych konstytucjach. Pewne elementy ceremoniału dworskiego wraz z ubiorem pozostały w Kościele katolickim (papież) i prawosławnym (patriarcha).

Dioklecjan wprowadził reformę w zakresie władzy cesarskiej ustanawiając tetrarchię. Nie oznaczało to podziału cesarstwa na dwie lub cztery części, lecz jedynie podział kompetencji wykonywanych na obszarze całego państwa, zarządzanego przez dwóch augustów (Dioklecjan i Maksymian), o największej władzy, i dwóch, podległych im cezarów (Konstancjusz Chlorus i Galeriusz). Augustowie mieli sprawować swój urząd przez dwadzieścia lat, po których upływie władzę przekazywali cesarzom. Ci następnie mieli stawać się Augustami, dobierając sobie na cezarów osoby spośród swoich współpracowników. Nie przewidywano zatem sukcesji tronu. Przekazanie władzy dokonało się w 305 roku, a zatem zgodnie z przyjętymi założeniami. Nowymi Augustami zostali Konstancjusz Chlorus i Galeriusz, Cezarami zaś Sewerus i Maksyminus. Po śmierci Konstancjusza (306 roku) wojsko na nowo włączyło się do walki politycznej i obwołało cesarzem Konstantyna, syna Konstancjusza, który od razu ogłosił się augustem. Ostatecznie pozostało dwóch władców: Konstantyn za zachodzie i Licyniusz na wschodzie. W 324 roku Konstantyn pokonał Licyniusza i został jednowładcą *Imperium Romanum*⁹. Wtedy wprowadził zasadę dziedziczności tronu.

9. Por. CH. v. CHANTRAINE, *Licinius (308-324)*, w: *Die römischen Kaiser*, red. M. CLAUS, München 2001, 305 nn.

We wskazanym okresie można mówić o pewnym podziale władzy. Dioklecjan uświadomił sobie niemożliwość samodzielnego sprawowania jej na tak ogromnym obszarze państwa. Podziału rządów nie można jednak utożsamiać z współczesną koncepcją trójpodziału władzy na ustawodawczą, wykonawczą i sądowniczą. Godne uwagi jest jednak fakt, że już wówczas widziano potrzebę podzielenia się władzą w celu efektywniejszego jej wykonywania.

Faktyczny podział terytorialny imperium na dwie części dokonał się w 395 roku pod koniec panowania Teodozjusza II, kiedy to władzę objęli jego dwaj synowie: Honoriusz i Arkadiusz. Stolicą części wschodniej został Konstantynopol, zachodniej zaś Rzym. Odtąd imperium zarządzili dwaj cesarze już nie według kompetencji, lecz podziału terytorialnego¹⁰. Zachodnie imperium zakończyło swój żywot w 476 roku, Wschodnie dopiero w 1453 roku.

Władcy służyła rada cesarska (*sacrum consistorium*), w której skład wchodziły osoby z rodziny cesarskiej oraz najważniejsi urzędnicy w państwie. Cesarz do swojej rady mógł zapraszać również senatorów. Na konsystorzu rozpatrywano projekty konstytucji, treści wyroków wydawanych przez cesarza czy też ważniejsze sprawy administracyjne. Decyzje podejmowane przez ten organ nie były wiążące dla cesarza, lecz jedynie stanowiły podstawę do podjęcia ostatecznej decyzji¹¹. Pewne elementy władzy cesarskiej oraz elementy ubioru cesarskiego odnajduje się w osobie i urzędzie papieża. Przy papieżu znajduje się również konsystorz składający się z kardynałów jako najważniejszych dostojników kościelnych.

3. Reforma administracji państwa

Jednym z charakterystycznych elementów nowego systemu politycznego była reforma administracyjna, obejmująca zarówno podział administracyjny kraju, jak i strukturę administracji publicznej. Zlikwidowana została administracja republikańska oraz znacząco ograniczono władzę senatu. Przeprowadzenie tych reform było konieczne ze względu na rozległość terytorialną państwa, wzrost liczności obywateli, kryzys gospodarczy, przywrócenie ładu politycznego i społecznego oraz na konieczność odparcia zagrożeń zewnętrznych, niesionych przez tzw. ludy barbarzyńskie coraz częściej najeżdżające Europę w tamtym okresie. Należy również wskazać na to, że organizacja całego systemu administracji i jego reforma były powodowane chęcią zaspokojenia potrzeb jednostek tworzących społeczeństwo, a więc socjalnych, politycznych czy kulturalnych.

Reforma podziału terytorialnego państwa okresu dominatu zmierzała do osłabienia pozycji dotychczasowych namiestników prowincji oraz przywrócenia sprawności

10. Por. E. GIBBON, *Upadek cesarstwa rzymskiego na Zachodzie*, przeł. I. Szymańska, Warszawa 2011, 152 nn.

11. Por. *Rzymskie prawo publiczne*, red B. SITEK, Olsztyn 2005, 58.

procedurom zarządzania. W tym celu Dioklecjan rozdzielił administrację wojskową od cywilnej, czyli *praesides*, *correctores*, *consulares* od dowódców wojskowych – *duces*. Rozwiązanie to nie może jednak być oceniane w perspektywie monteskiuszowskiego trójpodziału władzy. Ponadto dowódcy wojskowi zachowywali w wielu przypadkach jurysdykcję sądową wobec spraw cywilnych. Współcześnie zasadą jest nie tylko oddzielenie władzy wojskowej od cywilnej, ale również cywilny nadzór nad działaniem wojska i innych służb. Na czele tych formacji stoją cywilni politycy, mający jednak odpowiednią wiedzę potrzebną do kierowania nimi.

Dioklecjan zniósł podział prowincji na cesarskie i senackie. Utworzył trzy poziomy administracji państwowej (cesarskiej), tj. prefektury, diecezje i prowincje. Powstały cztery prefektury: po dwie dla wschodniej i dwie dla zachodniej części imperium. Były to następujące prefektury: *Oriens*, *Illyricum*, *Italia et Africa* oraz *Gallia*. Na czele każdej z nich stał *praefectus praetorio* o szerokich kompetencjach sądowniczych, administracyjnych i cywilnych. Nosił tytuł *vir illustris* i był uważany za zastępcę cesarza w powierzonym jemu regionie (*vice sacra*)¹². Stopień niższy stanowiły diecezje (*dioecesis*). Tych jednostek administracyjnych było 12, w tym 4 w prefekturze *Oriens*, 2 w *Illyricum*, 2 w Italii i 4 w Galii. Zadaniem diecezji było wspieranie skuteczności funkcjonowania prefektur. Zwraca tu uwagę instancyjność podejmowania decyzji. Diecezje stały się organem pośrednim między prefekturami a prowincjami w podejmowaniu decyzji, a zarazem stały się organem odwoławczym od decyzji podejmowanych przez namiestników prowincji. Funkcja wspomagająca diecezji uwidaczniała się również w nazewnictwie jej zwierzchnika, którego zwano *vicarius*, czyli zastępujący czy zastępca. Nosił tytuł *vir perfectissimus*¹³.

Najniższy stopień administracji państwowej (cesarskiej) stanowiły prowincje. Z 50 prowincji Dioklecjan stworzył 98, a w końcu ich liczba wzrosła do 120. Stare prowincje zostały podzielone na mniejsze jednostki administracyjne, np. dawna Akwitania została podzielona na Akwitania I, Akwitania II i *Novempopulana*. Namiestnicy prowincji nosili różne nazwy. I tak, w prowincjach Azji, Achai i w trzech prowincjach Afryki namiestnikami prowincji byli senatorowie określani jako *proconsules*. W innych prowincjach namiestników nazywano *correctores* lub *consulares*. W niektórych zaś prowincjach namiestnikami byli ekwici noszący nazwę *praesides*. Nosili oni tytuł *vir clarissimus*¹⁴. Organami samorządowymi były municypia. Ten poziom administracji lokalnej został szczegółowo omówiony w dalszej części pracy. Przy urzędnikach stojących na czele państwowych jednostek organizacyjnych były urzędy, czyli *officia*.

12. Por. J. BLEICKEN, *Verfassungs- und Sozialgeschichte des Römischen Kaiserreiches*, t. 1, Paderborn 1981, 151.

13. *Ibidem*, 152.

14. *Ibidem*, 153.

Wprowadzenie przez Dioklecjana trójstopniowego podziału terytorialnego państwa było ideą stosunkowo nową. Zstąpiono w ten sposób podział państwa tylko na prowincje. Współcześnie wielopoziomowość administracji publicznej jest standardem.

Ważnym organem administracyjnym państwa była kancelaria cesarska. Początków kancelarii cesarskiej należy szukać w wydarzeniu z 46 roku przed Chr., czyli od zwycięstwa Juliusza Cezara nad Pompejuszem. Wówczas to powołano sztab doradców, składający się z dowódców wojskowych oraz wykształconych wyzwolenców i niewolników. Z biegiem lat struktura kancelarii była doskonałona i rozwijana przez kolejnych cesarzy. Wykształciły się różne działy administracji odpowiedzialne za specyficzne obszary problemowe.

Klaudiusz w ramach kancelarii cesarskiej utworzył centralną kasę państwową (*fiscus Caesaris*) oraz departament ds. finansowych (*a rationibus*). Obok kasy centralnej został utworzony prywatny skarb cesarza, do którego wpływały przychody z kopalni, gruntów należących do cesarza oraz spadków. Z czasem właśnie to *patrimonium Caesaris* stało się podstawową kasą państwową. Urzędnikiem odpowiedzialnym za finanse był *procurator patrimonii*. Kolejny departament – *ab epistulis* – służył do prowadzenia korespondencji cesarza z najważniejszymi urzędnikami państwa, zwłaszcza namiestnikami prowincji. Dzielił się na wydział do spraw pism w języku łacińskim (*ab epistulis Latinis*) i w języku greckim (*ab epistulis Graecis*). Za listy od osób prywatnych (*libelli, preces*) odpowiadał wydział określany mianem *a libellis*. W okresie dominatu było to *scrinium memoriae*. Inne departamenty wykształcone w ramach kancelarii cesarskiej to: *a cognitionibus* – departament ten zajmował się tworzeniem prawa, *a commentariis* – departament zajmujący się przygotowywaniem oficjalnych dokumentów cesarza. Ponadto wykształciły się kolejne departamenty, m.in. odpowiedzialny za pocztę (*cursus publicus*), na której czele stał *praefectus vehiculorum*; wreszcie urzędy: *praefectus annonae* odpowiedzialny za aprowizację Rzymu, *curatores aquarum* odpowiedzialny za dostawę wody do Rzymu i *curatores riparum et alevi Tiberis* odpowiedzialny za brzegi rzek, zwłaszcza Tybru. Powstał również system policji podległy prefektowi pretorianów, a od czasu Konstantyna Wielkiego zastępuje go *scholae palatinae*. Odpowiedzialnym za gaszenie pożarów był *praefectus vigilum*, który dowodził *cohortes vigilum*. Oddziały policji i straży pożarnej podlegały ostatecznie prefektowi miasta (*praefectus urbi*). Kancelarię cesarską można współcześnie porównać do rządu czy rady ministrów.

Gruntną reformę kancelaria cesarska przeszła w okresie panowania Dioklecjana i kolejnych cesarzy¹⁵. Wokół władcy powstał dwór ze stojącym na czele *praepositus sacri cubiculi*, czyli naczelnikiem dworu. Funkcję tę najczęściej pełnił eunuch. Obok dworu cesarskiego znajdował się rząd centralny, kierowany przez prefekta pretorianów.

15. Por. J. MALITZ, *Die Kanzlei Caesars – Herrschaftsorganisation zwischen Republik und Prinzipat*, Historia 36 (1987) 51 nn.

Urzędy te były oddzielone od kancelarii cesarskiej, a zakres ich kompetencji ograniczony był do terenu prefektury. Nowymi szefami kancelarii cesarskiej zostali: *quaestor sacri palatii*, który przewodził nowej radzie cesarskiej (*consistorium*), oraz *magister officiorum*. Obu szefom podlegali dyrektorzy departamentów: *scrinium memoriae*, *scrinium epistularum* i *scrinium libellorum*. *Magister officiorum* odpowiadał jednocześnie za dyscyplinę na dworze cesarskim, ochronę cesarza, kierował *agentes in rebus* (urzędnikami odpowiedzialnymi za dostarczanie przesyłek na terytorium imperium, którzy w rzeczywistości tworzyli strukturę służby bezpieczeństwa), fabrykami broni oraz układał listę osób dopuszczonych na audiencję do cesarza. *Magister officiorum* nadzorował policję i inne ograny bezpieczeństwa¹⁶.

Odrębny pion administracji obejmował administrację finansową. Na czele tej administracji stał *comes sacrarum largitionum*, który odpowiadał za produkcję pieniądza, fabryki sukna, pobór cła, podatki gruntowe, podatek od stroju. *Comes rei privatae* zajmował się podatkami gruntowymi, *comites largitionum privatorum* zajmowali się majątkiem osobistym cesarza¹⁷. W okresie dominatu przy dworze cesarskim znajdowało się biuro z notariuszami, których zadaniem było obsłużenie urzędników od strony przygotowywania dokumentów. Pracownikami tego biura byli pisarze (*notarii*), a ich szefem *primicerius notariorum*¹⁸. Urzędnicy sądowi zwani byli *referendarii*.

Rozbudowana administracja rodziła nie tylko okazję do korupcji, ale często zdarzały się przypadki nadużywania władzy przez urzędników wobec petentów. W konsekwencji w początkach IV wieku powołany został urząd obrońcy mieszkańców (*defensor civitatis*). Jego zadaniem była obrona ludności, zwłaszcza ubogiej, przed nadużyciami ze strony urzędników. Początkowo był wybierany przez prefekta pretorianów, zaś w V wieku przez ludność miasta. Wybór ten musiał być zatwierdzony przez cesarza. *Defensor civitatis* przyjmował skargi od ludności na niewłaściwe zachowania urzędników. Sprawy drobne rozpatrywali sami, zaś poważniejsze skierowali do cesarza. Urząd ten zniknął pod koniec V wieku, a Justynian, pomimo podejmowanych prób, nie był w stanie przywrócić go do życia. Powołanie urzędu *defensor civitatis* było konsekwencją stworzenia systemu odpowiedzialności urzędników. Do najczęstszych form nadużycia władzy przez urzędników zaliczano: korupcję, wymuszenia, matactwo, załatwianie własnych interesów. Kary za tego rodzaju czyny były różne, począwszy od zwykłego upomnienia, aż po konfiskatę części lub całości majątku, a nawet kara śmierci. Stosowano też karę wygnania, chłosty czy tortur¹⁹. Figura *defensor*

16. BLEICKEN, *Verfassungs- und Sozialgeschichte* (wyżej przyp. 12) 168.

17. *Ibidem*, 172.

18. *Ibidem*, 171.

19. POF. B. SITEK, *Quaestionem intellegere debemus tormenta et corporis dolorem ad ereundam veritatem*, w: *Crimina et mores. Prawo karne i obyczaje w starożytnym Rzymie*, Lublin 2011, 161-168; C. KUNDEREWICZ, *Historyczny rozwój odpowiedzialności urzędników w ptolemejskim, rzymskim i bizantyjskim Rzymie*, w: *Studia z zakresu rzymskiego prawa administracyjnego*, Łódź 1991, 57; R. KAMIENIK, *Ucisk podatkowy i nadużycia ze strony administracji rzymskiej w ostatnich wiekach cesarstwa*, *Rocznik Lubelski* 14 (1971) 8-38.

civitas współcześnie może być przyrównana do rzecznika praw obywatelskich. We Włoszech w każdej gminie istnieje urząd *difensore civico*, który pełni podobną funkcję.

Reforma administracyjna państwa dotyczyła również senatu. W związku z przeniesieniem aktywności organów cesarskich, a później i samej stolicy do Konstantynopola, na znaczeniu stracił senat rzymski. Stał się on radą miasta. Stanowisko senatora nabywano przez urodzenie, piastowanie niektórych stanowisk cywilnych lub wojskowych oraz z cesarskiego nadania. Pojawiała się również nowa praktyka, a mianowicie obok członków rzeczywistych senatu mogli być również honorowi senatorowie, którzy nie mieli prawa zasiadania w senacie i podejmowania jakichkolwiek decyzji. Kompetencje senatu w okresie dominatu zostały znacząco ograniczone. Podział na członków rzeczywistych i honorowych można współcześnie spotkać w Polskiej Akademii Nauk czy w kapitułach kościelnych, gdzie są kanonicy gremialni i honorowi.

Z dawnych urzędników republikańskich został jedynie konsul i pretor. Konsuli było dwóch, jeden we wschodniej części, drugi w zachodniej. Był to urząd honorowy, bez żadnych uprawnień faktycznych. Pretor z kolei posiadał uprawnienia sądowe co do drobnych spraw o niewielkiej wartości przedmiotu sporu. Kwestorzy stali się urzędnikami zawiadującymi finansami obu stolic. Kompetencje innych urzędników republikańskich przejęli urzędnicy cesarscy.

4. Charakterystyka systemu prawa

Już w okresie pryncypatu cesarz stopniowo stawał się głównym źródłem uregulowań normatywnych o różnym charakterze. Konstytucje cesarskie wydawane były w formie edyktów (akty normatywne o charakterze programowym), dekretów (rozstrzygnięcia sądowe cesarza), mandatów (powołanie i wytyczne dla wyższych funkcjonariuszy państwa, zwłaszcza dla namiestników prowincji). Stopniowo wygaszano wydawanie reskryptów, czyli rozstrzygnięć spraw jednostkowych. Coraz częściej pojawiały się konstytucje skierowane do całego narodu. Proces wzmacniania władzy ustawodawczej cesarzy rozpoczął się już w pryncypacie. Cesarz Hadrian zlecił swojemu prawnikowi Salwiuszowi Julianowi ostateczne skodyfikowanie edyktu pretora (*edictum perpetuum*), który tym samym stał się wyłącznie organem sądowym. Działalność jurysprudence rzymskiej stopniowo ustała wraz z końcem panowania Sewerów w 235 roku. Ostatni wielki prawnik, Hermogonianus, żył jeszcze za panowania Dioklecjana. Senat rzymski stał się wyłącznie organem zatwierdzającym wcześniej przygotowane teksty aktów prawnych przez kancelarie cesarskie (*oratio principis*). Tym samym duch prawa klasycznego pod koniec pryncypatu został sformalizowany.

Po 235 roku rozpoczął się proces tzw. wulgaryzacji prawa rzymskiego, czyli obniżenia jego poziomu. Jego cechą charakterystyczną było upraszczanie form prawnych, instytucji, zmiana treści pojęć prawnych, stosowanie argumentacji religijnej. Przykładem wulgaryzacji prawa był zanik zdolności rozróżniania np. własności od posiadania. Proces ten uwidocznił się w szczególności na zachodzie imperium.

Wulgaryzacja prawa rzymskiego była spowodowana wieloma czynnikami. Do najważniejszych należy zaliczyć coraz słabszą znajomość przepisów przez obywateli i organy stosujące prawo oraz mnogość źródeł tworzenia (*fontes iuris oriundi*) i poznania prawa (*fontes iuris cognoscendi*). Z wulgaryzacją prawa mamy do czynienia również współcześnie. Jest ona spowodowana nadmiarem regulacji prawnych: zarówno krajowych, jak i europejskich czy międzynarodowych. W gąszczu przepisów prawnych nie może odnaleźć się nie tylko zwykły obywatel, ale również organy stosujące prawo, w tym sądy. Coraz częstsze są wyroki diametralnie różniące się między sobą przy tym samym stanie faktycznym i prawnym.

Słabsza znajomość przepisów to efekt konstytucji Karakalli z 212 roku, na której mocy niemal wszystkim wolnym mieszkańcom imperium – z wyłączeniem *peregrini dediticii* – nadano obywatelstwo rzymskie. Tym samym została zmieniona zasada obowiązywania prawa z personalnej na terytorialną. Odtąd każdy obywatel Rzymu musiał posługiwać się prawem rzymskim, nawet jeśli znał je słabo lub wcale. Ponadto, warstwa normatywna prawa rzymskiego mieszała się z systemami prawnymi lokalnymi, np. prawami germańskimi na zachodzie czy prawami greckimi na wschodzie. Liczne przykłady prawa wulgarne znajdują się w zachowanych tekstach czynności prawnych spisywanych na papirusach.

Koniec pryncypatu przyniósł znaczne ograniczenie źródeł tworzenia prawa (*fontes iuris oriundi*). Oprócz pretora i senatu, zdolność do tworzenia prawa utraciła jurysprudence rzymska (*predentes*). Prawnicy zostali zaangażowani w kancelariach cesarskich i zajmowali się przygotowywaniem dokumentów urzędowych, w tym projektów aktów prawnych (konstytucji). W tym okresie rozpoczął się proces gromadzenia dorobku normatywnego okresu klasycznego (*fontes iuris cognoscendi*). Początkowo były to zbiory prywatne, nie mające urzędowego uznania. Do najważniejszych w tym okresie zaliczyć można m.in. *Fragmenta Vaticana* – zbiór powstały pod koniec IV wieku, zawierające teksty prawne rzymskich prawników (Ulpiana, Paulusa i Papiniana) oraz konstytucje cesarskie, w dużej mierze Dioklecjana; *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum* – zbiór powstały pod koniec IV wieku, zawierający teksty prawników rzymskich oraz prawa możeszowego; *Pauli Sententiae* – zbiór powstały w IV wieku, zawierający fragmenty pism jurysprudence rzymskiej. Zbiory te układane były według określonych problemów, wymagających rozwiązania. Ważną rolę odegrały

kodeksy, czyli zbiory konstytucji cesarskich. Pierwszym był tzw. „Kodeks gregoriański” (*Codex Gregorianus*), pochodzący najprawdopodobniej z 293 roku. Zbiór ten obejmował konstytucje od Hadriana do czasu wydania tegoż „Kodeksu”. Prawdopodobnie w 295 roku ukazał się „Kodeks hermogeniański” (*Codex Hermogenianus*), który uzupełniał ten wcześniejszy. Oba miały charakter zbiorów prywatnych, co oznacza, że nie miały autoryzacji cesarskiej.

Pierwszym zbiorem oficjalnym był „Kodeks teodozjański” (*Codex Theodosianus*), wydany w 438 roku z inicjatywy Teodozjusza II. Kodeks ten składał się z 16 ksiąg i zawierał fragmenty konstytucji dotyczących zasadniczo kwestii publicznych. Konstytucje wydane w okresie 438 do 468 zebrano w tzw. „Nowelach postteodozjańskich” (*Novellae Posttheodosianae*).

Zasługą Teodozjusza II było uporządkowanie cytowań pism prawników rzymskich (*prudentes*) w sądach. Ogromna ilość ich dzieł powodowała zamieszanie co do zasadności powoływania się na ich opinie przed sądami. Spore trudności z pismami prawników rzymskich wynikały z różnej ich wartości. Dlatego w 426 roku w Rawennie została wydana konstytucja zwana ustawą o cytowaniu. Według tej ustawy tylko opinie pięciu prawników mogły być cytowane w sądach, mianowicie: Gajusa, Ulpiana, Paulusa, Papiniana i Modestyna. W przypadku odmienności opinii decydowała większość

Przy równej ilości głosów zwyciężało zdanie Papiniana, którego uważano za największego prawnika. Założenia tej konstytucji zostały zmienione 10 lat później, kiedy włączając ją do „Kodeksu teodozjańskiego” dopuszczono możliwość powoływania się na opinie innych prawników w przypadku, gdy byli oni cytowani przez tych pięciu „wielkich”. Regulacja w nowej wersji istotnie rozluźniła dyscyplinę stosowania opinii prawników przed sądami.

Ukoronowaniem dzieła porządkowania źródeł poznania prawa była tzw. kodyfikacja justyniańska. Justynian po objęciu stanowiska cesarza w 527 roku wydał konstytucję, w której wyraził wolę zebrania całości uregulowań prawnych, dorobek minionych wieków. W tym celu powołana została komisja składająca się z profesorów i praktyków. Nazywa ich się kompilatorami. Pierwszym efektem pracy komisji był „Kodeks” (*codex vetus*) wydany w 528 roku, który zawierał konstytucje cesarskie. Z powodu niedopracowania starego i zmian stanu prawnego w 534 roku zastąpił go nowy, składający się z 12 ksiąg „Kodeks”, zwany *Codex repetitiae praelectionis*. W 533 roku wydano składające się z 50 ksiąg „Digesta”, które są zbiorem fragmentów pism jurysprudence rzymskiej. Dobór tekstów oparty był o zasadę ich aktualności, czyli przydatności do praktyki prawniczej. Stąd zachowało się tylko 5% całego dorobku wypracowanego w okresie przedklasycznym i klasycznym. Reszta materiału została bezpowrotnie utracona. Dobrane przez kompilatorów fragmenty zostały wyrwane z ich pierwotnego kontekstu, często

też zmieniano ich znaczenie. W 533 roku zostały jeszcze wydane w czterech księgach „Instytucje” justyniańskie, które stały się podręcznikiem do nauki prawa dla studentów pierwszego roku.

5. Ekonomia okresu dominatu

Sytuacja ekonomiczna imperium rzymskiego pod koniec pryncypatu była bardzo trudna. Wojny domowe oraz częsta zmiana cesarzy powodowała osłabienie siły nabywczej pieniądza, a także dezorganizację gospodarki państwa. Już Kommodus (180-192) wprowadził do obiegu niepełnowartościowe pieniądze. Za cesarza Waleriana (253-260) monety zawierały tylko 2% srebra. Dobra moneta została wyparta przez monety metalowe. W tej sytuacji nastąpił powrót do gospodarki naturalnej, opartej na wymianie towaru za towar. Taka sytuacja skutkowałą dalej tym, że dotychczasowa forma płacenia podatku w pieniądzu powoli była zastępowana dostarczaniem państwu odpowiedniego kontyngentu produktów rolnych (*annona*). Kontyngenty występowały też w latach sześćdziesiątych XX wieku. Każdy rolnik był zobowiązany do dostarczenia państwu socjalistycznemu odpowiedniej ilości zboża i żywca.

Dioklecjan podjął działania zmierzające do zahamowania inflacji i przywrócenia stabilizacji gospodarczej w państwie. W tym celu zaczęto na nowo bić monety srebrne i złote (*solidus*). Politykę tę kontynuował Konstantyn Wielki. Podjęte działania nie przyniosły jednak spodziewanych efektów ekonomicznych. Inflacja utrzymała się na wysokim poziomie i w latach 293-298 wynosiła nawet 23%²⁰. Zwiększenie zaś liczebności armii oraz prowadzenie licznych wojen na wschodzie i na zachodzie wymagało ze strony państwa dużych nakładów finansowych. W efekcie Dioklecjan wprowadził nowy system poboru podatków, polegający na ściąganiu należności w naturze według jednostek obliczeniowych ziemi zwanych *iuga*. Nałożono też podatek zwany *capitatio*. W ten sposób powstał podatek związany nie z gruntem, lecz z osobą. W okresie Dominatu nadal rozbudowywano administrację fiskalną państwa, której celem było nie tylko ściąganie należności podatkowych, ale również obrona interesu publicznego. Zadanie to należało w szczególności do *advocatus fisci*²¹.

Na szczególną uwagę zasługuje również wzrastający interwencjonizm państwowy. Przykładem tego zjawiska była konstytucja cesarska z 301 roku tzw. *Edictum de pretiis rerum venalium*. Celem tego edyktu było wprowadzenie cen sztywnych w szczególności na produkty żywnościowe. Przyczyną jego wydania był wzrost cen spowodowany inflacją oraz nieusprawiedliwiony wzrost cen żywności w

20. Por. H. BÖHNKE, *Ist Diocletians Geldpolitik gescheitert?*, ZPE 100 (1994) 473-483; A. WASSINK, *Inflation and financial policy under the Roman Empire to the price edict of 301*, Historia 40 (1991) 465-493.

21. Instytucja *advocatus fisci* została powołana przez Hadrianą i przetrwała aż do czasów Dominatu. Por. I. ŽEBER, *O pojęciu skarbu państwa w starożytnym Rzymie*, w: *Z dziejów skarbowości*, red. R. Wojciechowski, Wrocław 2009, 101-117.

miejscach stacjonowania legionów rzymskich. Kary za złamanie postanowień edyktu były bardzo surowe, z karą śmierci włącznie²². Efektem wprowadzenia cen sztywnych było powstanie czarnego rynku.

W okresie dominatu ostatecznie wykształciła się forma kolonatu. Latyfundyści wydierżawiali grunty drobnym rolnikom zwanym kolonom, którzy nierzadko wcześniej byli właścicielami tej ziemi. W 332 roku Konstantyn Wielki związał kolonów na trwałe z dzierżawioną ziemią. Nie mogli jej opuszczać, zaś w przypadku ucieczki byli siłą zmuszani do powrotu. Sytuacja uciekających niewolników była zatem podobna do *servus fugitivus*. Od 364 roku kolonów nazywano *glebae adscripti*. W niektórych wschodnich prowincjach istniała forma *liberii coloni*, czyli kolonów zwolnionych z ciężarów podatkowych. Pozostawali oni jednak przywiązani do ziemi²³. Współcześnie również dokonuje się daleko idący podział społeczeństwa na bogatych i biednych. Sprzyja temu gospodarka wolnorynkowa oparta na ciągłej innowacji. W ten sposób osoby mniej kreatywne nie są w stanie poradzić sobie z ciągle nowymi wyzwaniami technologicznymi i organizacyjnymi.

Ekonomia doby dominatu opiera się nie tylko na rolnictwie, ale również na rzemiośle i przemyśle. Kopalnie pozostawały w ręku cesarza i administracji centralnej. Rzemiosło i przemysł w dużej mierze pracowały na potrzeby wojska.

6. Religia przełomu

Okres dominatu był czasem wielkich przemian religijnych, a to za sprawą rosnącego w siłę chrześcijaństwa. Dioklecjan dokonując reformy państwa starał się wzmocnić tradycyjne religie Rzymu, zwane przez chrześcijan religiami pogańskimi. Pod koniec panowania tego cesarza miały miejsce ostatnie wielkie prześladowania wyznawców Chrystusa. Swoje początkowo tolerancyjne nastawienie do chrześcijaństwa cesarz zmienił najprawdopodobniej pod wpływem cesarza Galeriusza, związanego z neoplatonczykami. W 298 roku wydał dekret, na którego mocy każdy żołnierz był zobowiązany do składania ofiary bogom rzymskim²⁴. W latach 303 i 304 zostały zaś wydane aż cztery dekrety prześladowcze. Prześladowanie chrześcijan na szeroką skalę rozpoczęło się od zburzenia w 303 roku chrześcijańskiej katedry znajdującej się naprzeciwko pałacu cesarskiego w Nikomedii²⁵. W tym samym roku został wydany edykt prześladowczy, na mocy

22. Polskie tłumaczenie konstytucji cesarskiej por. *Edictum Diocletiani de pretiis rerum venalium*. Edykt Dioklecjana o cenach towarów wystawionych na sprzedaż, przekład, wstęp i opracowanie A. i P. BARAŃCZY, P. JANISZEWSKI, Poznań 2007. Por. również SITEK, *Pojęcie sprawiedliwości* (wyżej przyp. 8) 100 nn.

23. BLEICKEN, *Verfassungs- und Sozialgeschichte* (wyżej przyp. 12) t. 2, 88 nn.

24. Por. *Il cristianesimo nelle leggi di Roma Imperiale*, red. A. BARZANÒ, Milano 1996, 142-3; R. M. GRANAT, *Christen als Bürger im Römischen Reich*, Göttingen 1981, 11 nn.

25. Por. P. JANISZEWSKI, *Galeriusz czy Dioklecjan? Kwestia odpowiedzialności za rozpoczęcie tzw. 'wielkiego prześladowania' chrześcijan w 303 roku*, *Meander* 48 (1993) 303-317; J. UMIŃSKI, *Historia Kościoła*, t. 1: *Chrześcijańska starożytność i wieki średnie*, Opole 1949, 57-8.

którego nakazano uwięzić duchownych, torturować wiernych chrześcijaństwu, karać śmiercią opornych. Nakazano zniszczenie ksiąg i naczyń liturgicznych²⁶. Koniec panowania Dioklecjana nie przyniósł kresu prześladowaniom chrześcijan. Nawet w Europie średniowiecznej zdarzały się liczne przypadki prześladowania religijnego. Współcześnie zaś chrześcijanie stali się najbardziej prześladowaną grupą religijną, również w chwalcącej się tolerancją Europie.

Przełomem w wygaszaniu niepokojów religijnych było wydanie przez Konstantyna Wielkiego i Licyniusza w 313 roku tzw. edyktu mediolańskiego. Był to tzw. edykt tolerancyjny, który dawał każdemu obywatelowi prawo wolności sumienia i wyznania. Na podstawie tego edyktu chrześcijanie otrzymali nie tylko wolność sprawowania kultu, ale również zwrot zarekwirowanych miejsc kultu²⁷.

Walka polityczna z chrześcijaństwem w początkach dominatu znalazła swoje odzwierciedlenie w licznych dziełach tego okresu, tak autorstwa pogan, jak i chrześcijan. Chrześcijaństwo było zwalczane w szczególności przez zwolenników szkoły neoplatonickiej, jak np. Ammoniusza Sakkasa (zm. w 242 roku), Plotyna (zm. w 270 roku) i Jamblicha (zm. w 303 roku). Apologeci religii rzymskich wskazywali na liczne podobieństwa pomiędzy teologią chrześcijańską a wierzeniami pogańskimi. Wskazywano na to, że również religia rzymska ma charakter objawienia i prawdy ostatecznej. Ponadto drwiono, ośmieszano i zniekształcano naukę chrześcijańską. Jedną z najbardziej spotykanych form prześladowania chrześcijan jest również obecnie ośmieszanie treści religijnych, Pisma świętego, form kultu, wartości chrześcijańskich i autorytetów (świętych).

Uzyskanie swobody wyznania przez chrześcijan spowodowało, że wielu z nich mogło się znaleźć nawet w najwyższych kręgach władzy. Tym samym mieli wpływ na stanowienie prawa, szczególnie w zakresie spraw rodzinnych, spadkowych i w kwestiach moralnych. Już za Konstantyna Wielkiego powstało wiele regulacji prawnych inspirowanych wartościami chrześcijańskimi. Między innymi w 318 roku wprowadzono karę za uprowadzenie dziewcząt, w 326 roku zabroniono konkubinatu, w 329 roku wprowadzono karę śmierci za niedozwolone pożycie wolnej z niewolnikiem, a w 331 roku ograniczono znacznie swobodę rozwodową w zakresie rozwodów jednostronnych (*repudium*)²⁸.

Próba restytucji tradycyjnych wierzeń rzymskich została podjęta przez Juliana Apostatę, który został cezarem w 356 roku, zaś augustem w roku 361. W tym samym czasie rozpoczął restytucję religii rzymskich przez usunięcie chrześcijan ze stanowisk państwowych i zabór nieruchomości kościelnych, w tym kościołów.

26. Por. E. WIPSZYCKA, *Kościół w świecie późnego antyku*, Warszawa 1994, 105 i 111; J. DANIELOU, H.I. MARROU, *Historia Kościoła*, t. 1: *Od początków do roku 600*, Warszawa 1984, 186.

27. Por. *Historia chrześcijaństwa*, red. A. HASTINGS, Warszawa 2002, 53.

28. *Historia chrześcijaństwa*, (wyżej przyp. 27) 127. W prawie rzymskim rozwód mógł być dokonany za zgodą obu stron (*divortium*) lub za wypowiedzeniem jednej ze stron (*repudium*), np. poprzez wręczenie listu rozwodowego.

Podstawę do działań stanowiła ustawa szkolna Juliana Apostaty z dnia 17 czerwca 362 roku. Nakazano w niej, aby w szkołach czytano wyłącznie dzieła klasyków greckich i rzymskich. Cesarz Julian sprzyjał też sporom wewnątrz chrześcijaństwa w celu osłabienia tej religii. Kres tym „reformom” położyła nagła śmierć cesarza w 363 roku²⁹, która spotkała go podczas wyprawy wojennej do Persji³⁰. Następni cesarze byli chrześcijanami, stąd religia chrześcijańska cieszyła się wolnością. W 380 roku Teodozjusz I (379-395) uczynił z chrześcijaństwa religię państwową. W kolejnych konstytucjach zabronił wróżbiarstwa i przechodzenia na religie pogańskie. Od 365 roku zaczęto niszczyć świątynie pogańskie. W 391 roku zabroniono sprawowania kultu pogańskiego publicznie³¹.

7. Wnioski

Władza cesarzy rzymskich okresu dominatu zmierzała w kierunku jej centralizacji. Cesarz kumulował w swoim ręku władzę cywilną, wojskową, ustawodawczą i sędziowską. W dużej mierze również zdobywał władzę religijną, nawet w okresie cesarzy chrześcijańskich. Cesarze stali się najwyższymi prawodawcami, a więc mieli prawo zwoływania synodów i soborów o charakterze religijnym. Sam cesarz stał się bogiem i władcą. Cesarze chrześcijańscy uważali się natomiast za wysłanników Boga. Działali w jego imieniu. Wzorem wschodnich despotów nosili zawsze uroczyste ubranie i diadem na głowie. Tym samym cesarz stał się ucieleśnieniem narodu, zaś obywatele stali się jego podwładnymi.

Kumulacji władzy w ręku cesarza towarzyszyła jednocześnie decentralizacja władzy organów niższych. W tym celu Dioklecjan wprowadził nowy, trójstopniowy podział państwa: na prefektury, diecezje i prowincje. W ten sposób osłabił dotychczasową władzę namiestników prowincji. Oddzielił również władzę cywilną od wojskowej – w szczególności pozbawił urzędników cywilnych kontroli nad wojskiem. Współczesne przejawy władzy cesarskiej okresu dominatu można odnaleźć m.in. w ubiorze papieża, przy którym też funkcjonuje konsystorz wzorowany na radzie cesarskiej. Do obrony przed nadużyciami ze strony urzędników cesarskich powołano urząd *defensor civitatis*. Podobny urząd funkcjonuje we Włoszech, gdzie w każdej gminie jest *difensore civico*. Można wskazać na liczne negatywne podobieństwa władzy okresu dominatu ze współczesnymi zjawiskami, w szczególności na korupcję urzędników publicznych.

29. Por. E. SZABAT, *Wprowadzenie do badań nad edukacją u schyłku starożytności (V-VII w.)*, w: *Chrześcijaństwo u schyłku starożytności. Studia źródłoznawcze*, t. 6, Warszawa 2007, 110-171.

30. Reforma oświaty pojęta za Juliusza Apostatę była przedmiotem rozprawy doktorskiej: T. SZELĄG, *Ustawa szkolna Juliana Apostaty z dnia 17 czerwca 362 r. jako przejaw antychrześcijańskiej polityki cesarza (na tle stosunków społeczno-politycznych i religijnych w Cesarstwie rzymskim w IV w.)*, Kraków 2009. Praca nie została opublikowana.

31. Por. *Il cristianesimo nelle leggi di Roma Imperiale* (wyżej przyp. 24) 228. Więcej o skutkach ogłoszenia chrześcijaństwa religią państwową por. R. SOBAŃSKI, *Kościół – Prawo – Zbawienie*, Katowice 1979, 32-33.

Można też wskazać na silną centralizację władzy publicznej w ręku cesarza oraz decentralizację uprawnień najwyższych urzędników cesarskich. Nie jest jednak możliwe wykazanie bezpośredniego związku współczesnych instytucji z tymi, które stosowano w dominacie. Należy raczej mówić o analogicznych lub podobnych rozwiązaniach zjawisk i problemów związanych z funkcjonowaniem każdej wspólnoty ludzkiej.

Dyskursywnie dialektyczne poznanie i rozwój prawa w Rzymie republikańskim (Przyczynek do dalszych rozważań)

Szkic na temat nauczania prawa w starożytnym Rzymie dedykuję pamięci zmarłego doktora Andrzeja Kremera, z którym współpracowałam w Katedrze Prawa Rzymskiego Uniwersytetu Jagiellońskiego. Przez wiele lat doktor Andrzej Kremer, obok spełniania obowiązków wobec Państwa, prowadził wykłady i zajęcia dydaktyczne na Uniwersytecie, przez co przyczynił się do wzrostu świadomości i wiedzy pokoleń studentów, w których pamięci na zawsze pozostanie.

1. Status i nauczanie prawa

Początki powszechnej dostępności prawa, oznaczającej też jego nauczanie, w starożytnym Rzymie tradycyjnie wiąże się przemianami, uznawanymi za jedno z kluczowych dla dziejów rzymskiej jurysprudencji. Pierwszą z nich było odejście od formuły jurysprudencji pontyfikalnej, gdzie cechą szczególną znajomości prawa była ekskluzywność, bowiem wiedza o prawie była zastrzeżona jedynie dla nielicznych osób – kapłanów, określanych jako *pontifices* ze względu na swój szczególny status „pośredników – budujących most” pomiędzy tym, co boskie a tym, co ludzkie. Moment końcowy dla jurysprudencji pontyfikalnej to swoista „sekularyzacja” jurysprudencji, która była konieczna dla nastąpienia kolejnego przełomowego momentu, a mianowicie zmiany paradygmatu jurysty laickiego, który ze znającego prawo arystokraty stał się profesjonalnym znawcą prawa – *iuris peritus*, wciąż jednak wywodzącym się z przedstawicieli *nobilitas*¹. Wysoki status społeczny jurystów okresu republikańskiego odegrał jednak istotną rolę w procesie ontologicznego i epistemologicznego określania statusu rzymskiej jurysprudencji. Tu bowiem tkwiło pierwotne źródło przynależnej jurystom laickim *auctoritas prudentium*, stanowiącej perswazyjny argument na rzecz stosowania proponowanych przez nich rozstrzygnięć problemów prawnych², jak i uzasadniającej dalszy przekaz wiedzy prawniczej. W odróżnieniu więc od pontyfików, którym *auctoritas* przysługiwała z uwagi na sam status kapłański, przez co rozciągała się na udzielane przez nich odpowiedzi na pytania prawne, które *stant pro ratione*

1. Por. F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, wyd. 2, Oxford 1953, 60.

2. Por. T. GIARO, *Prawda i autorytet w jurysprudencji klasycznej*, ZNUJ 125 (1989) 31-32 na temat autorytetu jako czynnika ułatwiającego recepcję opinii poszczególnych prawników tak w środowisku prawniczym, jak i nieprawniczym. Generalnie na temat argumentacji *ab auctoritate* por. K. SZYMANEK, *Sztuka argumentacji. Słownik terminologiczny*, Warszawa 2001, s.v. *argument z autorytetu*, 66-69.

*auctoritatis*³, juryści laicycy *a priori auctoritas* jako *auctoritas prudentium* nie posiadali i musieli ją zdobyć. Był to proces stopniowy i wówczas mógł zakończyć się sukcesem właśnie z uwagi na wysokie pochodzenie jurystów, do którego doszedł niezwykle ważny czynnik, a mianowicie profesjonalizm. Wśród państw starożytnych jedynie w rzymskim państwie pojawił się bowiem jurysta – profesjonalista⁴. Profesjonalizm oznaczał tym samym zmianę paradygmatu myślenia o prawniku i jego roli w życiu społecznym. Celem przedstawicieli rzymskiej jurysprudencji okresu republikańskiego, określanych przez kolejne pokolenia jako *veteres*⁵, było spełnianie „intelektualnego powołania”, jakim miało być zdobywanie, profesjonalne wykorzystywanie oraz przekazywanie wiedzy prawniczej.

Wspomniane zmiany paradygmatów były niezwykle istotne dla obecności deskryptywnej i preskryptywnej samego *iūs* w społeczeństwie. Pierwsza z nich, choć niewystarczająca dla uzyskania przez prawo pełnej samodzielności jako fenomenu kulturowego, dzięki oddzieleniu od religii, pozwoliła na jego racjonalnie uzasadnione stosowanie. Juryści laicycy zrezygnowali bowiem z magicznych rytuałów „gestu i słowa”, towarzyszących wskazywaniu właściwego prawa przez pontyfików, które Aldo Schiavone, określił jako „uno dei tratti più interessanti del mondo romano arcaico”⁶. Druga zmiana zaś, prowadząc do specjalizacji funkcji prawnika i jej względnej odrębności od innych funkcji społecznych, umożliwiła uświadomienie, że między prawem a rozstrzygnięciem konkretnego przypadku jest coś więcej niż autorytet, a mianowicie – związek normatywny. Od czasów republikańskich wyjaśnianie decyzji co do prawa właściwego w jednostkowym przypadku następowało bowiem w formie generalnej i abstrakcyjnej formuły normatywnej – *regula iuris*. Reguła taka syntetyzowała jakąś istniejącą normę *iūs civile* wziętą z masy *leges et mores maiorum*, od której zależało samo kazuistyczne rozstrzygnięcie i z wykorzystaniem której było ono następnie proponowane. Inaczej mówiąc, reguła była „czymś” pośrednim między normą prawną a konkretnym rozstrzygnięciem, stanowiąc łącznik między nimi, ze względu zaś na swój generalny i abstrakcyjny charakter mogła być bazą dla wielu kazuistycznych rozstrzygnięć⁷. Służyło to niewątpliwie potwierdzeniu niezmienności prawa.

3. SCHULZ, *History* (wyżej przyp. 1) 17.

4. Podkreślał ten fakt wielokrotnie C.A. CANNATA, *La Giurisprudenza Romana*, Torino 1974, 2; TENZE, *Histoire de la Jurisprudence Européenne*, t. 1: *La jurisprudence romaine*, Torino 1989, 9-10; tak też ostatnio R. WESTBROOK, *The Early History of Law: A Theoretical Essay*, ZSS 127 (2010), 10.

5. Na temat jurysprudencji okresu republikańskiego por. F. d'IPPOLITO, *I giuristi e la città. Ricerche sulla giurisprudenza romana della Repubblica*, Napoli 1978; TENZE, *Giuristi e sapienti in Roma arcaica*, Roma-Bari 1986; TENZE, *Sulla giurisprudenza medio-repubblicana*, Napoli 1988; A. SCHIAVONE, *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana. Il secolo della rivoluzione scientifica nel pensiero giuridico antico*, Roma-Bari 1992; SCHULZ, *History* (wyżej przyp. 1) 118 nn.; W. KUNKEL, *Die Römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung*, wyd. 2 (wprow. D. LIEBS), Köln-Weimar-Wien 2001, 3 nn.; R.A. BAUMAN, *Lawyers in Roman Republican Politics. A study of the Roman jurists in their political setting*, 316-82, München 1983; TENZE, *Lawyers in Roman Transitional Politics. A study of the Roman jurists in their political setting in the Late Republic and Triumvirate*, München 1985; CANNATA, *Histoire* (wyżej przyp. 4) 65-76; M. BREITONE, *Storia del diritto romano*, wyd. 12, Roma-Bari 2008, 156-174.

6. A. SCHIAVONE, *Giuristi*, VI; por. TENZE, *Linee di storia del pensiero giuridico romano*, Torino 1994, 3 nn.; TENZE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino 2005, 65 nn.

7. Por. w szczególności M. KASER, *Zum 'iūs'-Begriff der Römer*, w: *Essays in Honor of B. Beinart*, t. 2, Juta Cape Town 1979, 63-81; B. SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln. Versuch einer Typologie*, Köln-Wien 1970, 61-62; SCHIAVONE, *Linee* (wyżej przyp. 6), 32; TENZE, *Ius* (wyżej przyp. 6) 144, 145.

Od tego czasu można też mówić o początkach publicznego i profesjonalnego udzielania porad prawnych, co spowodowało technicyzację odpowiedzi na pytanie o prawo – *responsum*. Sami Rzymianie wspominali, że praktyka dawania *responsa* miała miejsce już w okresie archaicznym (Cic. *Brut.* 42,156; Cic. *dom.* 1,1; D. 1,2,2,6)⁸, jednak dopiero dzięki jurystom laikim *responsum* uzyskało swoją precyzyjną, trójdzielną strukturę – *casus, quaestio, responsio sensu stricto*⁹. Juryści laicy udzielali porad już we własnym imieniu, przez co niejako przyjmowali „osobistą odpowiedzialność” za ich treść, dając im tym samym kwalifikację ontologiczną, jako odpowiedziom udzielanym przez profesjonalistów zajmujących się prawem zawodowo. *Responsum* – jako rodzaj „autorytatywnej komunikacji”¹⁰ *in usu necessarium* (Cic. *leg.* 1,4,14; Cic. *rep.* 5,3,5) – można więc określić jako swoisty nośnik normy prawnej. W tej bowiem formie to, co jednorazowe, gdyż zużywające się w samym akcie sytuacyjnego wypowiedzenia, uzyskiwało pewną szczególną trwałość, zakładając możliwość zastosowania w przypadku analogicznym. Niewątpliwie też właśnie *via respondendi, audiendi et disputandi* rozpoczęło się upublicznianie wiedzy prawniczej przez tych, którzy ją posiadali, i jej poznawanie przez tych, którzy chcieli ją osiąść.

Początki nauczania prawa w starożytnym Rzymie wiążą się tym samym ze wspominanym upowszechnianiem jego znajomości. Zgodnie z przekazem klasycznego jurysty Sekstusa Pomponiusza, który w *liber singularis enchiridii*¹¹ przedstawił *origo et processus* jurysprudencki rzymskiej, jeden z *pontifices*, Tyberiusz Korunkaniusz (konsul 280 r. przed Chr.) rozpoczął objaśnianie swoich opinii w kwestiach prawnych *publice profiteri* (D. 1,2,2,35; 38). Stwierdzenie takie uznać należy za znamienne. Czasownik *profiteor* oznacza bowiem „publicznie wyznać”, „oświadczać”, ale i „ofiarować”¹². Metaforycznie można więc stwierdzić, że jurysta ten, a za nim kolejni juryści republikańscy,

8. W V-IV wieku przed Chr. augurowie, *decemviri sacris faciundis*, feccialowie, a zwłaszcza pontyfikowie odpowiadali na pytania dotyczące prawa, choć w praktyce najczęściej to jeden z kapłanów w imieniu całej grupy udzielał odpowiedzi, początkowo głównie na pytania *pates*, czyli naczelników rodów. Dla opisanie tej działalności nie używano jednak terminu *respondere*, ale *decernere* (np. Liv. 8,23,14), czyli „postanowić”, „zdecydować”, „nakazać”, „ustalić”, „oświadczyć”; lub *pronuntiare* (np. Cic. *Att.* 4,2,3), czyli „publicznie ogłaszać”, „obwieszczać”, „oświadczyć”, „oznajmić”, „ustanowić”. Określenia te kładą też nacisk na charakter takiej odpowiedzi, która była autorytatywną deklaracją prawa o niewielkim pierwiastku inwencji własnej. *Responsa* pontyfików kwalifikowane były jako „wiążące” przez rangę osób, które je obwieszczały (np. CIL X, 8259; Liv. 31,8,5). Por. szerzej: F. WIEACKER, *Pontifex iurisconsultus. Zur Hinterlassenschaft der römischen Pontifikaljurisprudenz*, w: *Hommage à R. Dekkers*, Bruxelles 1982, 214, 216 nn, 354 nn; TENŻE, *Altrömische Priesterjurisprudenz, w: Iuris Professio. Festgabe für M. Kaser zum 80. Geburtstag*, Wien-Köln-Graz 1986, 347 nn, w szczeg. 354-355.

9. Generalnie na temat *responsum* w okresie republikańskim, por. M. BRETONE, *La tecnica del responsio Serviano*, *Labeo* 16 (1970) 7-16 [= *Il responso nella scuola di Servio*, w: TENŻE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, wyd. 2, Napoli 1982, 89-102]; TENŻE, *Diritto e pensiero giuridico romano*, Firenze 1976, 48-53; TENŻE, *Storia* (wyżej przyp. 5) 195-209. Por. J.W. TELLEGEN, *‘Responsitae’ and the Early History of the Ius respondendi*, w: *Studies in Roman Law and Legal History in Honour of R. d’Abadal I de Vinyals on the Occasion of the Centenary*, Barcelona 1989, 61-64.

10. Za SCHIAVONE, *Ius* (wyżej przyp. 6) 66; por. też TENŻE, *Linee* (wyżej przyp. 6) 31-33.

11. D. 1,2,2 pr. 53 (Pomponiusz *lib. sing. enchir.*); O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis. Iuris consultum reliquiae quae Iustiniani Digestis continentur ceteraque iuris prudentiae civilis fragmenta minora secundum auctores et libros disposuit Otto Lenel*. Acc. LORENZ E. SIERL, *Supplementum*, t. 1-2, Leipzig 1889, wyd. 2, Graz 1960; cyt. jako: *Pal.* 2, szp. 44-52, n. 177-179. Na temat tego dzieła por. D. NÖRR, *Pomponius oder Zum Geschichtsverständnis der römischen Juristen*, ANRW t.II.15, Berlin-New York 1976, 563-569; L. LANTELLA, *Metastoria I. Prelettura teoretica per un seminario sull’Enchiridion di Pomponio*, Torino 1990.

12. Por. J. SONDEL, *Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*, Kraków 1997, s.v. *profiteor*. Por. H. HEUMANN *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts in der neunten Auflage, neu bearbeitet von Dr. E. Seckel*, Jena 1914; cyt. jako: HEUMANN-SECKEL, s.v. *profiteri*; CH.T. LEWIS, CH. SHORT, *A Latin Dictionary: Founded on Andrews’ Edition of Freund’s Latin Dictionary: Revised, Enlarged, and in Great Part Rewritten by Charlton T. Lewis, Ph.D. and Charles Short*, Oxford 1958; cyt. jako: LEWIS-SHORT, s.v. *profiteor*.

ofiarowali możliwość poznania prawa teoretycznie każdemu członkowi społeczeństwa, gdy ten chciał je poznać nie tylko wiedziony praktyczną potrzebą otrzymania rozwiązania zgodnego z prawem, ale i wówczas, gdy – w drodze poznania obowiązującego prawa – pojąć chciał naukową stronę zagadnienia. Oczywiście, w praktyce o pełnej „powszechnej równości” dostępu do wiedzy prawniczej wciąż nie mogło być mowy, bowiem norma prawna, jako część najstarszej warstwy prawa rzymskiego – archaicznego *ius civile* – dotyczyła jedynie kwestii między *cives Romani*, wśród których za naturalnie predestynowanych do jej znajomości uznali się przedstawiciele rzymskiej arystokracji rodowej – patrycjuszowsko-plebejuszowskiej *nobilitas*. Niemniej, decyzja Tyberiusza Korunkaniusza stanowiła przełom w przekazywaniu wiedzy prawniczej, stanowiąc zapowiedź trwającej przez następnych kilka wieków tradycji bezpośredniego objaśniania prawa, gdzie mistrz – praktykujący jurysta, w formie ustnego przekazu, określanego jako *docere*¹³, na przykładzie konkretnych, przedstawianych do rozstrzygnięcia kwestii problemowych, objaśniał swoim uczniom prawo (Cic. *Brut.* 89,300: *docere respondendo*), które mogło znaleźć zastosowanie, bowiem obowiązywało, i które obowiązywało, bowiem znajdowało zastosowanie¹⁴. Uczniowie ci określani byli zmiennie jako *auditores*, a więc „słuchacze”, nie zaś – jak było wówczas przyjęte – terminami *discipuli*, *pueri*, które były używane głównie dla określenia uczestników tzw. „niższego szkolnictwa”, odbywającego się u *grammaticus*¹⁵. Inny z kolei termin obecny w źródłach, tj. *scholaris*, czyli „uczeń” – jest natomiast późniejszy¹⁶.

Uwypuklić należy dwa aspekty tak przyjętej formuły nauczania prawa, a mianowicie jej ustność i bezpośredniość. W Rzymie republikańskim, a następnie niemal przez cały okres cesarstwa, przekaz wiedzy prawniczej – podobnie jak innej „wyższej wiedzy” – odbywał się w formie opowiadania, słuchania, pytania, radzenia się, dialogu czy wreszcie dyskusji. Rozmowę pozwalającą na wymianę myśli, podobnie jak wspólne biesiadowanie, czyli odbywające się według określonych prawideł i etykiety wspólne picie wina, kończące wieczorny posiłek, starożytni niemal od zawsze uznawali za ramę życia kulturowego¹⁷, będąc od czasów greckich sofistów niewątpliwie w pełni świadomymi mocy sprawczej słowa. Inaczej niż w czasach kultury nowożytnej generalnie opartej na piśmie, w Antyku słowo mówione stanowiło swoistą oś nośności kultury, podstawę nauki oraz środek dla dokonywania – kluczowych dla rozwoju każdej dziedziny wiedzy – weryfikacji lub falsyfikacji poszczególnych propozycji.

13. Por. SONDEL, *Słownik* (wyżej przyp. 12) *s.v. doceo*: „uczyć”, „nauczać”, „wykładać”; „zapoznać z czymś”, „wykazać”; „objaśniać”; „rozpowszechniać”, „podawać do wiadomości”.

14. Na temat problemów walidacyjnych w perspektywie antycznego Rzymu, por. szerzej P. ŚWIĘCICKA, *Źródła prawa i ich obowiązywanie – współczesność a prawo rzymskie*, *Forum Prawnicze* 4-5 (2011) 65-84.

15. Por. J.B. POYNTON, *Roman Education*, 4 *Grece & Rome* 10 (1934) 6 nn.

16. Heumann-Seckel, *s.v. discipulus, schola*; Lewis-Short, *s.v. discipulus*; SONDEL, *Słownik* (wyżej przyp. 12), *s.v. scholaris* II.

17. Por. H.-I. MARROU, *Histoire de l'Éducation dans l'Antiquité*, wyd. 2, Paris 1950, 75 nn; K. ROBB, *Literacy & Paideia in Ancient Greece*, Oxford 1994, 34-35.

Paradygmatem tak „zorganizowanego” aktywnego nauczania, jako relacji mistrz – uczeń były, obok pojawiających się od V wieku przed Chr., prócz nauczania jednostkowego, szkół publicznych, które dość szybko stały się zjawiskiem normalnym dla Greków i Rzymian¹⁸, początkowo ateńskie heterie, zaś następnie szkoły filozoficzne nierzadko mające charakter religijnych bractw, które służyły nie tylko przekazywaniu wiedzy, ale i kształtowały charakter młodego człowieka przez narzucanie mu określonego stylu życia. Oparcie się na bezpośredniej relacji mistrz – uczeń uznać więc można za charakterystyczny rys greckiej szkoły filozoficznej, a następnie rzymskiego „szkolnictwa wyższego”, polegających na tym, że mistrz zbierał wokół siebie uczniów, których mu powierzono, a następnie mówił do nich, dając wykład swojej nauki. Była to też jedna z cech dydaktyki prawa aż do okresu poklasycznego, kiedy po raz pierwszy w starożytności rzymskiej pojawiły się zorganizowane szkoły prawa¹⁹.

2. Dialektyczna metoda a rozwój i nauczanie prawa rzymskiego w okresie Rzymu republikańskiego

Dla starożytnej formuły nauczania charakterystyczny był więc słowny przekaz wiedzy, dokonywany w atmosferze dyskusji, która stymulowała i uczyła postawy krytycznej, uczyła interpretacji oraz oceny tego, co proponowane; uczyła stawiania pytań i poszukiwania odpowiedzi, a finalnie także uzasadniania własnych propozycji, jak i wyboru tej najwłaściwszej ze względu na jakąś – wśród wielu możliwych – *ratio*.

Za najlepsze narzędzie dla takich działań uznawana była dialektyka. Dzięki filozofom dialektyka stała się użyteczna nie tylko dla filozofii, ale i innych nauk. Starożytni posługiwali się bowiem tą metodą w każdej z dziedzin, gdzie tylko dyskusja była możliwa. Inaczej mówiąc – wierzyli w dyskurs jako sposób na odkrywanie tego, co niewiadome, a mające zostać poznane; jak i metodę „sprzedania” odpowiednio samej wiedzy lub tylko określonych umiejętności. Metoda dialektyczna miała też niebagatelne znaczenie dla rozwoju prawa rzymskiego właśnie dzięki działalności naukowej i dydaktycznej jurystów. Intelktualiści

18. MARROU, *Histoire* (wyżej przyp. 18) 72-73.

19. Chodzi o wschodniorzymskie szkoły, z których najwcześniejsza powstała najpóźniej w poł. III wieku po Chr. w Berycie. W czasach panowania Dioklecjana (284-305 po Chr.) szkoła miała już swoją renomę i złożoną strukturę organizacyjną. Fakt regulacji niektórych kwestii związanych z działaniem szkoły (np. C. 10.50.1) czy też statusu uczących w niej profesorów (np. C.Th. 6.21.1) skłania do wniosku, że musiało być to już nauczanie według innej formuły niż w okresie republikańskim i okresie pryncypatu, a więc nauczanie państwowe. Inna słynna szkoła prawa we wschodniej części *Imperium* istniała w Konstantynopolu. W V wieku po Chr. szkoły te miały charakter czysto państwowy. Por. szerzej L. WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien 1953, 619-632. Niektóre kwestie nauczania w okresie późnego cesarstwa poruszył też H. KUPISZEWSKI, *Prawo rzymskie a współczesność*, Warszawa 1988, 41 nn, 49 nn, n. 8 (59-60), n. 50 (64-65). Por. też syntetycznie T. GIARO, w: *Brill's New Pauly* 7 (2005) s.v. *Law schools*, szp. 326; a także H. WIELING, *Rechtsstudium in der Spätantike*, w: *A bonis bone discere. Festschrift J. Zlinszky zum 70. Geburtstag*, Miskolc 1998, 513-531; por. na temat organizacji edukacji w zachodniej części *Imperium*: P. RICHE, *Edukacja i kultura w Europie Zachodniej VI-VIII w.*, Warszawa 1995, 13 nn, 27-150.

Rzymu, jak i całego basenu Morza Śródziemnego, nie mogli bowiem pozostać obojętni na propozycje formułowane przez kolejnych przedstawicieli myśli greckiej, zwłaszcza w obliczu swoistego wyczerpania się dotychczasowych paradygmatów czy wypracowanych dotąd wzorców życia w społeczeństwie. Dzięki mającym miejsce od poł. II wieku przed Chr. intensywnym interakcjom między „rzymską *latinitas*” a „helleńskimi i hellenistycznymi *humaniora*”²⁰, które *de facto* oznaczały początek światowej ekspansji cywilizacji greckiej, mającej trwać przez następnych kilka stuleci i określanej jako hellenizm, wiele dawnych fenomenów musiało zostać określonych ponownie z punktu widzenia zmienionej rzeczywistości; nowym zaś trzeba było dopiero dać definicję.

Niezaprzeczalnym efektem tej interakcji międzykulturowej była mniej lub bardziej twórcza akceptacja przez Rzymian – obok koncepcji literackich²¹ – metodologicznych osiągnięć greckich gramatyków, retorów i filozofów, nawet jeśli odbyło się to nie bez początkowej wrogości czy sceptycyzmu, o czym świadczą akty prawne nakazujące greckim i rzymskim filozofom oraz retorom opuszczenie Rzymu, oficjalnie motywowane koniecznością ochrony rzymskich *consuetudines et mores maiorum*²². Finalnie jednak w okresie późno-republikańskim miała miejsce hellenizacja różnych przejawów życia artystycznego i umysłowego. Sprzyjającymi czynnikami tego procesu były w szczególności „cyrkulacja pism”, które docierały do Rzymu w swojej pełnej wersji²³, w formie antologii lub kompendiów, jak i „cyrkulacja osób”, przejawiająca się w coraz częstszej obecności przedstawicieli różnych szkół filozoficznych w Rzymie. Procesowi intelektualizacji Rzymian sprzyjała sama formuła przekazu wiedzy oparta na greckim wzorcu, czyli na publicznym wykładzie, oraz greckich dziełach literackich, coraz częściej w „wolnym” łacińskim przekładzie²⁴. Ta nowa formuła rzymskiej *educatio*, *humanitas* czy po prostu *cultura*, ukształtowana została tym samym na wzór

20. Szerzej: P. ŚWIĘCICKA, *Latinitas i greckie humaniora. O sceptycyzmie Rzymian okresu republikańskiego wobec greckich obyczajów, myśli naukowej i kultury słowa*, w: *Ochrona bezpieczeństwa i porządku publicznego w prawie rzymskim*, red. K. AMIELAŃCZYK, A. DĘBIŃSKI, D. ŚLAPEK, Lublin 2010, 247-261.

21. Na temat wpływu greckiej poezji, prozy i dramatu na literaturę tworzoną przez Rzymian por. np. R. BRAGUE, *Europe, la voie romaine*, Paris 1992, 109: „Ils [sc. les Romains] adoptent, réécrivent, repensent les textes et les transposent dans leur référence culturelle” Por. jednak F. BONA, *Il 'docere respondendo' e 'il discere audiendo' nella tarda repubblica*, w: TENŻE, *Lectio sua. Studi editi e inediti di diritto romano*, t. 2, Milano 2003, 1131-1132, który podkreślił własne osiągnięcia mieszkańców Lacjum w zakresie literatury jeszcze sprzed okresu ekspansji Rzymu i podboju obszarów *Magna Grecia*.

22. Por. S.C. *de philosophis et rhetoribus*, FIRA (Bruns) 170 n. 38; *Edictum censorum adversus Latinos rhetores*, FIRA (Bruns) 239 n. 67. Szerzej na ten temat por. M.L. CLARKE, *Rhetoric at Rome. A Historical Survey*, London 1968, 10 nn; A. MANFREDINI, *L'editto 'de coercendis rhetoribus Latinis' del 92 a.C.*, SDHI 42 (1976) 99-148; ŚWIĘCICKA, *Latinitas i greckie humaniora* (wyżej przyp. 20) 247-261.

23. Na temat „transferu” całych bibliotek zawierających dzieła autorów helleńskich i hellenistycznych, jaki miał miejsce w ostatnich wiekach rzymskiej republiki, por. Plut. *Aem.* 28,11; Plin. *nat.* 18,22; Varf. *rust.* 1,1,10; App. *Lib.* 133; 631; Isid. *orig.* 17,1,1; Plut. *Sul.* 26; Strab. 13,1,54; Plut. *Pomp.* 4,2. Suet. *Aug.* 29; Isid. *orig.* 6,5,1-2. Szerzej o tym T. ALEKSANDROWICZ, *Biblioteki prywatne rzymskiej 'nobilitas' w schyłkowym okresie Republiki*, w: *Studia bibliograficzne*, t. 2: *Bibliofile – bibliotekarze – wydawcy*, red. J. PASZEK, Katowice 1988, 9-23; TENŻE, *Zainteresowania literackie rzymskiej nobilitas w schyłkowym okresie Republiki*, Katowice 1990.

24. Na temat problemów z przekładem greckich dzieł na łacinę, głównie z uwagi na różny poziom rozwoju obu języków por. G.F. GIANOTTI, A. PENNACINI, *Società e comunicazione letteraria di Roma Antica*, t. 1: *Storia e testi dalle origini al II secolo a.C.*, Torino 1986, 51-52, 55.

greckiej παιδεία²⁵, która z jednej strony wyprowadzała zasady ludzkiego myślenia i społecznego postępowania z boskich zasad wszechświata określanego jako φύσις – *natura*; z drugiej zaś – zakładała rodzaj teoretycznej powszechności intelektualnego podejścia do każdego problemu²⁶. Wraz z grecką myślą intelektualną weszły też do rzymskiej rzeczywistości te pierwiastki kultury *sensu largo*, z którymi był on później immanentnie związany, i które następnie symbolizował, a mianowicie: laickość, uniwersalizm i indywidualizm²⁷.

Z grecką myślą, tak filozoficzną jak i metodologiczną, Rzymianie zetknęli się w okresie republikańskim dzięki kontaktom z przedstawicielami hellenistycznych szkół filozoficznych, mających swoje korzenie w działalności filozofów Hellady. We współczesnej literaturze za najważniejsze media między greckim a rzymskim światem w tamtym okresie niemal bezdyskusyjnie uznaje się kulturalną działalność takich przedstawicieli *nobilitas*, jak np. Scypion Młodszy (Cic. *de orat.* 2,37,154; 3,15; Cic. *Arch.* 7; Cic. *Tusc.* 1,3,5; 4,3,5), twórca tzw. *grex Scipionis* (ex Cic. *Lael.* 16,69,101)²⁸, którego duchowym przywódcą był przedstawiciel Średniej Stoi Panaitios z Rodos, zaś członkami wielu z ówczesnych jurystów, jak Manlius Manilius, Kwintus Mucjusz Scaevola *augur*, P. Rutiliusz Rufus, Q. Eliusz Tubero, czy też Kwintus Mucjusz Scaevola *pontifex* (np. Cic. *Lael.* 16,69; 27,101). Drugie niekwestionowane medium stanowiły pisma Cyncerona, który miał za swoje główne źródło filozofów Stoi (Cic. *Brut.* 90,309; Cic. *Tusc.* 5,39,113); choć nie tylko, bowiem słuchał on wykładów przedstawicieli i innych nurtów filozoficznych,

25. O formule nauczania starożytnych Greków i Rzymian por. w szczeg. W. JAEGER, *Paideia. Die Formung des griechischen Menschen*, wyd. 2, Berlin-Leipzig 1936, przeł. M. Plezia i in., *Paideia. Formowanie człowieka greckiego*, Warszawa 1962; MARROU, *Histoire* (wyżej przyp. 17), *passim*, w szczeg. 139-309 (L'éducation hellénistique); 329-346 (Rome adopte l'éducation grecque); A. GWYNN, *Roman Education from Cicero to Quintilian*, Oxford 1926; J.J. EYRE, *Roman Education in the Late Republic and Early Empire*, 10 Greece & Rome (2 seria) (1963) 1, 47-59; J. CHRISTES, w: *Brill's New Pauly* 4 (2004), s.v. *Education*, szp. 816-835; V.F. KÜHNERT, *Allgemeinbildung und Fachbildung in der Antike*, Berlin 1961, który rozważał m. in. problem statusu tzw. *artes liberales* jako propedeutyki dla poszczególnych specjalistycznych nauk. Por. też S. KOT, *Historia wychowania*, wyd. 3, t. 1: *Od starożytnej Grecji do poł. XVIII wieku*, Warszawa 1996. Por. cyniczne komentarze F. Schulza, który, wspominając o „eternal paideia” (*History*, wyżej przyp. 1, 56 n. 5), czy „eternal scholastic education” (*History*, wyżej przyp. 1, 56), stwierdził: „The Hellenistic Word was profoundly convinced of the value of systematic training (παιδεία). From cradle to coffin a man was to be schooled and trained. There was nothing, so men thought, that could not be taught and learnt – statesmanship, art and literature, how to love and finally how to die, for even εὐθανασία seemed teachable” (*History*, wyżej przyp. 1, 55-56). Por. uwagi na temat „technica pedagogica ellenistica”: BONA, *Il 'docere respondendo'* (wyżej przyp. 21) 1135 nn.

26. Por. W. JAEGER, *Early Christianity and Greek Paideia*, Harvard 1961; cyt. wg *Wczesne chrześcijaństwo i grecka paideia*, wyd. 2, przekł., red. i wpr. K. BIELAWSKI, Bydgoszcz 2002, 40-41.

27. Por. na temat znaczenia znajomości języka i kultury greckiej dla rozwoju kultury intelektualnej samych Rzymian: MARROU, *Histoire* (wyżej przyp. 17) 345-358; GIANOTTI, PENNACINI, *Società* (wyżej przyp. 24) 44-45, 50-52, którzy wspominają nawet o swoistej „akulturacji” językowej i intelektualnej Rzymian, choć mającej miejsce głównie na szczeblu elity intelektualnej.

28. Na temat postaci Scypiona Młodszego, jednego z głównych republikańskich intelektualistów, polityków i wodzów, oraz roli kręgu Scypiona w późnorepublikańskim Rzymie, por. w szczeg. F. MÜNZER, w: RE, t. 4 (1900-1901), szp. 1439-1483, s.v. *P. Cornelius Scipio Africanus Aemilianus*, n. 335; T.R.S. BROUGHTON, *The Magistrates of the Roman Republic*, t. 1: 509 B.C.-100 B.C., New York 1951, 490 nn; R.M. BROWN, *A Study of the Scipionic Circle*, Iowa 1934; P. GRIMAL, *Le siècle des Scipions, Rome et l'Hellénisme au temps des guerres puniques*, wyd. 2, Paris 1975; H. STRASBURGER, *Der «Scipionenkreis»*, *Hermes* 94 (1966) 60-72; M. VAN DEN BRUWAEUM, *L'influence culturelle du cercle de Scipion Emilien*, *Schaerbeeck* 1938, 6-19; K. ABEL, *Die kulturelle Mission des Painaitios*, *Antike und Abendland* (1971) 119 nn; J.E.G. ZETZEL, *Cicero and the Scipionic Circle*, *HSCP* 76 (1972) 173-176; G. FORSYTHE, *A philological Note on the Scipionis Circle*, *AJPh* 112 (1991) 363-364; J.P. WILSON, *Grex Scipionis in the De Amicitia: A Reply to Gary Forsythe*, *AJPh* 115 (1994) 269-271; na temat przynależności jurystów do kręgu por. F. WIEACKER, *Die römischen Juristen in der politischen Gesellschaft des zweiten vorchristlichen Jahrhunderts*, w: *Sein und Werden im Recht. Festschrift für U. von Lübtow zum 70. Geburtstag*, t. 2, Berlin 1970, 192, 194 nn.

jak akademika Filona z Laryssy (Cic. *Brut.* 89,306), przedstawiciela tzw. Nowej (Piątej) Akademii Antiocha z Askalonu (Cic. *Brut.* 91,315), epikurejczyków Zenona i Fajdroso, czy ucznia Panaitiosa – Posejdoniosa z Apamei²⁹.

Modus operandi metody dialektycznej przedstawił Arpinata w wielu swych pismach (Cic. *orat.* 4,16; Cic. *de orat.* 1,42,188-189; Cic. *Brut.* 41,152; por. *Rhet. Her.* 1,4,6; 1,8,12). Zgodnie z deklaracjami Cyserona dla prawdziwej znajomości prawa konieczne jest posiadanie wiedzy, która uczy, jak wyodrębniać poszczególne elementy ogólnego problemu; jak zdefiniować zagadnienia nieoczywiste i nieznanne; jak poprzez tłumaczenie czynić zrozumiałymi sprawy niejasne; jak najpierw dostrzec kwestie dwuznaczne, a potem je różnicować; i na koniec – jak posłużyć się metodą, w taki sposób, aby można było odróżnić prawdę od fałszu, a także wykazać, co jest konsekwencją pewnych przesłanek, a co nią nie jest.

Jak więc w czasach dyskusji nad „nową dialektyką” w Rzymie republikańskim rozwijała się nauka prawa³⁰ i dyskusja nad jego optymalną treścią? Można opisać je właśnie jako „dialektykę mistrz – uczeń”, opartą na ustnym przekazie wiedzy prawniczej i bezpośrednim kontakcie, które gwarantowały przekaz określonych umiejętności w niezmiennionej formie, jak i w ciągłej dialektycznej dyskusji mającej na celu wskazanie najlepszego rozstrzygnięcia, a przez to gwarantującej ciągły rozwój prawa³¹. Nauka prawa oparta więc była na paradygmacie obecnym w świecie starożytnym od czasów wczesnych sofistów. Samo nauczanie pojawiło się oczywiście na zauważalną skalę dopiero w określonym, wspomnianym już momencie, a więc w chwili, gdy jurysprudencja laicka skonsolidowała i zdefiniowała – na ile była sama w tym zainteresowana i zdolna do takiego samookreślenia – swój kształt. Nauczanie bowiem, podobnie jak wychowanie, stanowi sposób przekazu określonych osiągnięć, ma więc szansę zaistnieć dopiero po upływie pewnego czasu od pojawienia się samej wiedzy³². Dlatego też o nauce prawa

29. Na temat formacji intelektualnej Cyserona, spośród licznej literatury por. w szczeg. R. PHILIPPSON, RE 7A (1939) s.v. *Tullius*, szp. 935-1122; E. CIACERI, *Cicerone e i suoi tempi*, wyd. 2, t. 1-2, Genova-Roma-Napoli 1939-1941; C.J. CLASSEN, *Recht – Rhetorik – Politik*, Darmstadt 1985. Na temat zainteresowań Cyserona sceptycyzmem, por. m. in. M. BEARD, *Cicero and Divination. The Formation of Latin Discourse*, JRS 76 (1986), 33-46; M. SCHOFIELD, *Cicero for and against divination*, JRS 76 (1986) 47-65. Z polskich opracowań zob. wciąż najlepsze studium K. Kumanieckiego, *Cyzeron i jego współczesni*, Warszawa 1989.

30. Współczesna literatura na temat „rzymskiej edukacji prawniczej” w zasadzie nie istnieje. Na zasadzie wyjątku przywołać należy cytowane już studium F. Bony, *Il 'docere respondendo'* (wyżej przyp. 21). Uwagi na ten temat pojawiają się jednak w opracowaniach poświęconych jurysprudencji przedklasycznej i klasycznej, jak i poszczególnym jurystom, z uwagi na to, że nauczaniem zajmowali się sami juryści praktycy. Jako syntetyzujące ujęcia dające pewien obraz tego zagadnienia wskazać można: SCHULZ, *History* (wyżej przyp. 1) 55-59; MARROU, *Histoire* (wyżej przyp. 17) 418-421; GIARO, s.v. *Law schools* (wyżej przyp. 19) szp. 324-326.

31. F. HAFT, E. HILGENDORF, *Juristische Argumentation Und Dialektik. Ein Steifzug und Geschichte der juristischen Argumentationsmethoden*, w: *Staatsgerechtigkeit. Festschrift für A. Kaufmann zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 1993, 93 nn, w szczeg. 94-98 na temat antycznej perspektywy.

32. Por. MARROU, *Histoire* (wyżej przyp. 17) 19-20, który określił wychowanie jako sposób przekazywania cywilizacji, która, aby móc zrodzić wychowanie, sama musi najpierw osiągnąć właściwą sobie postać: „Bien entendu il [sc. un système d'éducation] n'apparaît pas, dès l'origine sous sa forme définitive et pleinement développée. (...) la chose ne doit pas surprendre: l'éducation est la technique collective pour laquelle une société initie sa jeune génération aux valeurs et aux techniques qui concrétisent la vie de sa civilisation. L'éducation est donc une phénomène secondaire et subordonné par rapport à celle-ci dont, normalement, elle représente comme un résumé et une condensation (...). Cela suppose évidemment un certain décalage dans le temps: il faut d'abord qu'une civilisation atteigne sa propre forme avant de pouvoir engendrer l'éducation qui la reflétera”.

i konstruktywnym przekazie tej wiedzy mówić można dopiero wówczas, gdy znawcy prawa, a więc posiadacze wiedzy, uświadomili sobie znaczenie materii, która miała być przez nich przekazywana, jak i znaczenie owego przekazu.

Zgodnie z przekazami źródłowymi, po zakończeniu pierwszych wstępnych nauk przygotowujących odbywanych w ramach *familia*³³, czyli *domi atque intra privatos parietes* (Quint. inst. 1,2; 2,2), które mogły dać młodemu Rzymianinowi pewne intuicje na temat prawnych rozwiązań, nauka prawa była kontynuowana w domu jurysty, określonym znamienne przez Cicerona jako *totius oraculum civitatis* (Cic. de orat. 1,45,200). Ułatwioną sytuację mieli niewątpliwie synowie wywodzący się z rodzin prawniczych, bowiem w takim przypadku przekaz wiedzy odbywał się wciąż wewnątrz *familia*, w której pojawił się *iuris consultus*. W pozostałych przypadkach młody Rzymianin, mając zostać wprowadzony w arkana *iuris scientia* i sam stać się jej znawcą, jako jeden z *sacerdotes iustitiae* (D. 1,1,1,1), powierzany był opiece praktykującego jurysty. Towarzyszył on następnie juryście na forum (tzw. *tirocinium fori*)³⁴, asystując przy udzielaniu porad, przysłuchując się udzielanym przez niego opiniom, zadając pytania, dyskutując (Cic. Brut. 89,306: *respondendo docere – discere audiendo*). Uczeń towarzyszył też swemu mistrzowi, gdy ten brał udział w *consilium* pretora lub sędziego, czy asystował stronie w procesie w postępowaniu *in iure* (Cic. Brut. 34,130). W ten sposób uczeń stawał się bezpośrednim świadkiem wypełniania przez jurystę jego zadań – misji – określanej jako *respondere, cavere i agere* (Cic. de orat. 1,48,212; Cic. Brut. 89,154).

Niewątpliwie jednak taki styl nauczania nosił znamiona „arystokratycznego” modelu edukacji, bowiem indywidualnego, niesformalizowanego, a także dostępnego jedynie dla wybranych. W okresie republikańskim jedynie członkowie rodzin *nobilitas* posiadali wiedzę prawniczą, której w szczególny sposób strzegli, widząc w niej sposób sprawowania kontroli zarówno nad polityką, jak i społecznym wymiarem miasta. Zapewne z tego właśnie powodu wiedza o *mores et leges* przekazywana pozostawała wewnątrz *familia*³⁵ i dopiero stopniowo do-

33. Jak podkreślił MARROU, *Histoire* (wyżej przyp. 17) 316 nn, rodzina rzymska była od czasów najdawniejszych swoistą ramą i narzędziem wychowania (le cadre et l'instrument), jako naturalne – zdaniem Rzymian – środowisko, w którym dziecko ma rosnąć i kształcić się, początkowo pod opieką matki, następnie zaś – jeśli był chłopcem – pod kierownictwem ojca, z którym powoli wkraczał w życie społeczne i polityczne.

34. MARROU, *Histoire* (wyżej przyp. 17) 319, określił zestawienie *tirocinium fori* jako naukę życia politycznego. Miał to być czas, jaki młody Rzymianin, który ukończył już 16 rok życia, poświęcał na wdrożenie się w mechanizmy społeczne. Następnie młodzieniec wstępował do wojska, nie zrywając jednak zupełnie kontaktu z życiem publicznym. Por. też W. EDER, *Brill's New Pauly* 14 (2009) s.v. *Tirocinium fori*, szp. 727: „period of recruitment for the forum, in distinction to a military one”. W odniesieniu do nauki prawa w ten sposób określano nabywanie doświadczenia zawodowego pod okiem praktykującego jurysty. Por. MARROU, *Histoire* (wyżej przyp. 18) 327. Generalnie chodziło tu o praktyczne „wprowadzenie” w życie społeczne dojrzałe. Znamienne moment ten określał Swetoniusz, używając czasownika *deducere*, oznaczającego w kontekście *tirocinio deducere in forum* praktyczne „wprowadzenie w życie forum” gdzie koncentrowało się życie religijne, polityczne i społeczne miasta: Suet. Aug. 26,2; Suet. Tib. 54,1; Suet. Ner. 7,2. Por. SONDEL, *Słownik* (wyżej przyp. 12) s.v. *tirocinium*, jako „pierwsza próba”, „pierwsze doświadczenie”, „pierwsze wystąpienie publiczne”, „debiut”, „szkoła ćwiczeń”; a także *ibidem*, s.v. *deductio*.

35. Por. przekaz Cicerona na temat takiego „rodzinnego powołania” i „rodzinnego wykształcenia” (*domestica disciplina*) także w zakresie prawa, jednego z oratorów, Publiusza Krassusa: Cic. Brut. 26,98: *domi ius civile cognoverat*. Por. też opinia o Marku Brutusie, który, poświęcając się działalności oskarżycielskiej, odszedł – zdaniem Cicerona – od nobliwej, prawniczej tradycji rodzinnej: Cic. Brut. 34,130.

puszczano nienależące do niej jednostki, co powodowało stopniowe rozszerzanie się i różnicowanie kręgu *iuris periti*. Przyszli juryści często słuchali nauk kilku prawników. Mogło to mieć miejsce w grupie (*instituere*) i dotyczyć wstępnych nauk z zakresu prawa³⁶ albo też indywidualnie (*instruere*), co stanowiło naukę na poziomie zaawansowanym i miało znaczenie zwłaszcza w zakresie praktycznego zastosowania reguł (np. D. 1,2,2,43; Cic. *Brut.* 42,154)³⁷. Niewątpliwie ta *instructio* uznawana była za najbardziej dogłębny i najważniejszy – bowiem dotyczący w sposób systematyczny zarówno teorii i praktyki – stopień wtajemniczenia adepta przez mistrza w arkana materii prawnej.

Takie nauczanie prawa miało jedynie wymiar praktyczny. Nie było bowiem mowy o żadnych szczególnych teoretycznych naukach propedeutycznych. W Rzymie republikańskim, a następnie i cesarskim nauczane były jedynie *artes trivi*, czyli gramatyka, dialektyka i retoryka. W ramach edukacji prawniczej nie dyskutowano też kwestii z zakresu filozofii czy też dzisiejszej teorii prawa, brak było refleksji nad historią prawa i jursprudencji³⁸. Sam Cyceon, mając własną wizję kształtu „studiów wyższych” (Cic. *orat.* 41,142; 42,144; Cic. *de orat.* 1,49,212) wspominał, że takie zagadnienia, jak pojęcie sprawiedliwości (*iustitia*), czy nauki prawa w ogóle (*iuris prudentia*) – *a contrario* kluczowe dla Greków – nie były podejmowane podczas formacji przyszłego *iuris consultus* (ex Cic. *leg.* 1,6,8). Fritz Schulz podsumował tę tendencję, stwierdzając, że ówczesny „student prawa” uczył się „simply the art of deciding on the concrete case – in Roman phrase – he learnt how to fight on the field of battle”³⁹. Brzmia w tej formule echa wczesnej sofistyki, kiedy celem nauczania, który *de facto* determinował i jego treść, miało być „uzbrojenie do walki” osobowości silnej tak, by mogła być „sternikiem” państwa, umiejącym zawsze i we wszelkich okolicznościach obronić swe racje bez narzucania przy tym żadnej *a priori* przyjętej prawdy. Efektem „prawniczej edukacji” miało więc stać się takie przygotowanie praktyczne i metodologiczne słuchacza, aby mógł następnie wypełnić misję jurysty – zadania stawiane przed *iuris consulti*.

3. *Thema probandum*

W okresie późnorepublikańskim zauważyć można tendencje do grupowania się młodych adeptów prawniczej *scientia* wokół praktyków uznawanych za znawców – ekspertów w swej dziedzinie. We współczesnej literaturze mówi się, choć nietechnicznie, o „szkołach prawniczych”, złożonych z *iurisconsultus* i jego

36. Por. SONDEL, *Słownik* (wyżej przyp. 12) s.v. *instituere*.

37. Por. SONDEL, *Słownik* (wyżej przyp. 12) s.v. *instruere*; słowo to oznacza także „porządkować”, „objaśniać”.

38. SCHULZ, *History* (wyżej przyp. 1) 57-58; podobnie BONA, *Il 'docere respondendo'* (wyżej przyp. 21) 1143 nn.

39. SCHULZ, *History* (wyżej przyp. 1) 58.

auditores. Sam Pomponiusz w dziele *Enchiridion* wymieniał uczniów Kwintusa Mucjusza Scaevoli *pontifexa* jako *auditores Mucii* (D. 1,2,2,42) oraz uczniów Serwiusza Sulpicjusza Rufusa jako *auditores Servii* (D. 1,2,2,45), przez co można by zastanawiać się nawet nad adekwatnością określeń *scholae* – *sectae*⁴⁰, a więc terminów używanych dla opisu hellenistycznych szkół filozoficznych, a następnie wykorzystanych dla oddania fenomenu szkół Sabinianów i Prokulianów, działających w czasach cesarskiego Rzymu⁴¹. Przyjęcie w odniesieniu do późno-republikańskich jurystów i ich uczniów – słuchaczy określenia *schola* – *secta*⁴² wydaje się być o tyle trafne, że niewątpliwie mówić można o przejmowaniu przez uczniów doświadczenia mistrza, przez co ich własna formacja uwzględniała dawną mądrość, dążącą do zdefiniowania dialektyki między interpretatorem i tekstem normatywnym w oparciu o tradycyjne prawodawstwo; jak też zakładała rozumienie konieczności zmian wymuszanych przez przemiany społeczne i kulturowe. W ten sposób rozwiązania proponowane przez jednych z *prudentes* były następnie wykorzystywane przez ich uczniów – jurystów kolejnego pokolenia, którzy sięgali do nich po to, aby je stosować, komentować, czy wreszcie z nimi dyskutować – rozwijając i pogłębiając problemy praktyczne i zagadnienia naukowe sformułowane przez mistrza. Właśnie z uwagi na to powiązanie – filiację, relację mistrz – uczeń, określić można jako dyskursywnie dialektyczną, która mogła przedstawiać się trojako, a mianowicie jako podążanie „za”, podążanie „obok – niezależnie”, oraz podążanie „wobec” mistrza.

Modelowym przykładem takiej trój-rodzajowej filiacji jest „relacja intelektualna”, wynikająca z zależności mistrz-uczeń pomiędzy trzema znamienitymi jurystami późnorepublikańskimi: Kwintusem Mucjuszem Scaevolą, C. Akwiliuszem Gallusem oraz Serwiuszem Sulpicjuszem Rufusem. Pierwszy z wymienionych jurystów wywodził się z *gens Mucia* i można powiedzieć, że „wiedzę prawniczą wyssał z mlekiem matki”⁴³. Jeśli bowiem przyjrzeć się genealogii tego rodu, znamienne wydaje się pokoleniowe przekazywanie wiedzy prawniczej, gdzie prawnikami byli ojciec Publiusz Mucjusz i wuj Kwintus Mucjusz *augur* (Cic. *Brut.* 26,98). Uczniem Kwintusa Mucjusza Scaevoli był następnie Akwiliusz Gallus. A i Serwiusz Sulpicjusz inspirację do nauki prawa

40. Por. J. Söndel, *Słownik* (wyżej przyp. 12), s.v. *schola* – jako „szkoła”, „odczyt, wykład”, „doktryna”, „szkoła prawnicza”, „zwolennicy jakiegoś nauczyciela”; oraz s.v. *secta* – jako: „sposób myślenia, zasady życia”, „szkoła, doktryna”, „szkoła filozoficzna lub prawnicza”, „kierunek”.

41. Por. szerzej J. KODRĘBSKI, *Sabinianie i Prokulianie. Szkoły prawa w Rzymie wczesnego cesarstwa*, Łódź 1974, 44 nn.

42. Wielu współczesnych autorów *de facto* używa tego terminu na określenie *Mucii* lub *Servii auditors*. Por. np. C. ARNÒ, *Scuola muciana e scuola serviana*, AG 87 (1922) 35-66; O. BEHREND, *Le due giurisprudenze romane e le forme delle loro argomentazioni*, Index 12 (1983-1984) 189-225. Por. SCHULZ, *History* (wyżej przyp. 1) 57 n. 7: „One should speak of the ‘school’ of Q. Mucius or Servius only as one speaks of the school of Raphael; but it is better to avoid this misleading expression altogether”; 58: „(...) Servius still represents the old-style lawyer-statesman and the fact that his enthusiasm for legal science (Cic. *Mur.* 10,33) attached an unusually large circle of pupils is no ground for interfering that he developed into a teacher of the academic type”.

43. Por. ARNÒ, *Scuola muciana* (wyżej przyp. 42) 36: „La familia dei Muci per vero iurisprudentiam pro gentilitio bono habuit pluresque patriae dedit iurisconsultos eximios, e l’amore al sapere giuridico già potente si riscontra in P. Mucio Scevola (...)”; oraz BRETON, *Tecniche*, 66 (wyżej przyp. 9); TENZE, *Storia* (wyżej przyp. 5), który określił *ius civile* jako „patrimonio familiare” dla *gens Mucia*.

zawdzięczał samemu Kwintusowi Muciusowi, choć Cyцерon (Cic. *Brut.* 42,154) i Pomponiusz (D. 1,2,2,43) jako jego bezpośrednich mistrzów wymieniali uczniów Mucjusza, Lucjusza Balbusa oraz wspomnianego Akwiliusza Gallusa.

Poglądy na kwestie prawne zawarł Kwintus Mucjusz w *libri XVIII iuris civilis*⁴⁴. Dzieło to uznawane było już przez jemu współczesnych za pierwszą próbę systematycznego przedstawienia materiału prawnego zgodnie z wyrażonym potem przez Cyцерona postulat *ius civile in artem redigendo* (Cic. *Brut.* 1,152; Cic. *de orat.* 1,42,188-190; Cic. *leg.* 1,4,14; Cic. *off.* 3,15,62; 1,32,116; Gell. 1,22,7; Vell. 2,26; D. 1,2,2,41). Zawierało ono bowiem uporządkowany *generatim* materiał prawny, opracowany przez poprzedników⁴⁵. O Akwiliuszu Gallusie, którego Cyцерon określił jako *homo acutus et exercitatus promptae et paratae in agendo et in respondendo celeritatis* (Cic. *Brut.* 89,154), można powiedzieć, że *partim Q. Mucium secutus est* (np. D. 32,29,1; D. 40,7,39 pr.), ale *partim novas sententias induxit* (np. D. 28,2,29 pr.; D. 28,5,57; D. 30,127). Serwiusz Sulpicjusz zaś, który zebrał i jak można przypuszczać – opatrzył komentarzem, nierzadko krytycznym (D. 43,24,7,4; D. 8,5,6,2; D. 50,16,77) – *responsa Gallusa*⁴⁶, sam własnych konsultacji nie spisał⁴⁷. Uczynili to jednak jego *auditores*. Jurysta ten znany jest m. in. jako autor *Reprehensa Scaevolae capita*, in. *notata Mucii*, komentarza w formie krytycznych uwag czy not do dzieła Kwintusa Mucjusza (Gell. 4,1,17, 20)⁴⁸. Carlo Augusto Cannata określił nawet Serwiusza Sulpicjusza jako „grande avversario di Q. Mucio”⁴⁹.

Każdy z tych jurystów zaczynał od powtarzania nauki mistrza, następnie dojrzał i zdobywał doświadczenie, i jeśli wciąż znane rozwiązanie mistrza wydawało mu się trafne i słuszne – stosował je; w innym przypadku – krytykował i zmieniał. Nierzadko też wychodził w swych poszukiwaniach poza zakres problemowych zagadnień rozważanych przez mistrza i sam określał kwestie wymagające refleksji. Można więc za Franzem Peterem Bremerem wskazać przypadki, kiedy *opinio* – *sententia* mistrza *secuta est, laudata est* lub *reprehensa est*⁵⁰.

44. Por. F.P. BREMER, *Iurisprudentiae Antihadrianae qua supersunt; pars altera: Primi post principatum constitutum saeculi iuris consulti. Sectio altera*, t. 1, 48-100; LENEL, *Pal.* 1, szp. 758 nn: *De iure civili libri XVIII*; por. *Definitionum Liber singularis*. Por. szerzej P. DE FRANCISCI, *Cic. ad fam.* 7.22 e i 'libri iuris civilis' di Q. Mucio Scaevola, BIDR 66 (1963), s. 93-94.

45. Por. F. BONA, *Sulla fonte di Cicero De oratore 1,56,239-240 e sulla cronologia dei 'decem libelli' di P. Mucio Scaevola*, SDHI 39 (1973) 472-473.

46. Por. trafny komentarz F.P. Bremera, *Iurisprudentia* (wyżej przyp. 45) t. 1, 113, który przedstawiając tę kwestię, stwierdził: „Aquilii sententias imprimis a Servio Sulpicio, fortasse Servius Sulpicius praeceptoris responsa collecta notis adiectis edidit”.

47. Por. zestawienie fragmentów źródłowych przypisywanych Serwiuszowi: BREMER, *Iurisprudentia* (wyżej przyp. 44) t. 1, 139-242; LENEL, *Pal.* 2, szp. 321-334.

48. LENEL, *Pal.* 2, szp. 323, n. 5-8: *Reprehensa Scaevolae capita*; BREMER, *Iurisprudentia* (wyżej przyp. 44) t. 1, 220-224. Na temat wagi tego dzieła por. m. in. ARNÒ, *Scuola muciana* (wyżej przyp. 42) 48-51; J. PARICIO, *La vocación de Servio Sulpicio Rufo*, w: *Iurisprudentia universalis. Festschrift für Th. Mayer-Maly*, Colonia-Weimar-Viena 2002, 560-561; CANNATA, *La Giurisprudenza* (wyżej przyp. 4) 33; który określił też Serwiusza jako „grande avversario di Q. Mucio”; por. uwagi A. SCHIAVONE, *Rivoluzione scientifica e memoria del passato*, w: *Continuità e trasformazione fra repubblica e principato. Istituzioni, politica, società*, Bari 1991, 267-274, w szczeg. 273-274.

49. CANNATA, *La Giurisprudenza* (wyżej przyp. 4) 33.

50. BREMER, *Iurisprudentia* (wyżej przyp. 44) t. 1, 54, pisał o „iuris consulti qui Mucium / Servium vel laudant vel de eo scripserunt”.

Zagadnienia te traktuję jako *thema probandum*, a tym samym punkt wyjścia dla dalszych rozważań zarówno na temat istoty każdej z kontrowersyjnych kwestii prawnych oraz ich interpretacji zaproponowanej przez Kwintusa Mucjusza i Serwiusza (D. 32,29,1; D. 40,7,39 pr.; Gell. 4,1,17; 4,1,20; D. 33,9,3,6; D. 33,9,3,10; Gai 1.188; D. 50.16.25.1; Gai 3.149; D. 17.2.30; I. 3.25.2; D. 17.2.29 pr.; D. 17.2.65.8; G. 3,183; D. 47,2,77,1), jak i dla próby odpowiedzi na pytanie o źródła tej dialektycznie naznaczonej dyskusji, jaką – akceptując pewne rozwiązania (D. 47,2,77,1; D. 33,9,3,6; D. 24,3,66 pr.) – podjął uczeń z poglądami swojego mistrza, stanowiącej niewątpliwie pierwszy przypadek tak charakterystycznego dla jursprudencji klasycznej *ius controversum*⁵¹.

51. Tekst stanowi fragment obszerniejszego studium na ten temat, będącego wynikiem badań zapoczątkowanych wystąpieniem wygłoszonym podczas V Colloquium Prawno-Historycznego, zorganizowanego przez Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Opolskiego, które odbyło się 13 maja 2009 r. w Brzegu. Pełna wersja studium, w której szerzej i wnikliwiej poruszam przedstawione tu kwestie, pt. *Iurisconsultus et Auditores. Dialektyczna formuła poznania i rozwoju prawa w Rzymie republikańskim*, ukaże się w Przeglądzie Historycznym (2012).

Źródła prawa rzymskiego jako przedmiot studiów uniwersyteckich w średniowieczu

Pierwszy uniwersytet, na którym kształcono prawników powstał w Bolonii pod koniec XI wieku. W tamtych czasach zarówno tworzenie, jak i przekazywanie wiedzy – choćby opartej na źródłach pisanych – było z zasady ustne. Od początku istnienia studiów prawniczych w Bolonii ich podstawą w zakresie prawa świeckiego było odczytywanie i komentowanie ksiąg ustawodawstwa cesarza Justyniana. Wkrótce, w oparciu o zajęcia szkolne, zaczęły też powstawać opracowania pisemne. Stopniowo, poczynając od skromnych glos, rozbudowywane były one w *apparatus* i inne samodzielne formy twórczości prawniczej. Za wzorem bolońskiego *studium generale* powstawały we Włoszech, a potem w całej Europie, uczelnie oferujące studentom studia prawnicze. Za pierwszy i przez kilka wieków podstawowy przedmiot studiów uczelnie te przyjmowały źródła prawa rzymskiego. Wypada zatem przywołać najpierw podstawowe wiadomości o cesarzu Justynianie i prawie spisany na jego polecenie.

1. Ustawodawstwo Justyniana

Cesarz Justynian rozpoczynając samodzielne rządy w 527 roku podjął wszechstronny program odnowienia i umocnienia państwa rzymskiego¹. Częścią ambitnych planów cesarskich było zebranie i uporządkowanie całego prawa rzymskiego. Już w 528 roku władca powołał komisję legislacyjną pod przewodnictwem ministra sprawiedliwości – Tryboniana. Zadaniem tej komisji miało być podsumowanie dotychczasowego rozwoju prawa rzymskiego. Justynian pragnął nawiązać do okresu klasycznego prawa rzymskiego. Równocześnie jednak zamierzał dać swojemu państwu takie prawo, które będzie stosowane w rzeczywistości społecznej jego czasów².

Pierwsza część tego projektu legislacyjnego była dość umiarkowana: należało zaktualizować „Kodeks teodozjański”, zawierający ustawodawstwo cesarskie.

1. O epoce Justyniana por. zwłaszcza *The Cambridge Companion to the Age of Justianian*, red. M. MAAS, Cambridge 2005.

2. E. SZYMOSZEK, I. ŻEBER, *Rzymskie prawo prywatne*, Wrocław 1998, 48-50; uogólniające wnioski o rzeczywistej praktyce prawa w czasach Justyniana, por. C. HUMFRESS, *Law and Legal Practice in the Age of Justinian*, *The Cambridge Companion* (wyżej przyp. 1), 161-184.

W „Kodeksie” Justyniana konstytucje cesarskie ułożone zostały w porządku chronologicznym w ramach tytułów, które uporządkowane są – raczej mechanicznie – w dwanaście ksiąg. Podczas sporządzania „Kodeksu” ukazały się liczne rozbieżności, które narastały od okresu klasycznego. Justynian starał się je rozwiązywać przez swoje ustawodawstwo. „Kodeks” opublikowano w 529 roku. Starania Justyniana o ujednolicenie i zmodernizowanie prawa były na tyle usilne, że w 534 roku ukazało się znowelizowane wydanie „Kodeksu” znane jako *Codex repetitae praelectionis*. Powszechnie uważane za najważniejszą część ustawodawstwa justyniańskiego „Digesta” nie miały natomiast odpowiednika w prawodawstwie rzymskim. Składały się one z wyciągów z pism najwybitniejszych prawników rzymskich. Ponad jedną trzecią wzięto z pism Ulpiana, a jedną szóstą z pism Paulusa, czyli od prawników początku III wieku, reprezentujących pokolenie, które podsumowywało wcześniejszy dorobek jurysprudence rzymskiej. Fragmenty są ułożone w tytuły, każdy poświęcony jakiemuś zagadnieniu szczególnemu, a tytuły pogrupowane – to zapewne według sztywnego planu – w pięćdziesiąt ksiąg. Digesta ogłoszono w grudniu 533 roku. Nieco wcześniej, bo w listopadzie 533 roku ukazał się podręcznik prawa zatytułowany „Instytucje”, a wzorowany na „Instytucjach” Gaiusa, pochodzących jeszcze z II wieku. Po kolejnym ogłoszeniu trzech części swojego dzieła ustawodawczego Justynian wydawał jeszcze bardzo liczne (około 160) nowele. Nie sporządzono jednak ich oficjalnego zbioru. Brak ten starali się uzupełnić kompilatorzy prywatni. Sam cesarz nie nadał swojemu ustawodawstwu jednolitej nazwy. Dopiero w średniowieczu trzy pierwsze części zaczęto określać mianem *Corpus Iuris Civilis* dla odróżnienia od właśnie wówczas powstającego *Corpus Iuris Canonici*. Od wydania z 1583 roku zredagowanego przez Dionizego Gothofredusa nazwa *Corpus Iuris Civilis* zaczęła obejmować również *Novellae*³.

Podczas sporządzania zbiorów prawa justyniańskiego ujawniły się liczne rozbieżności między poszczególnymi źródłami prawa. Dla materii kodeksowej można je było usuwać nowymi konstytucjami cesarskimi. W „Instytucjach” Justynian nieraz wskazywał dawny stan prawny i uzasadniał wprowadzone przez siebie zmiany. Natomiast w „Digestach” rozbieżności te usuwali członkowie komisji justyniańskiej, w różny sposób zmieniając teksty klasyczne. Zmiany te, bez względu na ich treść i charakter, noszą nazwę interpolacji. W średniowieczu jednak nie

3. O ustawodawstwie justyniańskim por. W. OSUCHOWSKI, *Zarys rzymskiego prawa prywatnego*, wyd. 2, Warszawa 1966, 122-131; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, t. 2: *Die nachklassischen Entwicklungen*, wyd. 2, München 1975, 33-40; K. KOLAŃCZYK, *Prawo rzymskie*, wyd. 5, Warszawa 1997, 80-92; W. LITEWSKI, *Rzymskie prawo prywatne*, Warszawa 1990, 105-112; W. ROZWADOWSKI, *Prawo rzymskie. Zarys wykładu wraz z wyborem źródeł*, wyd. 2, Poznań 1992, 43-45; M. ZABŁOCKA, *Romanistyka polska po II wojnie światowej*, Warszawa 2002, 39-40; M. KURYŁOWICZ, *Prawo rzymskie. Historia tradycja współczesność*, Lublin 2003, 83-94; E. SZYMOSEK, I. ŻEBER, *Prawo rzymskie*, Wrocław 2005, 71-75; W. KUNKEL, M. SCHERMAIER, *Römische Rechtsgeschichte*, wyd. 14, Köln-Weimar-Wien 2005, 208-223; A. DĘBIŃSKI, *Rzymskie prawo prywatne. Compendium*, wyd. 4, Warszawa 2008, 74-78; W. WOŁODKIEWICZ, M. ZABŁOCKA, *Prawo rzymskie. Instytucje*, wyd. 5, Warszawa 2009, 65-68; W. DAJCZAK, T. GIARO, F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, Warszawa 2009, 81-86.

dochodzono pierwotnego brzmienia tekstów, zadowalając się w zasadzie tekstem podanym przez Justyniana. Dopiero *gallicus mos docendi* zapoczątkowany przez francuskich prawników-humanistów w XVI wieku doprowadził do odkrycia w ustawodawczym dziele Justyniana warstw historycznych⁴. Szczególnie w drugiej połowie XIX wieku europejska nauka prawa zafascynowana była odnajdywaniem tychże interpolacji. Mówi się nawet, że do pierwszej połowy XX wieku trwał „okres polowań na interpolacje”⁵.

2. Zbiory prawa justyniańskiego na Zachodzie do XI wieku

W okresie wczesnego średniowiecza na Zachodzie jedynie Italia była wyjątkiem od zasady, że prawo rzymskie oznaczało wówczas stosowanie *Leges Romanae Barbarorum*⁶. Na zakończenie długich i wyniszczających „wojen gockich” Justynian sankcją pragmatyczną w 554 roku rozciągnął obowiązywanie swojego dzieła ustawodawczego na Italię. Miał tak uczynić powodowany prośbą papieża Wigiliusza. Nawet po rozpoczęciu ekspansji Longobardów na Italię w 568 roku duże obszary półwyspu, zwłaszcza na południu, oraz okolice Rawenny utrzymywały regularne kontakty z imperium bizantyjskim. W rezultacie część prawa justyniańskiego, z wyjątkiem „Digestów”, była znana i stosowana na tych terenach. Dotyczy to w szczególności „Instytucji”, dziewięciu pierwszych ksiąg „Kodeksu” (ostatnie trzy dotyczyły prawa administracyjnego) oraz pochodzącego z VI wieku skrótu „Nowel justyniańskich” znanego jako *Epitome Juliani*⁷.

W tych warunkach głównym strażnikiem rzymskiej tradycji prawnej pozostawał Kościół, który tworzył także swoje własne prawo, zachowywane w zbiorach odpowiednich tekstów. Jednak w miarę, jak narastały złożone problemy prawne, rosła również skłonność do sięgania po rzymskie zasady i instytucje⁸; tym bardziej, że w samym prawie justyniańskim wyraźnie poruszane były pewne kwestie kościelne, np. dotyczące statusu prawnego mnichów. Romanistyczny materiał prawny odnoszący się do Kościoła był umieszczany w specjalnych zbiorach, na przykład w *Lex Romana canonice compta* z IX wieku⁹.

Po okresie upadku prawa w początkowych stadiach epoki średniowiecza rozpoczęło się odnowienie znajomości i przyswajanie pełnego dzieła usta-

4. R. C. VAN CAENEGEM, *An Historical Introduction to Private Law*, Cambridge 1996, 47-58; R. WOJCIECHOWSKI, *Z dziejów renesansowego humanizmu prawniczego*, w: AUWr 2616, Prawo CCLXXXVIII, Wrocław 2004, 91-102.

5. KURŹŁOWICZ, *Prawo rzymskie* (wyżej przyp. 3) 90; KUNKEL, SCHERMAIER, *Römische Rechtsgeschichte* (wyżej przyp. 3) 218-221.

6. DAJCZAK, GIARO, LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Prawo rzymskie* (wyżej przyp. 3) 88-89.

7. P. STEIN, *Roman Law in European History*, Cambridge 1999, 40.

8. Wedle powszechnie znanego określenia: „Ecclesia vivit lege Romana”, por. A. DĘBIŃSKI, *Ecclesia vivit lege romana. Znaczenie prawa rzymskiego dla rozwoju prawa Kościoła łacińskiego*, w: *Starożytne kodyfikacje prawa*, red. A. DĘBIŃSKI, Lublin 2000, 131-145.

9. M. BELLOMO, *The Common Legal Past of Europe, 1000-1800*, Washington D.C. 1995, 48-49; A. DĘBIŃSKI, *Kościół i prawo rzymskie*, Lublin 2007, 83-84.

wodawczego Justyniana. Był to powolny proces, który trwał od końca XI wieku przez dużą część XII wieku. Ostatecznie „Digesta” stały się dostępne w trzech częściach. Nowy podział nie miał właściwie żadnego związku z tym pierwotnym. *Digestum vetus* to księgi od pierwszej do drugiego tytułu księgi dwudziestej czwartej. *Infortiatum* rozpoczyna się trzecim tytułem dwudziestej czwartej księgi, zaś kończy się na księdze trzydziestej ósmej. *Digestum Novum* to księgi od trzydziestej dziewiątej do pięćdziesiątej. Geneza podziału, a w szczególności określenie *Infortiatum*, używane na środkową część, pozostają nieznane i były niejasne już dla samych uczonych XII wieku¹⁰. Najprawdopodobniej podział ten odzwierciedlał kolejność, w jakiej poszczególne części „Digestów” stały się dostępne do szerszego studiowania. Ostatecznie kompletne „Digesta” łączono z Instytucjami i dziewięcioma pierwszymi księgami „Kodeksu”. Później zostały odkryte *Tres libri* (ostatnie trzy księgi „Kodeksu” Justyniana), lecz trzymano je nadal oddzielnie, nie łącząc z resztą „Kodeksu”. Pojawiła się też lepsza od *Epitome Juliani* wersja „Nowel”, którą nazywano *Authenticum*. Było ono dzielone na dziewięć części, na wzór ówczesnie uznawanego „Kodeksu”. Ostatecznie ustaliło się podawać „Digesta” w trzech tomach, jako tom czwarty ówczesny „Kodeks” (tzn. dziewięć pierwszych ksiąg właściwego „Kodeksu” Justyniana), zaś jako tom piąty: „Instytucje”, *Tres Libri* oraz *Authenticum*. To tak zwane *volumen parvum* zawierało również materiał inkorporowany, a w szczególności dwunastowieczne akty prawne nowych cesarzy rzymskich o niemieckich rodowodach¹¹.

Podstawą uniwersyteckich studiów prawa świeckiego od końca XI wieku aż do końca wieku XVIII pozostawało właśnie ustawodawstwo justyniańskie. Pewna zmiana nastąpi dopiero w XIX wieku, wraz ze wzrostem znaczenia badań ściśle historycznych, odnalezieniem „Instytucji” Gaiusa oraz rozwojem szkoły historycznej, zwłaszcza w prawoznawstwie niemieckim. Jednak nawet wówczas prawo justyniańskie pozostanie podstawowym źródłem znajomości treści prawa rzymskiego, także z tak zwanego okresu klasycznego, liczonego tradycyjnie od czasów Oktawiana Augusta do końca dynastii Sewerów. Z tych względów, dla okresu średniowiecza, gdy mówi się o studiowaniu prawa rzymskiego na uniwersytetach, jest to właściwie tożsame ze studiami nad ustawodawstwem justyniańskim, uporządkowanym w sposób, który został określony w poprzednim akapicie.

10. Por. P. WEIMAR, *Die legistische Literatur der Glossatorenzeit*, w: *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, t. 1: *Mittelalter (1100-1500)*, red. H. COING, München 1973, 158 i tam podana obszerna literatura dotycząca domniemanej genezy wspomnianych nazw; H. VAN DER WOUW, *Zur Textgeschichte des Infortiatum und zu seiner Glossierung durch die frühen Bologneser Glossatoren*, *Ius commune* 11 (1984) 231-280.

11. Por. F. CALASSO, *Introduzione al diritto commune*, Milano 1951, 346; H. LANGE, *Römisches Recht im Mittelalter*, t. 1: *Die Glossatoren*, München 1997, 60-86 i tam podana literatura.

3. Powstanie uniwersytetu i szkoła glosatorów

Już cesarz Justynian w swoich zarządzeniach dotyczących sposobu korzystania z jego ustawodawstwa przewidział organizację szkół prawa w konstytucji *Omnem* (*de ratione et methoda iure docendi ad antecessores*). Pragnąc zachowywać nie tylko ducha, ale także literę ustawodawstwa justyniańskiego, profesorowie bolońscy uznawali później tę konstytucję za nadal obowiązującą. Dotyczyła ona jednak tylko trzech szkół i miast, w których one istniały, a więc *civitates regiae* (Rzym i Konstantynopol) oraz miasta Bejrutu¹². Justynian nie postanowił przecież wówczas o utworzeniu większej ilości takich szkół. Po to, aby usunąć tę trudność, nie znosząc jednak całkowicie ograniczeń w nauczaniu prawa, zamierzonych przez wspomnianą konstytucję, podciągnięto pod pojęcie *civitates regiae* oprócz stolic także miasta niegdyś założone przez cesarzy. W średniowieczu zaliczono tu najpierw Bolonię, którą miał założyć cesarz Teodozjusz. Lansowano zasadę: *leges non possunt legi nisi in civitatibus privilegiatis*. Jednakże podobną legendą mogły się wykazać liczne inne miasta Italii. Wiele innych ubiegało się następnie, w kolejnych wiekach, już nie tyle o uznanie przywileju starożytnego, co o nadanie nowego: papieskiego albo cesarskiego¹³.

Dla rozważań o nauce prawa w średniowieczu szczególne znaczenie ma pojęcie *studium*. Miało ono w okresie średniowiecza, gdy powstawały pierwsze uniwersytety, a więc w XII i na początku XIII wieku, liczne zastosowania. Bardzo udatnie zestawił je Johannes Fried: nauczyciel prowadził *studium*, uczeń spieszył na *studium*, przebywał *in studio* i z zapalem (*studio*) troszczył się dzień i noc o wybraną dziedzinę wiedzy. Prócz tego wyraz *studium* służył na oznaczenie zakładu naukowego zorganizowanego w określony sposób, w którym wymagało się istnienia przedmiotu badań, czyli ksiąg (*libri*), obecności odpowiednich nauczycieli oraz przynajmniej kilku uczniów. *Studium* było zakładane (*studium ordinare*), rozkwitało w określonym mieście (np. *studium Bononiae*), mogło zostać zniszczone (*studium destructum*), zakazane (*studia ... statuimus ... removeri*), ograniczone (*studium minuere*) oraz przeniesione z jednego miasta do drugiego (*studium transferre*)¹⁴.

Za kwalifikowaną postać *studium* należy uznać *studium generale*, które różniło się od zwykłego *studium* tym, że powinno spełniać określone dodatkowe warunki:

1. studenci przybywali z różnych stron świata, a nie tylko z jednego obszaru;
2. było miejscem nauczania przynajmniej jednego wydziału wyższego, np. pra-

12. O szkole prawa w Bejrucie por. P. SADOWSKI, *Profesorowie szkoły prawa w Bejrucie w V w. n.e.*, w: *Wybrane problemy nauki i nauczania prawa*, Opole 2010, 121-130.

13. Na tym przykładzie można zobaczyć, jak bardzo zależało uczonym prawnikom średniowiecza na podtrzymaniu autorytetu źródeł, a poprzez to również na własnej legitymizacji, por. J. BASZKIEWICZ, *Młodość uniwersytetu*, Warszawa 1963, 9-10.

14. J. FRIED, *Die Entstehung des Juristenstandes im 12 Jahrhundert. Zur sozialen Stellung und politischen Bedeutung gelehrter Juristen in Bologna und Modena*, Köln-Wien 1974, 7-8.

wa; 3. zajęcia prowadzili liczni nauczyciele. Dopiero później doszedł do tego wspomniany już wymóg założenia *studium generale* przez cesarza lub papieża¹⁵.

Przyjmuje się, że pod koniec XI wieku w Bolonii wykładami Irneriusa († po 1125) z prawa rzymskiego rozpoczęło swoją działalność *studium generale*, rozbudowane i sławne później jako Uniwersytet Boloński. W XIX wieku ustalono na jego utworzenie datę początkową, którą miał być rok 1088¹⁶. Irnerius, mimo że miał poprzedników w zakresie objaśniania tekstów prawnych, był tą osobą, która wyraźnie oddzieliła doktrynę prawniczą od praktyki prawa. Był on początkowo nauczycielem gramatyki i rozpoczął swoje studia nad tekstami prawnymi od wyjaśniania trudnych terminów, które owe teksty zawierały. Następnie przeszedł do objaśniania całych fragmentów. Jego komentarze pisane najpierw jako glosy interlinearne stopniowo rozrastały się na marginesy tekstu¹⁷. W ten sposób właśnie Irnerius stał się pierwszym z długiego szeregu uczonych z północnych Włoch, zwanych od metody opracowania tekstu glosatorami¹⁸.

Po Irneriusie tradycyjnie wymienia się Czterech Doktorów¹⁹, z których najbardziej znani byli Bulgarus († 1166)²⁰ i Martinus Gosia²¹. Bulgarus uważał, że zadaniem interpretatora jest poszukiwanie *ratio legis*. W celu znalezienia owej *ratio* należy badać również inne teksty dotyczące tego samego zagadnienia. Martinus natomiast postulował szerokie stosowanie zasady słuszności. Miała ona być, jego zdaniem, wywodzona nie tylko z rozstrzygnięć odnoszących się do danego zagadnienia, lecz w ogóle z całości ustawodawstwa Justyniana. Zdaniem Martinusa dla interpretacji określonego tekstu nie należało ograniczać się tylko do innych urywków, odnoszących się do danego zagadnienia, lecz trzeba było

15. J. FRIED, *Die Entstehung* (wyżej przyp. 14) 9, przyp. 21.

16. W XIX wieku komitet historyków, którym kierował Giosuè Carducci ustalił konwencjonalną datę założenia Uniwersytetu Bolońskiego na rok 1088, por. strony Uniwersytetu Bolońskiego: <http://www.eng.unibo.it/PortaleEn/University/Our+History>.

17. O życiu i twórczości Irneriusa por. R. WOJCIECHOWSKI, *Irnerius – założyciel szkoły glosatorów*, w: *Wybitni prawnicy na przestrzeni wieków*, Wrocław 2006, 30-35.

18. Za najważniejszą obecnie próbę syntetycznego ujęcia całokształtu twórczości glosatorów należy uznać opracowanie: LANGE, *Die Glossatoren* (wyżej przyp. 11). Zawiera ono w różnych miejscach także odniesienie do najważniejszych pozycji bibliograficznych dotyczących szkoły glosatorów. Z wcześniejszych dzieł ogólnych poświęconych wyłącznie glosatorom na uwagę zasługuje w szczególności: H. KANTOROWICZ, *Studies in the Glossators of the Roman Law*, Cambridge 1938, wydane ponownie z dodatkami i zmianami przez P. Weimar, Aalen 1969. Wiele uwagi glosatorom poświęcono w szerszych pracach dotyczących *ius commune*. Wśród nich wyróżniają się szczególnie dzieła F. CALASSO, *Introduzione* (wyżej przyp. 11) oraz TENŽE, *Medio Evo del diritto*, Milano 1954. Pomimo upływu lat aktualność dla badaczy nauki prawa w średniowieczu zachowuje pomnikowe dzieło: F.C. VON SAVIGNY, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, t. 1-7, wyd. 2, Heidelberg 1834-1851. W polskiej literaturze nie ma dotąd monograficznego opracowania szkoły glosatorów; syntetyczną charakterystykę szkoły glosatorów znaleźć można między innymi w opracowaniach: E. SZYMOSZEK, *'Iurisdictio' w poglądach glosatorów*, Wrocław 1976, zwłaszcza 22-39; TENŽE, *Szkola glosatorów w polskiej literaturze historycznoprawnej: poglądy Fryderyka Zolla (Starszego) i Stanisława Wróblewskiego*, w: *Z dziejów prawa*, cz. 2, PNUŚ 1735 (1999) 9-24; R. WOJCIECHOWSKI, *'Societas' w twórczości glosatorów i komentatorów*, Wrocław 2002, 24-30; TENŽE, *Arbitraż w doktrynie prawnej średniowiecza*, Wrocław 2010, 36-43.

19. E. SZYMOSZEK, *'Iurisdictio'* (wyżej przyp. 18) 28, wskazywał, że w nauce nie rozwikłano jeszcze zagadki kilkudziesięcioletniej przerwy między działalnością Irneriusa i owych *Quattuor doctores*. Znacznie bardziej tradycyjne stanowisko zajął LANGE, *Die Glossatoren* (wyżej przyp. 11) 162-191, który w zasadzie przyjął, że Czterej Doktorzy mogli być istotnie uczniami Irneriusa.

20. LANGE, *Die Glossatoren* (wyżej przyp. 11) 162-170.

21. LANGE, *Die Glossatoren* (wyżej przyp. 11) 170-178, daty życia tego uczonego są niepewne, przyjmuje się, że zmarł wcześniej niż Bulgarus, *Die Glossatoren* 171.

wziąć pod uwagę wszystkie inne fragmenty, niekoniecznie związane formalnie z tematem głównych rozważań, jeżeli mogą one przyczynić się do pełniejszej interpretacji danego tekstu²².

Bulgarusa zastąpił w Bolonii jego uczeń Johannes Bassianus, który uznawał, że najwłaściwsza interpretacja najtrudniejszych tekstów powinna obejmować cztery fazy. Po pierwsze należy stwierdzić problem. Po drugie interpretator powinien zacytować teksty o treści przeciwnej i możliwe rozwiązania problemu. Po trzecie zagadnienie powinno zostać osadzone w szerszym kontekście przez przytoczenie ogólniejszych propozycji, mogących mieć zastosowanie dla danego przypadku. Te propozycje nazywano *brocarda*. Wreszcie powinna nastąpić pogłębiona dyskusja nad rozważaną kwestią. Tak więc w metodzie proponowanej przez Bassianusa rozpoczynano badanie od pojedynczego tekstu, rozszerzając je na inne wypowiedzi dotyczące danego zagadnienia, a wreszcie na wszystkie uznane części ustawodawstwa justyniańskiego²³.

Do słuchaczy Bulgarusa zaliczał się także nieznan nam z imienia prawnik, który sam określał siebie jako Placentinus († 1192), a więc pochodzący z miasta Piacenza. Po studiach prawniczych w Bolonii pracował w Mantui, Piacenzy, Bolonii oraz w Montpellier. Opanował on całą ówczesną jursprudence, czemu dał wyraz w swojej *Summa Codicis*²⁴, która była wydawana drukiem i służyła w praktyce prawa jeszcze u progu dziejów nowożytnych.

Uczeń Bassianusa – Azo († 1120/1129)²⁵ rozpoczął syntezę wyników dyskusji podejmowanej przez poprzednich glosatorów. Jego *summa* do kodeksu miała tak wielkie znaczenie, że została uznana za niezbędną dla praktyki prawa. Mówiono nawet: „Chi non ha Azzo non vada a palazzo”²⁶. Ostatecznie pomiędzy 1220 a 1240 rokiem opinie całej szkoły zostały zebrane przez ucznia Azona – Accursiusa (1182/1185-1260/1263). Dziełem Accursiusa stała się *Glossa Ordinaria* do tekstów Justyniana. Zawiera ona dziesiątki tysięcy odrębnych glos. Była wielokrotnie kopiowana, a następnie wydawana drukiem wraz z oryginalnymi źródłami prawa rzymskiego. Dzięki temu monumentalnemu dziełu teksty Justyniana pojawiły się w całościowej interpretacji. To właśnie „Glosy” Accursiusa dotyczy maksyma: *quidquid non agnoscit glossa, non agnoscit curia*²⁷.

22. Por. STEIN, *Roman Law* (wyżej przyp. 7) 47-48.

23. Por. LANGE, *Die Glossatoren* (wyżej przyp. 11) 215-226, który nie podaje jednak dokładniejszych wskazań co do dat życia Johanna Bassianusa.

24. O postaci i dziełach Placentinusa por. LANGE, *Die Glossatoren* (wyżej przyp. 11) 207-214, tamże podana literatura.

25. Por. LANGE, *Die Glossatoren* (wyżej przyp. 11) 255-271, o kontrowersjach co do daty śmierci Azona por. *Die Glossatoren* 258-259.

26. W niektórych miastach, jak w Weronie, Padwie, czy Mediolanie posiadanie „Summy” Azona było warunkiem wstępnym dopuszczenia do *Collegium jurisconsultorum*. Jest to zapewne pierwotne znaczenie tego powiedzenia, które ostatecznie powszechnie wskazywało, że kto nie opanował myśli Azona, nie powinien występować przed sądem w charakterze prawnika, por. LANGE, *Die Glossatoren* (wyżej przyp. 11) 260.

27. Por. E. LANDSBERG, *Über die Entstehung der Regel 'Quicquid non agnoscit glossa, nec agnoscit forum'*, Bonn 1879; H. KANTOROWICZ, *Accursio e la sua bibliotheca*, Rivista di storia del diritto italiano 2 (1929) 35 nn, 193 nn; E. GENZMER, *Zur Lebensgeschichte des Accursius*, w: *Festschrift L. Wenger*, t. 2, München 1945, 226 nn; P. FIORELLI, *Minima des Accursius*, Annali di storia del diritto 2 (1958) 345 nn; TENZE, *Accorso*, w: *Dizionario biografico degli italiani*, t. 1, 116 nn; P. COLLIVA, *Documenti per la biografia di Accursio*, Bologna 1963.

4. Rozwój nauki prawa i szkoła komentatorów

Na przełomie XIII i XIV wieku popularną wśród uczonych uniwersyteckich formą twórczości prawniczej stał się komentarz. Był on tak charakterystyczny dla nowopowstającego kierunku badawczego, że jego przedstawiciele zostali nazwani komentatorami²⁸. Forma literacka komentarza wyraźnie różniła się od glosy. Po pierwsze, glosatorzy pisali swoje glosy do tekstu ustawodawstwa justyniańskiego, a komentatorzy dysponując tak opracowanym materiałem, komentowali go uwzględniając również opinie zwarte w glosach. Po drugie, cel ich działalności był odmienny od zamierzeń przedstawicieli poprzedniej szkoły. Znaczenie glosy polegało bowiem przede wszystkim na wyjaśnieniu litery prawa, uwzględniającym znaczenie każdego wyrazu użytego w źródłach rzymskich. Celem komentarza było natomiast zgłębienie istoty prawa, a nie tylko powiązań między użytymi w nim słowami²⁹.

Działalność szkoły komentatorów była inspirowana myślą scholastyczną rozwijaną w dziełach Alberta Wielkiego i Tomasza z Akwinu. Scholastycy przyswoili kulturze zachodnioeuropejskiej myśl grecką, a zwłaszcza Arystotelesa. W ten sposób do obrotu naukowego trafiła też metoda scholastyczna, którą komentatorzy z powodzeniem zastosowali do rozważania kwestii prawnych³⁰. Na tym nowym gruncie metoda scholastyczna przybierała postać dialektycznej analizy i syntezy wielu sprzecznych nierzadko wypowiedzi, znalezionych w badanych zbiorach prawa. Jak teologowie uznawali za twory doskonałe Biblię i pisma Ojców Kościoła, tak prawnicy zbiory prawa justyniańskiego i kanonicznego. Nacisk, jaki kładziono na znalezienie, a następnie pogodzenie sprzeczności,

28. Najpoważniejszą od czasów *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter* autorstwa F.C. von Savignyego (t. 1-7, wyd. 2, Heidelberg 1834-1851) próbę przedstawienia całokształtu zagadnień związanych ze szkołą komentatorów podjęli: H. LANGE, M. KRIECHBAUM, *Römisches Recht im Mittelalter*, t. 2: *Die Kommentatoren*, München 2007. Prócz tego komentatorów dotyczy bardzo wiele opracowań, jednak są to fragmenty większych dzieł, odnoszących się bądź to do historii prawa europejskiego, bądź też do samego *ius commune*, albo też monograficzne ujęcia kolei życia i dzieł poszczególnych komentatorów. Spośród dzieł ogólniejszych, zawierających między innymi podstawową charakterystykę szkoły komentatorów, warto w tym miejscu wspomnieć dla przykładu: CALASSO: *Introduzione* (wyżej przyp. 11) oraz TENŻE, *Medio Evo del diritto* (wyżej przyp. 18); A. WATSON, *The Making of Civil Law*, Cambridge (Massachusetts), 1981 oraz BELLOMO, *The Common Legal Past* (wyżej przyp. 9). Mnóstwo wzmianek o komentatorach znajduje się w różnych encyklopediach i leksykonach dotyczących prawa i jego historii. W polskiej literaturze po najogólniejsze wiadomości można sięgnąć do opracowań: W. HOLEWIŃSKI, *Rzut oka na szkoły prawa rzymskiego we Włoszech i we Francji*, Themis Polska (seria 2) 1 (1913) 16-44; K. BUKOWSKA, *Z historii nauki prawa rzymskiego we Włoszech i we Francji (mos italicus i mos gallicus)*, 12 CPH 2 (1960) 177-187; WOJCIECHOWSKI, *Societas* (wyżej przyp. 18) 34-43; TENŻE, *Arbitraż* (wyżej przyp. 18) 49-62. Komentatorzy nazywani są w literaturze także „postglosatorami” od ich czasowego następstwa po glosatorach (tak np. W. ENGELMANN, *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung*, Leipzig 1895; C. FREUNDT, *Das Wechselrecht der Postglossatoren*, t. 1, Leipzig 1899; t. 2, Leipzig 1909) oraz „konsyliatoriami” od charakterystycznej dla nich działalności praktycznej, polegającej na udzielaniu porad prawnych, czyli *consilia* (tak np. F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, wyd. 2, Göttingen 1967, 80 nn *et passim* oraz DAJCZAK, GIARO, LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Prawo rzymskie* (wyżej przyp. 3) 90-92).

29. V. PIANO MORTARI, *Commentatori*, w: ED, t. 7, Milano 1970, 794, tamże dalsze szczegóły rozróżnienia pomiędzy glosą a komentarzem. O tradycjach komentarza jako gatunku twórczości w literaturze prawniczej por. H. KUPISZEWSKI, *Prawo rzymskie a współczesność*, Warszawa 1988, 56-72.

30. Por. CALASSO, *Medio Evo del diritto* (wyżej przyp. 18) 564-569. Autor ten wskazuje między innymi, iż szkoła komentatorów była także nazywana szkołą „scholastyków” albo „dialektyków”, ponieważ tak bardzo charakterystyczne dla jej przedstawicieli było stosowanie metody dialektycznej, triumfującej wówczas w filozofii i teologii.

pozwalał uczonym prawnikom na znaczną swobodę i wymagał wiele elastyczności w traktowaniu pojęć i norm. Dzięki temu, po stwierdzeniu sprzeczności w tekście autorytatywnym albo sprzeczności pomiędzy tekstem autorytatywnym a istniejącym prawem partykularnym, na drodze interpretacji, nieraz bardzo elastycznej, starano się te sprzeczności wyjaśnić, a wynik uzasadnić. Takie uzasadnienie częstokroć wchodziło jako samodzielna norma do obrotu prawnego³¹.

W literaturze podkreśla się, że dla powstania szkoły komentatorów szczególnie znaczenie mieli dwaj prawnicy francuscy: Jacobus de Ravanis († 1296)³² oraz jego uczeń Petrus de Bellapertica († 1308)³³. Francuska nauka prawa nie mogła do tego momentu równać się z włoską. We Francji natomiast rozkwiatały *artes liberales* i filozofia. Wielkość dwóch wspomnianych prawników polegała przede wszystkim na oryginalnym zastosowaniu metody dialektycznej scholastyków do interpretacji prawa. Warto przy tym pamiętać, że Jacobus de Ravanis był zarówno prawnikiem, jak i filozofem oraz teologiem. Ta nowa metoda odpowiadała ówczesnemu zapotrzebowaniu na bardziej praktyczne omówienia istniejących pomników prawa pod kątem ich bieżącego stosowania³⁴.

Prawnikiem pochodzącym z Italii, który zastosował z wielkim sukcesem nową metodę w swojej ojczyźnie, okazał się Cynus Pistoriensis (1270-1336/37)³⁵. Był on także znakomitym poetą³⁶. Jako młody człowiek przyciągnięty sławą szkoły prawa w Orleanie³⁷ udał się do tego miasta i miał w nim pobierać nauki u Petrusa de Bellapertica. Wydaje się prawdopodobne, że poznał tam także jego mistrza – Jacobusa de Ravanis³⁸. Tak czy inaczej przyjmuje się za pewne, że kontakty z kręgiem wybitnych prawników francuskich pomogły mu w zastosowaniu sylogizmów oraz *modus argumendi* do logicznego i jasnego przedstawienia norm zawartych w *Corpus Iuris*. Głównym dziełem Cynusa był komentarz do „Kodeksu”, napisany pomiędzy rokiem 1312 a 1314, określany

31. O metodologii pracy naukowej stosowanej przez prawników średniowiecznych por. V. PIANO MORTARI, *Dogmatica e interpretazione. I giuristi medievali*, Napoli 1976, o komentatorach zwłaszcza 155-262, oraz LANGE, *Die Glossatoren* (wyżej przyp. 11) 111-150. Dokładne informacje w języku polskim o stosunku uczonych prawników do metod scholastycznych, zastosowaniu dialektyki oraz konsekwencjach tego zjawiska dla rozwoju nauk prawnych znaleźć można w: H.J. BERMAN, *Prawo i rewolucja. Kształtowanie się zachodniej tradycji prawnej*, Warszawa 1995, 163-206.

32. O życiu i działalności tego prawnika por. LANGE, KRIECHBAUM, *Die Kommentatoren* (wyżej przyp. 28) 518-546 i tam przytoczona obszerna literatura.

33. Por. *ibidem*, 546-567 i tam powołana literatura.

34. CALASSO, *Medio Evo del diritto* (wyżej przyp. 18) 569-570.

35. O kolejach życia i działalności tego prawnika por. LANGE, KRIECHBAUM, *Die Kommentatoren* (wyżej przyp. 28) 632-658.

36. Por. J. HEISTEIN, *Historia literatury włoskiej*, Wrocław 1987, s. 24.

37. O szkole prawa w Orleanie por. zvl. R. FEENSTRA, *L'école d'Orléans au XIII^e siècle*, w: *El dret comú i Catalunya*, Barcelona 1991, 285-307; TENZE, *L'école d'Orléans au XIII^e siècle et son rayonnement dans l'Europe médiévale*, Revue d'histoire des Facultés de droit et de science juridique 13 (1992) 23-39.

38. Tak CALASSO, *Medio Evo del diritto* (wyżej przyp. 18) 570. O prawdopodobnym kontakcie Cynusa ze wspomnianymi mistrzami francuskimi podobnie napisał BELLOMO, *The Common Legal Past* (wyżej przyp. 9) 187, tamże wskazówki co do nowszej literatury na temat postaci i działalności Cynusa.

często także jako *Lectura super Codice* lub *Lectura Codicis*³⁹. Nie jest jednak pewne, czy chodzi rzeczywiście o *lectura* we właściwym tego słowa znaczeniu, czyli o dzieło spisane przy okazji ustnych wykładów, czy też o dzieło komentatorskie, już w założeniu pisemne⁴⁰.

Nowy kierunek metodologiczny został w pełni ukształtowany w pismach Bartolusa de Saxoferrato (1313/1314-1357)⁴¹ i jego ucznia Baldusa de Ubaldis. Bartolus rozpoczął swoje studia prawnicze w wieku 13 lub 14 lat w Perugii pod kierunkiem Cynusa, następnie przeszedł do Bolonii, gdzie doktoryzował się w wieku 20 lat. Został sędzią w niewielkim mieście Todi, a potem oddał się nauczaniu prawa, najpierw w Pizie, a następnie w Perugii, gdzie zmarł. Bartolus starał się odnaleźć dla każdego przypadku prawnego racjonalną podstawę rozstrzygnięcia, która powinna być ukryta pomiędzy normami ustawodawstwa Justyniana. Podawał nowe rozstrzygnięcia, korzystając nierzadko z rozwiązań wypracowanych przez glosatorów, jednak oparcie ostateczne, które znajdowały one w ustawodawstwie Justyniana, nadawało im sankcję imperialną. Prawnicy zgadzali się, że odtąd nikt nie może być nazywany jednym z nich, jeżeli nie korzysta z poglądów i metod Bartolusa (*nemo iurista nisi Bartolista*)⁴².

Następcą Bartolusa jako przywódcy komentatorów, był jego uczeń Baldus de Ubaldis (1319/1327-1400)⁴³. Zdominował on w nauce prawa drugą połowę XIV wieku. Komentował nie tylko prawo cywilne, lecz także kanoniczne i feudalne. Doprowadził do perfekcji prawniczą formę literacką – *consilium*, czyli opinię o stanie prawnym, udzielaną sądowi bądź stronom. Właśnie ta forma literatury prawniczej w pełni przyczyniła się do pełnej adaptacji prawa cywilnego do aktualnych zadań⁴⁴.

Obok Bartolusa i Baldusa w XIV wieku działali inni znakomici juryści. Przypomnijmy choćby najbardziej znaczących: Bartholomaeus de Saliceto (1363-1412), którego najobszerniejszym i najslawniejszym dziełem jest komentarz do Kodeksu⁴⁵; Andreas de Isernia (zm. 1353?), który jest autorem *lectura* do konstytucji fryderycjańskich oraz obszernego komentarza *Super usibus feudorum*⁴⁶. Lucas

39. Por. D. MAFFEL, *La 'Lectura super Digesto Veteri' di Cino da Pistoia*, Milano 1936.

40. Por. LANGE, KRIECHBAUM, *Die Kommentatoren* (wyżej przyp. 28) 656.

41. Aktualność zachowują liczne ustalenia poczynione w monografii o Bartolusie: J.L.J. VAN DE KAMP, *Bartolus de Saxoferrato, 1313-1357. Leven, Werken, Inloed, Beteekenis*, Amsterdam 1936. Najnowszy stan badań i literatury por. LANGE, KRIECHBAUM, *Die Kommentatoren* (wyżej przyp. 28) 682-733; por. także R. WOJCIECHOWSKI, *Bartolus de Saxoferrato (1313/1314-1357)*, w: *Wybrane problemy nauki i nauczania prawa*, Opole 2010, 121-130.

42. Dla zjawiska „bartolizmu” aktualne są uwagi o literaturze odnoszącej się do komentatorów. Zdarzają się jednak wzmianki specyficzne, np. F. CALASSO, *Bartolismo*, w: ED, t. 5, Milano 1970, 71-74.

43. Najnowszy stan badań i literatury odnoszącej się do Baldusa de Ubaldis przedstawił obszernie LANGE, KRIECHBAUM, *Die Kommentatoren* (wyżej przyp. 28) 749-795.

44. Por. R. WOJCIECHOWSKI, *Sredniowieczne consilia prawnicze*, Przegląd Prawa i Administracji 59 (2004) 169-176.

45. Por. CALASSO, *Medio Evo del diritto* (wyżej przyp. 18) 580

46. Por. L. PALUMBO, *Andrea d'Isernia*, Napoli 1886.

de Penna (1343-1382) zajmuje osobne miejsce wśród prawników tego okresu z powodu zastosowania w swoim komentarzu do *Tres Libri* swojej rozległej wiedzy historycznej, filozoficznej i literackiej. On też wniósł przygotowanie filologiczne do opracowywanych przez siebie tekstów. Był postacią na wskroś oryginalną⁴⁷.

Wśród prawników XV wieku wyróżniał się Paulus Castrensis (1360/1362-1441?)⁴⁸ przede wszystkim ze względu na komentarze do różnych części Digestów, do części Kodeksu oraz z powodu swoich *Consilia*. Jest on oceniany jako jurysta o charakterystycznym, krytycznym stosunku do *Glossa Ordinaria*. Wykazywał także tendencję do nieulegania we wszystkim żywej w jego czasach *communis opinio doctorum*⁴⁹. Godne uwagi są także komentarze do „Digestów”, „Kodeksu”, „Dekretów” oraz *Consilia* autorstwa Alexandra Tartagnusa, od miejsca pochodzenia rodziny zwanego także Aleksandrem de Imola (1423/1424-1477)⁵⁰. Prawnik ten łączył w nich praktyczne elementy stosowania prawa kanonicznego i cywilnego.

Prawnikiem szczególnie charakterystycznym dla przełomu wieku XV i XVI był Jason de Mayno (1435-1519). Jest on autorem obszernych komentarzy do *Corpus Iuris*. Właśnie ten uczony podsumował średniowieczny okres w rozwoju szkoły komentatorów⁵¹. Również po nim, aż do wieku XVIII, działali liczni bartoliści, jednak w XVI wieku ich znaczenie zostało przyćmione przez prawników humanistów⁵², a zwłaszcza przedstawicieli tzw. *gallicus mos docendi*⁵³.

5. Stosunek uczonych prawników uniwersyteckich do prawodawstwa rzymskiego

Zarówno glosatorzy, jak i komentatorzy zajmowali się prawem rzymskim jako prawem cesarskim. Z niego też czerpali uzasadnienie dla swoich studiów. Glosatorzy uznawali teksty justyniańskie za doskonałe i zaliczali je do autorytatywnych w dziedzinie prawa. Bez zastrzeżeń przyjmowali zapewnienie Justyniana z konsty-

47. Por. M. M. WRONOWSKI, *Luca da Penne e l'opera sua*, Pisa 1925; F. CALASSO, *Studi sul commento ai 'Tres Libri' di Luca da Penne*, RSDI 5 (1932) 395 nn; W. ULLMANN, *The Medieval Idea of Law as Represented by Lucas de Penna*, London 1946.

48. O postaci i działalności tego prawnika por. LANGE, KRIECHBAUM, *Die Kommentatoren* (wyżej przyp. 28) 813-826 i tam podana literatura.

49. CALASSO, *Medio Evo del diritto* (wyżej przyp. 18) 581, stawia go wśród największych: Cynusa, Bartolusa i Baldusa. PIANO MORTARI, *Dogmatica e interpretazione* (wyżej przyp. 31) 62, napisał o Paulusie Castrensis jako o największym (*il maggiore*) w XV wieku. O licznych świadectwach wysokiego uznania, jakim cieszył się Paulus Castrensis już za życia, por. LANGE, KRIECHBAUM, *Die Kommentatoren* (wyżej przyp. 28) 823.

50. Por. G. PANTARELLI, *Alcuni documenti su Alessandro Tartagna*, Bologna 1912; LANGE, KRIECHBAUM, *Die Kommentatoren* (wyżej przyp. 28) 831-842 i tam podana literatura.

51. Takiej oceny dokonał PIANO-MORTARI, *Commentatori* (wyżej przyp. 29) 799; charakterystyka życia i twórczości tego prawnika zamyka część biograficzną poświęconą prawnikom średniowiecza w opracowaniu: LANGE, KRIECHBAUM, *Die Kommentatoren* (wyżej przyp. 28) 881-892.

52. Por. D. MAFFEI, *Gli inizi dell'umanesimo giuridico*, Milano 1956; R. WOJCIECHOWSKI, *Z dziejów renesansowego humanizmu prawniczego*, AUWr 2616, Prawo CCLXXXVIII (2004) 91-102.

53. Na temat tej szkoły por. D. R. KELLEY, *Foundations of Modern Historical Scholarship: Language, Law and History in the French Renaissance*, New York 1970.

tucji *Tanta*, że teksty nie zawierają żadnych sprzeczności, które nie mogłyby być pogodzone przez kogoś, kto podchodzi do nich z bystrym umysłem⁵⁴. Uważali, że ustawodawstwo Justyniana zawiera wszystko, co niezbędne, aby rozwiązać każdy problem prawny: *omnia in corpore iuris inveniuntur*⁵⁵.

Jedną z wielu trudności, z którymi musieli radzić sobie glosatorzy były niekonsekwencje w układzie materiału prawnego w ustawodawstwie justyniańskim. Przesłanki umieszczenia poszczególnych fragmentów w określonych miejscach danego tytułu nie zawsze były jasne. Wobec istnienia czterech osobnych części dzieła Justyniana glosatorzy musieli stosować odpowiednie odesłania pomiędzy nimi. Ich znajomość tekstów wskazuje, że byli w stanie cytować dowolny ustęp *Corpus Iuris* od jego pierwszych słów. Zdaniem Petera Steina żadna inna generacja uczonych prawa rzymskiego nie miała większej zażyłości z tekstami justyniańskimi⁵⁶. Dla nich każda część tekstu, każdy paragraf zatwierdzony przez Justyniana, miały równą moc i znaczenie.

Od metody glosatorów odchodzić zaczęli komentatorzy. Jak słusznie wskazał John Walter Jones wydaje się, że następcy Accursiusa uważali, że póki co glosatorzy dokonali wszystkiego, co było możliwe przy pomocy metod egzegetycznych⁵⁷. W większości uznali oni „Głosę” Accursiusa za jedyny i ostateczny efekt pracy glosatorów. Dzięki temu czuli się zwolnieni z ciężaru dociekania stanowiska poszczególnych glosatorów w określonych kwestiach. Nie musieli zatem badać, która z kilku opinii glosatorów jest prawidłowa. Podjęli szczególne zadanie, ażeby przystosować doktrynę, jaką zastali, do współczesnych im warunków. Należy jednak podkreślić, że komentatorzy preferowali stosowanie w sądach prawa rzymskiego jako zasady, a glosy lub komentarza tylko jako obowiązującej wykładni. Tekst justyniański nie przestał być dla przedstawicieli tej szkoły autorytetem. Justynian pozostawał dla komentatorów postacią centralną. Przyczyny takiego stanowiska streścił Bartolus: *Nam Iurisconsulti erant pagani, et de praemio vitae aeternae non cogitabant. ... Iustinianus autem, ut Catholicus, cogitavit quid satis habeat commodum a Deo*⁵⁸. Sławny prawnik wskazał, że prawnicy klasyczni byli poganami i nie dbali o nagrodę życia wiecznego, Justynian natomiast był katolikiem i troszczył się o sprawę Bożą. Ustawodawstwo tego cesarza zasługiwało zatem na szczególne zaufanie, ze względu na swoją zgodność z religią katolicką.

Przedstawiciele szkoły komentatorów żywili przekonanie o samowystarczalności nauk prawnych. Wyraźnie wypowiedział je Bartolus de Saxoferrato w mowie z

54. Konstytucja Δέδωκεν, w tłumaczeniu łacińskim *Constitutio Tanta*, 15.

55. Glossa *notitia* ad D. 1, 1, 10. Odnośnie zakresu stosowania tego określenia por. I. MALINOWSKA, 'Ius commune civile' we współczesnej nauce włoskiej, 15 CPH 1 (1963) 66; M. STASZKÓW, *Komuna w doktrynie prawnej XII-XIV w.*, Wrocław 1968, 30.

56. STEIN, *Roman Law* (wyżej przyp. 7) 47.

57. J. WALTER JONES, *Historical Introduction to the Theory of Law*, Oxford 1956, 15.

58. BARTOLUS DE SAXOFERRATO, *Comm. ad D. 30, 58, n. 6, w: In ius universum civile commentaria*, t. 2, Basileae 1562, 527.

okazji doktoratu swego brata Joannesa: *haec scientia, quae figurata est in quinque panibus, et duobus piscibus, ex quibus saturata est turba (...) quid enim aliud quinque panes, nisi quinque volumina librorum huius civilis scientiae, scilicet Digestum Vetus, Infortiatum, Digestum Novum, Codex, et Volumen, duo pisces sunt duo sensus legales, scilicet sensus literalis, et sensus argumentalis. Ex istis enim quinque panibus, et duobus piscibus, totus mundus saturatur*⁵⁹. Bartolus porównywał działanie nauki prawa do ewangelicznej relacji o pomnożeniu chleba i ryb. Pięć chlebów przyrównał do pięciu części, na jakie dzielono wówczas *Corpus iuris*, zaś dwie ryby do poszukiwania dwóch znaczeń prawa, czyli literalnego i dyskursywnego. Dzięki roztropnemu stosowaniu w rozumowaniu logicznym ograniczonej liczby dostępnych przesłanek nauka prawa jest w stanie dostarczyć nieograniczoną liczbę konkluzji niezbędnych dla świata prawniczego. Charakterystyczne jest przy tym, że tak górnolotne i rozległe myśli Bartolus sformułował w uroczystej mowie, nie zaś bezpośrednio w komentarzu przepisów *Corpus Iuris*.

6. Uwagi końcowe

Ważnym celem, dla którego prawnicy średniowiecza opracowywali źródła prawa rzymskiego było dążenie do odkrycia prawdy. Ale prawdy o czym? – Otóż prawdy o zasadach życia społecznego, jak byśmy to dzisiaj powiedzieli. Tak jak Prawo Boże, wyrażone w Biblii, regulowało stosunek człowieka do Boga, odkrywając zasady, których należało przestrzegać w tych relacjach, tak prawo ludzkie zebrane przez cesarza Justyniana pokazywało, jakie reguły rządzą życiem społecznym. Spośród podstawowych dziedzin nauki uprawianych w średniowieczu właśnie studium prawa rzymskiego, wzbogacone z biegiem czasu o studium prawa kanonicznego, dawało przygotowanie w zakresie reguł ogólnych i szczegółowych, dotyczących życia społecznego. Prawdy o tym życiu poszukiwali zatem w źródłach prawa.

W istocie dopiero humanizm, u progu dziejów nowożytnych, dołączył do pomocy w poznawaniu zasad rządzących życiem społecznym także literaturę piękną i historiografię antyczną. Obszerne cytaty z Biblii, ustawodawstwa Justyniana oraz literatury antycznej z powodzeniem stosowali Grocjusz i inni przedstawiciele siedemnastowiecznej szkoły prawa natury w celu dowodzenia swoich twierdzeń co do stosunków między narodami. Pierwsze kompleksowe badania empiryczne oraz próby ich naukowych uogólnień przyniesie dopiero druga połowa XIX wieku. Dopiero wtedy stanie się możliwe potraktowanie prawa tylko jako zespołu norm o charakterze dogmatycznym. Funkcje normatywne prawa staną się wtedy wyłączne, wszelkie inne jego walory, choćby etyczne, dostrzegane jeszcze żywo w XVII wieku zostaną skazane na zapomnienie. Dlaczego? – Otóż w średnio-

59. BARTOLUS DE SAXOFERRATO, *Sermo domini Bartoli in doctoratu domini Iohannis a Saxoferrato*, w: *In ius universum civile commentaria*, t. 5, Basileae 1562, 758.

wieczu prawoznawstwo miało ważne funkcje poznawcze, które pomału traciło wobec wprowadzenia wspomnianych nowych źródeł informacji o prawidłach życia społecznego oraz nowych sposobów ich przetwarzania.

Prawo rzymskie i jego źródła były studiowane na uniwersytetach całej Europy niezwykle intensywnie zarówno w średniowieczu, jak i potem w czasach nowożytnych. Wraz z prawem kanonicznym miały one wręcz monopol, którego długo, aż do połowy XVII wieku, w zasadzie nie zakłócało studium praw krajowych. Prawo rzymskie miało swój ważny krąg zastosowań praktycznych, ale mało gdzie było prawem obowiązującym jako jedyne. Warto zauważyć, że nawet w Niemczech, kraju modelowej recepcji trwającej do końca XIX wieku, prawo rzymskie miało tylko charakter posiłkowy. W Anglii w ogóle nie obowiązywało, a jednak było dominującym przedmiotem studiów. Dlaczego tak się działo? – Przyczyn było wiele, ale warto zauważyć, że jedną z nich stanowił fakt, że to prawo rzymskie było uznawane za pouczające o podstawach organizacji prawnej społeczeństwa. Kto poznał źródła prawa uniwersalnego, ten radził sobie także z prawami partykularnymi, jak dowodzą tego liczne kariery urzędnicze prawników wykształconych na uniwersytetach. Mieli oni tę szczególną zaletę, że zgłębili nie przepisy jakiegoś ograniczonego terytorialnie prawa, które miało być bezpośrednio i dosłownie stosowane, ale właśnie, że za pośrednictwem źródeł prawa rzymskiego poznali zasady, którym podlegają lub podlegać powinny stosunki międzyludzkie, publiczne i prywatne.

Co z tego może wynikać dla oceny stanu współczesnych nauk prawnych? Po zakończeniu w okresie pozytywizmu korzystania z tekstów dawnych prawników jako źródła wiedzy o zasadach życia społecznego, nauki prawne zostały zamknięte w dość ściśle zakreślonym kręgu dogmatyki. Jeśli wziąć po uwagę ogólną masę naukowych pism prawniczych, stosunkowo niewiele jest sprawozdań z badań empirycznych lub prób analizy takich badań. Z kolei znaczna część badań empirycznych, to badania akt postępowań sądowych lub samego orzecznictwa, czy stosowania prawa. O skutkach społecznych stosowania prawa sami prawnicy uniwersyteccy piszą raczej niewiele. Czy to tylko sprawa socjologów, psychologów społecznych, historyków, a nade wszystko publicystów? Zapewne łatwiej jest zamknąć się z kręgu dogmatyki, nawet jeśli niekiedy obficie korzystającej z orzecznictwa, lecz bez próby pełnego dowiedzenia się choćby o rzeczywistym wykonywaniu tego orzecznictwa. Czy sama specjalizacja nauk, która jest oczywistym faktem, usprawiedliwia takie praktyczne zamknięcie się prawoznawstwa?

Refleksja nad przyczynami ukształtowania uniwersyteckich studiów prawa w średniowieczu może wskazywać drogę dla nowych założeń prawoznawstwa, które nie powinno szczerze zamykać się w sferze czysto prawniczej: dogmatycznej czy jurysdykcyjnej. Przeciwnie – powinno wychodzić w kierunku poznania zasad

i rzeczywistości życia społecznego. Znakomity rozwój nauk społecznych może być dla współczesnych uczonych prawników okazją do lepszego poznania tych zasad i rzeczywistości, a nie tylko wymówką uzasadniającą wąską specjalizację. Przyszłością nauk prawnych mogą być także zakrojone na szeroką skalę, służące społeczeństwu interdyscyplinarne badania empiryczne, a nie tylko analiza treści i możliwych znaczeń przepisów, która także jest ważna, ale nie musi panować w prawoznawstwie na zasadach nieomal wyłączności.

Uczeni średniowiecza nie mieli empirycznych nauk społecznych, a zasady życia społecznego próbowali poznać ze źródeł prawa rzymskiego, a następnie również prawa kanonicznego. Siłą tamtych źródeł było, że gromadziły nie tylko suche reguły. Opisywały także różne przypadki życiowe i podając rozwiązanie wskazywały jego zasadę. Źródła prawa uniwersalnego, jakim było prawo rzymskie, mogły dostarczyć znaczącej wiedzy o życiu społecznym tym, którzy je studiowali, ponieważ gromadziły doświadczenie, a nawet mądrość wielu wieków, rygorystycznie wyselekcjonowane przez prawników cesarza Justyniana. Współczesne przepisy, tworzone często pod wpływem bieżącej sytuacji politycznej, pod chwilową presją gospodarczą, zazwyczaj nie wyrażają już nic więcej, jak tylko pewną treść techniczną, zaprojektowaną z myślą o rychłej zmianie. Dziś prawnicy uniwersyteccy pragnący poznawać reguły życia społecznego nie są jednak zmuszeni ograniczać się do lektury tekstów normatywnych – może więc czas skorzystać z wolności badań naukowych w szerszym niż dotąd stopniu? Do dyspozycji stoją przecież dokonania i narzędzia badawcze nauk społecznych, które tak bardzo rozwinęły się w ostatnich kilkunastu dziesięcioleciach. Wśród dyskusji o przyszłym kształcie nauk prawnych może czas podnieść postulat budowy prawoznawstwa empirycznego?

Favor libertatis przy wyzwoleniu fideikomisarnym (na marginesie tekstu Marcjana – D. 40,5,53)

W rzymskim systemie wyzwoleń niewolników ogromne znacznie odgrywały wyzwolenia *mortis causa*. Dwa z nich to *manumissiones directae*, dokonywane w ważnym testamencie cywilnym. Były to: 1. ustanowienie niewolnika dziedzicem, co wiązało się z obowiązkiem przyjęcia spadku przez wyzwolonego; 2. wyzwolenie niewolnika w treści testamentu za pomocą słów nakazujących (*Stichus servus meus liber esto* lub *Stichum servum meum liberum esse iubeo*). W przypadku *manumissiones directae* wyzwolony był traktowany jako wyzwoleniec (*libertinus*) samego zmarłego¹, a w razie kwestionowania takiego wyzwolenia, przeciwko osobie kwestionującej można było wnieść cywilną *actio in rem*.

Trzecia forma wyzwolenia *mortis causa* to stworzona w początku pryncypatu *manumissio fideicommissaria*. Spadkodawca polecał dziedzicowi testamentowemu lub beztestamentowemu wyzwolenie niewolnika po przyjęciu przezeń spadku. Ten rodzaj wyzwolenia tworzył obowiązek dziedzica lub innego beneficjenta spadku (np. legatariusza) dokonania wyzwolenia niewolnika, należącego do spadkodawcy lub do osoby trzeciej. Wyzwolony niewolnik stawał się wyzwoleniec dziedzica lub innej osoby, która go wyzwoliła². Wyzwolenie fideikomisarne rodziło skutki prawne niezależnie od ważności testamentu, odmiennie niż przy *manumissio testamentaria directa*. Polecenie dokonania *manumissio fideicommissaria* mogło być też skierowane w kodycyłu do dziedzica beztestamentowego³. Do dokonania wyzwolenia była jednak niezbędna współpraca obciążonego fideikomisem. Mogła być ona wymuszona przez pretora przez udzielenie środków ochrony pozaprocessowej.

W przypadku, gdyby zobowiązany nie dokonywał wyzwolenia niewolnika, legitymacja czynna do wystąpienia ze skargą *in personam*, w postępowaniu *extra ordinem*, przysługiwała też samemu niewolnikowi. Orzeczenia wydane w tego

1. G. 2,267: *At qui directo testamento liber esse iubetur, velut hoc modo: STICHUS SERVUS MEUS LIBER ESTO, vel STICHUM SERVUM MEUM LIBERUM ESSE IUBEO, is ipsius testatoris fit libertus. Nec alius ullus directo ex testamento libertatem habere potest, quam qui utroque tempore testatoris ex iure Quiritium fuerit: et quo faceret testamentum, et quo moreretur.*

2. G. 2,266: *Qui autem ex fideicommisso manumittitur, non testatoris fit libertus, etiamsi testatoris servus fuerit, sed eius qui manumittit.*

3. G. 2,270: *Item intestatus moriturus potest ab eo, ad quem bona eius pertinent, fideicommissum alicui relinquere; cum alioquin ab eo legari non possit.*

rodzaju procesach miały charakter konstytutywny, tj. powodowały zmianę statusu prawnego niewolnika⁴.

O znaczeniu wyzwoleń *mortis causa* świadczy zarówno podręcznik Gaiusa, jak i ilość źródeł przekazanych w „Digestach” Justyniana: Gaius w „Instytucjach” (G. 2,263-267) traktuje szczegółowo o nabyciu *libertas* przez *manumissio fideicomissaria*. Omawia on również szczegółowo różnice między skutkami *manumissiones directae* i *fideicomissariae* (G. 2,268-289). W 40 księdze „Digestów” justyniańskich, traktującej o wyzwoleniach, dwa tytuły przedstawiają wyzwolenia *mortis causa*: czwarty tytuł zajmuje się wyzwoleniami testamentowymi (*De manumissis testamento*), piąty – wyzwoleniami fideikomisarnymi (*De fideicomissariis libertatibus*); tytuł IV zawiera 61 fragmentów, tytuł V zawiera 56 fragmentów. To, że ten ostatni tytuł jest przeszło trzy razy bardziej obszerny niż tytuł czwarty, świadczy o dużym znaczeniu wyzwoleń fideikomisarnych. Kilka spośród fragmentów tytułu *De fideicomissariis libertatibus* pochodzi od Marcjana, jurysty żyjącego na przełomie II i III wieku po Chr.⁵

Szczególnie interesujący jest fragment autorstwa Marcjana (D. 40,5,53). Jurysta omawia stan faktyczny dotyczący skutków wyzwolenia fideikomisarnego niewolnicy, która urodziła dziecko przed dokonaniem wyzwolenia przez osobę obciążoną fideikomisem.

D. 40,5,53 (Marcjan 4 *reg.*):

principium: Si quis rogatus ancillam manumittere moram fecerit, si interea enixa fuerit, constitutum est huiusmodi partum liberum nasci et quidem ingenuum. Sed sunt constitutiones, quibus cavetur statim ex quo libertas deberi coeperit ingenuum nasci: et hoc magis est sine dubio sequendum, quatenus libertas non privata sed publica res est, ut ultro is qui eam debet offerre debeat. 1. Sed si nondum debita libertate fideicomissa ancilla peperit, studio tamen heredis fuerit effectum, ut nondum libertas deberetur, veluti quod tardius adit hereditatem, ut qui nati sunt ex ancilla servi eius fiant, placet manumittendos, sed tradi matri oportere, ut ab ea manumitterentur et liberti potius matris fiant: nam et quos indignus est heres servos habere, ne quidem liberos habeat.

Opis stanu faktycznego przedstawiony przez Marcjana jest z punktu widzenia stylistycznego dość zagmatwany, miejscami wręcz niegramatyczny. W okresie „polowań na interpolacje” Heinrich Siber zarzucał nieautentyczność całego

4. Por. G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà in diritto romano*, Napoli 1961, 290 nn; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, wyd. 2, Milano 1990, 755; P. STARACE, *Lo statuliber e l'adempimento fittizio della condizione. Uno studio sul favor libertatis fra tarda Repubblica ed età augustea*, Bari 2006, 83.

5. Por. D. 40,5,50 (Marcjan 7 *inst.*) i D. 40,5,51 (Marcjan 9 *inst.*), odnoszące się do trybu i skutków wyzwolenia fideikomisarnego, oraz D. 40,5,53 (Marcjan 4 *reg.*).

drugiego zdania *principium* (*Sed sunt ...debeat*⁶). Franz Haymann uważał jednak, że pierwsza część tego zdania (*Sed sunt ... nasci*⁷) jest autentyczna. Również §1 był poddawany krytyce⁸.

Przyjmując autentyczność tekstu⁹ Marcjana, stan faktyczny przedstawiony w tekście przedstawia się następująco: spadkodawca polecił dziedzicowi w drodze fideikomisu, aby wyzwolił niewolnicę. Fideikomisariusz nie dokonał wyzwolenia i popadł w zwłokę. Niewolnica w tym czasie urodziła dziecko. Rodzi się ono wolne i nabywa stanowisko wolnourodzonego (*ingenuus*). Jurysta wspomina, że istnieją też konstytucje cesarskie, które stanowią, iż dziecko niewolnicy od momentu, od którego należy się wolność rodzi się wolne i wolnourodzone (*ingenuus*)¹⁰. Zasady te winny być przestrzegane, gdyż wolność nie jest sprawą prywatną, lecz publiczną (*libertas non privata sed publica res est*), a ten, który winien ją świadczyć, niech to czyni.

Różnica między pierwszą i drugą częścią *principium* zdaje się polegać na tym, że o ile w pierwszej części mamy do czynienia ze zwłoką (*mora*) zobowiązanego do dokonania wyzwolenia niewolnicy¹¹, to druga część mówi o rozszerzeniu zasady, iż dziecko rodzi się wolne i wolnourodzone od chwili, gdy powstało zobowiązanie do wyzwolenia jego matki (tzn. od chwili przyjęcia spadku – *ex quo libertas deberi coeperit ingenuum nasci*). Takie rozumienie *principium* może wyjaśnić początek drugiego zdania, zaczynającego się od słów *sed sunt constitutiones*, które mówią o rozszerzeniu zasady *favor libertatis* również na sytuację, gdy nie można było przypisać dziedzicowi zwłoki. Tak więc sam fakt powstania obowiązku wyzwolenia fideikomisarnego rodzi przywileje, wynikające z zasady *favor libertatis*, powodując że dziecko rodzi się wolne i ma status wolnourodzonego.

Stan faktyczny przedstawiony przez Marcjana w §1 rozwija sytuację przedstawioną w *principium* z tą jednak różnicą, że po stronie fideikomisariusza nie powstał jeszcze obowiązek wyzwolenia niewolnicy. Jeśli obowiązek ten nie powstał z winy dziedzica, gdyż na przykład zwlekał on z przyjęciem spadku, dziecko będzie stanowiło własność dziedzica. Ma on jednak obowiązek przekazać je matce po jej wyzwoleniu, aby mogła je sama wyzwolić. Wedle Marcjana *ratio* takiego rozwiązania jest to, że o ile niegodne jest, aby dziedzic miał takie osoby jako niewolników, to również nie powinni być oni jego wyzwoleńcami.

6. Por. *Ind. Interp. ad loc.*

7. Por. *Ind. Interp. ad loc.*

8. Por. *Ind. Interp. ad loc.*

9. Nie ma zastrzeżeń co do § 1 Paul Krüger (w wydaniu „Digestów”), z jedną tylko (słuszną) uwagą, że zamiast słowa *tradi* powinno być *mancipari*.

10. W zdaniu tym niejasna jest funkcja słowa *sed*.

11. D. 22,1,32 pr. (Marcjan 4 reg.): *Mora fieri intellegitur non ex re, sed ex persona, id est, si interpellatus opportuno loco non solverit: quod apud iudicem examinabitur: nam, ut et Pomponius libro duodecimo epistularum scripsit, difficilis est huius rei definitio. Divus quoque Pius Tullio Balbo rescripsit, an mora facta intellegatur, neque constitutione ulla neque iuris auctorum quaestione decidi posse, cum sit magis facti quam iuris*. Por. H. SIBER, *Interpellatio und mora*, ZSS 29 (1908) 48 nn, 65 nn.

Fragment Marcjana wiąże się z kilkoma podstawowymi problemami z zakresu rzymskiego prawa dotyczącego niewolników: 1. zasadą interpretacyjną sprzyjania wolności, zwaną *favor libertatis*; 2. sytuacją prawną dziecka niewolnicy (*partus ancillae*); 3. stanowiskiem wolnourodzonego (*ingenuus*) i wyzwolenca (*libertinus*) oraz 4. w pewnym stopniu stanowiskiem prawnym osoby zwanej *statuliber*. Dlatego też zastanawia stosunkowo niewielkie wykorzystanie fragmentu Marcjana w literaturze prawa rzymskiego, dla której wymienione zagadnienia są przedmiotem żywego zainteresowania¹².

H. Siber¹³ zajmuje się *principium* tekstu Marcjana z punktu widzenia powstania zwłoki dłużnika (*mora debitoris*). Wedle H. Sibera *mora* – w tekście Marcjana – winna być rozumiana *non ex re, sed ex persona*. Uważa, że o ile część pierwsza fragmentu jest autentyczna, to część druga (od słów *sed sunt constitutiones* do końca) jest interpolowana. Gennaro Franciosi¹⁴ cytuje incydentalnie zdanie *libertas non privata, sed publica res est* w związku z rolą pretora w sporach dotyczących wolności. Źródło to powołuje incydentalnie i bez zrozumienia Helena Sztajerman¹⁵. *Ex professo* tekstem Marcjana zajął się, w początku lat trzydziestych XX wieku Alberto Mondel¹⁶. Autor ten, uznając pewne przeróbki tekstu przez kodyfikatorów justyniańskich uważał, że wyrażał on narastającą tendencję zasady interpretacyjnej sprzyjania wolności (*favor libertatis*). Wedle A. Mondela w prawie klasycznym dłużnik popadał w zwłokę zawsze, o ile istniała *iusta causa propter quam intellegere deberet se dare oportere* (tj. słuszna przyczyna uzasadniająca jego bezzwłoczną realizację). Natomiast w kompilacji justyniańskiej został wprowadzony wymóg wezwania dłużnika przez wierzyciela do wykonania zobowiązania. Stworzyło to rozróżnienie między *mora in persona* od *mora in re*. Tę ostatnią powodowało samo niewykonanie zobowiązania w terminie, bez potrzeby dokonywania wezwania (*interpellatio*)¹⁷.

12. Por. np. V. BASSANOFF, *Partus ancillae*, Paris 1929; G. DONATUTTI, *Lo statulibero*, Milano 1940; M. KASER, *Partus ancillae*, ZSS 75 (1958) 156 nn; M. TALAMANCA, *Sul concorso fra legato e manomissione*, w: *Studi in onore B. Biondi*, t. 2, Milano 1965, 316 nn; E. HERMANN-OTTO, *Ex ancilla natus. Untersuchungen zu der 'hausgeborenen' Sklaven und Sklavinnen im Westendes römischen Kaiserreiches*, Stuttgart 1993; H. ANKUM, *L'espressione 'favor libertatis' nelle opere dei giuristi classici Romani*, RDD 23 (2004) 3237 nn; TENŽE, *Der Ausdruck 'favor libertatis' in der Konstitutionem der römischen Kaiser*, w: *Sklaverei und Freilassung im römischen Recht. Symposium H. J. Wieling*, Berlin-Heidelberg 2006, 1 nn; STARACE, *Lo statuliber* (wyżej przyp. 4).

13. SIBER, *Interpellatio und mora* (wyżej przyp. 11) 81-83.

14. FRANCIOSI, *Il processo di libertà in diritto romano*, Napoli 1961, 170.

15. H. SZTAJERMAN, *Spółczesność zachodniorzymskie w III wieku*, Warszawa 1960, 370-371.

16. A. MONDEL, *La condizione giuridica dei figli di schiava onorata di fedecomesso di libertà nati in periodo di mora o ritardo nella monomissione della madre*, w: *Studi Bonfante*, t. 3, Milano 1930, 633-648.

17. MONDEL, *La condizione giuridica* (wyżej przyp. 16) 633, przyp. 1: (...) *in diritto classico il debitore è costituito in mora ogni qual volta vi sia una 'iusta causa propter quam intellegere deberet se dare oportere', con la compilazione viene posto come requisito essenziale della mora l'interpellazione da parte del creditore e si crea quindi l'accennata distinzione, contrapponendo alla mora ex persona una mora in cui si incorre 're ipsa', per in semplice fatto del ritardo ad adempiere, senza alcun bisogno di interpellazione.*

Zagadnienie specyficznego reżimu dotyczącego sytuacji prawnej dziecka niewolnicy było przedmiotem licznych studiów¹⁸. Wiązały się one z dyrektywą interpretacyjną określaną mianem *favor libertatis*. Interpretacja korzystna dla wolności osiągnęła pełny sukces w dziełach jurysprudencji rzymskiej I wieku po Chr. Wedle Henryka Kupiszewskiego była ona związana ze stoicką ideą *humanitas*¹⁹. Zdaniem Pia Starace w okresie między przyncypatem Trajana i Hadriana można zauważyć ogromną działalność normatywną senatu w zakresie wolności przyznawanej za pomocą fideikomisów²⁰.

Dyrektywa interpretacyjna *favor libertatis*²¹, w odniesieniu do dziecka niewolnicy przejawiała się w kilku rozwiązaniach prawnych. Jednym z nich była zasada, przekazana przez Gaiusa w D. 22,1,28, że dziecko niewolnicy oddane w *ususfructus* nie będzie stanowiło własności usufruktariusza (jak ma to miejsce przy użytkowaniu zwierząt), lecz jej właściciela. Motywacją jest przekonanie, że uznanie płodu za pożytek z niewolnicy byłoby niedorzecznością (*absurdum enim videbatur hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparaverit*)²². Kwestia ta nie była jednak zawsze rozstrzygana jednoznacznie przez jurystów rzymskich: Ulpian (D. 7,1,68) wspomina, iż w dawnym prawie rozważano czy płód niewolnicy zaliczał się do pożytków (*vetus fuit quaestio, an partus ad fructuarium pertineret*)²³. Jednak już w II wieku przed Chr. na pytanie to odpowiedział negatywnie Marek Juniusz Brutus. Motywacją tego rozstrzygnięcia było – wedle Ulpiana – przekonanie, że człowiek nie może stanowić pożytku dla innego człowieka (*neque enim in fructu hominis homo esse potest*).

Inny aspekt zasady *favor libertatis* w odniesieniu do dziecka niewolnicy porusza powołany powyżej fragment Marcjana – D. 40,5,53 pr.-1. Tekst Marcjana, jurysty z czasów dynastii Sewerów, wpisuje się również w intencję wyrażoną w konstytucji cesarza Filipa z roku 245, którą przekazuje C. 3,32,7, że dziecko niewolnicy powinno dzielić los matki (*partum ancillae matris sequi conditionem*)²⁴. W tekście Marcjana istotne znaczenie ma rozróżnienie skutków, które rodzi wyzwolenie dziecka niewolnicy, wedle *principium* i §1 tekstu przekazanego w D. 40,5,53.

18. Por. HERMANN-OTTO, *Ex ancilla natus* (wyżej przyp. 12); KASER, *Partus ancillae* (wyżej przyp. 12); por. też W. WOŁODKIEWICZ, *Error iuris non nocet*, 19 CPH 1 (1967) 39 nn; TENŽE, *Alcune osservazioni sull'applicazione del principio 'iuris ignorantiam in usucapione negatur prodesset'*, w: *Studi Volterra*, t. 1, Milano 1969, 589 nn; TENŽE, *Europa i prawo rzymskie. Szkice z historii europejskiej kultury prawnej*, Warszawa 2009, 454 nn.

19. Por. H. KUPISZEWSKI, *Les remarques sur les statuliberi en droit romain classique*, w: *Scritti minori*, Napoli 2000, 364.

20. STARACE, *Lo statuliber* (wyżej przyp. 4) 80 nn.

21. Por. ANKUM, *Der Ausdruck 'favor libertatis'* (wyżej przyp. 12) 1 nn.

22. Por. KASER, *Partus ancillae* (wyżej przyp. 12) 156 nn.

23. Por. Cic. *fin.* 1,12: *An, partus ancillae sitne in fructu habendus, disseretur inter principes civitatis, P. Scaevolam M.que Manilium, ab iisque M. Brutus dissentiet (...)*

24. Por. też D. 40,5,26,5 (Ulpian 5 *fid.*): *Non tamen si a substituto impuberis fideicommissa libertas data sit ancillae eaque vivo impubere partum ediderit, vel si post tempus vel sub conditione libertatem acceperit et ante diem vel condicionem partum ediderit, ad libertatem partus perduceretur, quia horum alia condicio est: non enim moram fortuitam, sed ex voluntate testantis passi sunt.*

W pierwszym zdaniu *principium* jurysta nie ma wątpliwości, że w przypadku zwłoki (*mora*) zobowiązanego na podstawie fideikomisu do wyzwolenia niewolnicy, dziecko rodzi się wolne i wolnourodzone (*ingenuus*). Należy zatem rozumieć, że nie będzie ono miało związku patronackiego z rodziną byłego właściciela matki, ani nawet z samą matką. Drugie zdanie *principium* stanowi – w oparciu o wspomniane przez Marcjana konstytucje – rozszerzenie zasady wyrażonej w zdaniu pierwszym nawet na sytuację, gdy został przyjęty spadek, ale nie można dłużnikowi przypisać zwłoki. W takim przypadku dziecko też rodzi się wolne gdyż *libertas non privata sed publica res est, ut ultro is qui eam debet offerre debeat*. Będzie to zatem odejście (na korzyść dziecka niewolnicy) od zasady, że dziecko niewolnicy dzieli los matki (*partum ancillae matris sequi conditionem*). O ile matka będzie miała status prawny wyzwolonej (*libertina*), to jej dziecko – jeszcze przed wyzwoleniem matki – nabędzie status osoby wolnourodzonej (*ingenua*).

Zgodnie z §1, jeżeli dziecko urodzi się zanim dziedzic obciążony fideikomisem przyjmie spadek, dziecko rodzi się niewolnikiem i stanowi własność dziedzica matki; jest to zgodne z zasadą, że własność dziecka niewolnicy nabywa właściciel matki. Po wyzwoleniu matki powstaje jednak obowiązek jej dawnego pana przekazania dziecka matce, aby ona sama mogła je wyzwolić i oczywiście nabyć wobec niego prawo patronatu. Dziecko takie przed przekazaniem go matce będzie miało potencjalną wolność i będzie traktowane (podobnie jak jego matka) jako osoba na drodze do wolności (*statuliber*)²⁵. Powstanie sytuacji *statuliber* nie jest przedstawiane w źródłach w sposób jednoznaczny. W źródłach wcześniejszych powstanie tego statusu wyraźnie jest związane z wyzwoleniami testamentowymi²⁶. W źródłach późniejszych o testamencie nie ma już mowy, a zatem stanowisko *statuliber* mogłoby powstać i przy wyzwoleniu fideikomisarnym²⁷.

25. Definicję *statuliber* podaje Paulus. D. 40,7,1 pr. (Paulus 5 Sab.): *Statuliber est qui statutum et destinatum in tempus vel conditionem libertatem habet*. Definicję *statuliber* podaje również Festus (ed. Lindsay 458): *Statu liber est, qui testamento certa condicione proposita iubetur esse liber: et si per heredem est, quo minus statu liber praestare possit, quod praestare debet, nihilominus liber esse videtur*. Marcjan odnosi stanowisko *statuliber* do niewolnika, który ma być wyzwolony na podstawie fideikomisu. D. 40,5,51,3 (Marcjan 9 inst.): *Cui per fideicommissum libertas debetur liberi quadammodo loco est et statuliberi locum optinet vel eo magis, quod nec in alium transferendus est, ut aut libertas eius impediatur aut iura patronorum graviora experiatur*. Co do stanowiska dziecka niewolnicy, będącej *statuliber*, wypowiadał się też Ulpian: D. 40,6,6 pr.; D. 40,7,2; D. 40,7,16. Por. DONATUTTI, *Lo statulibero* (wyżej przyp. 12) 6; 12; STARACE, *Lo statuliber* (wyżej przyp. 4) 276; ANKUM, *L'espressione 'favor libertatis' dans les travaux des juristes classiques romains*, w: *Liber amicorum Juan Miquel. Estudios romanísticos con motivo de su emeritazgo*, Barcelona 2006, 45 nn.

26. W najdawniejszej definicji przekazanej przez Festusa (pochodzącej z dzieła Weriusza Flakkusa z czasów Augusta) wyraźnie jest podkreślona konieczność dokonania wyzwolenia w testamencie: Festus (ed. Lindsay 458): *Statu liber est, qui testamento certa condicione proposita iubetur esse liber: et si per heredem est, quo minus statu liber praestare possit, quod praestare debet, nihilominus liber esse videtur*. Podobnie Kwintus Cerwidiusz Scewola i Ulpian łączą powstanie stanowiska *statuliber* z wyzwoleniem dokonanym w testamencie. D. 21,2,69,1 (Kwintus Cerwidiusz Scewola 2 quaest.): *Qui autem in tradendo statuliberum dicit, intellegatur hanc speciem dumtaxat libertatis excipere, quae ex testamento impleta condicione ex praeterito possit optingere: et ideosi praesentestamento libertas data fuerit et venditor statuliberum pronuntiavit, evictionis nomine tenetur*; UE 2,1: *Qui sub condicione testamento liber esse iussus est, statuliber appellatur*. Por. DONATUTTI, *Lo statulibero* (wyżej przyp. 12) 6; 12; KUPISZEWSKI, *Les remarques* (wyżej przyp. 19) 356-358; STARACE, *Lo statuliber* (wyżej przyp. 4) 276.

27. Brak mowy o testamencie w definicji *statuliber* podanej przez Paulusa (D. 40,7,1 pr.): *Statuliber est qui statutum et destinatum in tempus vel conditionem libertatem habet*. Podobnie Marcjan (D. 40,5,51,3), który wyraźnie odnosi stanowisko *statuliber* do niewolnika, który ma być wyzwolony na podstawie fideikomisu: *Cui per fideicommissum libertas debetur liberi quadammodo loco est et statuliberi locum optinet vel eo magis, quod nec in alium transferendus est, ut aut libertas eius impediatur aut iura patronorum graviora experiatur*. Por. STARACE, *Lo statuliber* (wyżej przyp. 4) 168 nn, wedle której nazwa *statulibertas* została rozszerzona do wyzwoleń nietestamentowych.

Najciekawszym jednak stwierdzeniem omawianego fragmentu Marcjana jest zakończenie *principium*. U jurysty uzasadnieniem przyjęcie zasady, że dziecko niewolnicy – którą polecono wyzwolić poprzez fideikomis – rodzi się wolne, są słowa, że wolność jest sprawą publiczną a nie prywatną (*libertas non privata, sed publica res est*). Stanowią one uzasadnienie zasady sprzyjania wolności (*favor libertatis*) tym, że wolność ma znaczenie dla państwa, nie może być zatem ograniczana wolą osób prywatnych²⁸. Stwierdzenie w odniesieniu do wyzwoleń niewolników, że *libertas publica res est*, sprowadza zagadnienie wyzwoleń do interesu państwa.

28. Por. też D. 50,17,122 (Gaius 5 *ed. prov.*): *Libertas omnibus rebus favorabilior est*.

JAN BARCZ

Akademia Leona Koźmińskiego w Warszawie

Problemy instytucjonalne i prawne związane z akcesem Unii Europejskiej do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka

1. Wprowadzenie

Traktat z Lizbony (podpisany 13 grudnia 2007 r., wszedł w życie 1 grudnia 2009 r.)¹ przyczynił się w sposób zasadniczy do umocnienia w ramach Unii Europejskiej ochrony praw podstawowych. Wprowadzony na jego podstawie do Traktatu o Unii Europejskiej (dalej: TUE) art. 6 nadał charakter prawny Karcie Praw Podstawowych. Natomiast na podstawie art. 6 ust. 2 TUE Unia Europejska została zobowiązana do przystąpienia do Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (dalej: EKPC). Po ośmiu rundach negocjacji, w końcu czerwca 2011 r. zakończone zostały negocjacje w sprawie „Umowy o przystąpieniu Unii Europejskiej do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności”² (dalej: Umowa akcesyjna). Ostateczne potwierdzenie jej tekstu przewidywano na połowę października 2011 r.³. Problematyka formy prawnej akcesu Unii Europejskiej do EKPC jest przedmiotem odrębnego opracowania⁴, w tym natomiast artykule skupiono się na głównych zagadnieniach instytucjonalnych i prawnych odnoszących się do relacji między obu systemami, tj. systemem EKPC oraz systemem prawnym UE.

2. Ograniczenia przedmiotowe umowy o przystąpieniu Unii do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka

Artykuł 6 ust. 2 TUE, Protokół nr 8 i Deklaracja nr 2 (dołączone do Traktatów stanowiących podstawę UE) zawierają szereg ograniczeń precyzujących

1. Dz. Urz. UE 2007 C 306/1.

2. Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms CDDH-UE (2011)16prov. Por. również: *Draft Explanatory Report to the Agreement on the Accession of the European Union to the Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms*. 8th Working Meeting of the CDDH Informal Working Group on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights (CDDH-UE) with the European Commission. Strasbourg, Monday 20 June-Friday 24 June 2011. CDDH-UE(2011)16prov.

3. *Meeting report*. 8th Working Meeting of the CDDH Informal Working Group on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights (CDDH-UE) with the European Commission. Strasbourg, Monday 20 June-Friday 24 June 2011. CDDH-UE(2011)16prov, punkt 19.

4. Por. w rozszerzonej wersji niniejszego artykułu: J. BARCZ, *Traktat z Lizbony. Aspekty prawne działań implementacyjnych*, Warszawa 2012, rozdział VII.

zakres przedmiotowy, w którym musi mieścić się umowa o przystąpieniu Unii do EKPC:

a) Zastrzeżenie przestrzegania kompetencji UE: w art. 6 ust. 2 zdaniu drugim zastrzeżono, że „Przystąpienie do Konwencji nie narusza kompetencji Unii określonych w Traktatach”. Zastrzeżenie powyższe sprecyzowane zostało w zdaniu pierwszym art. 2 Protokołu nr 8, stwierdzającym, że umowa o przystąpieniu Unii do EKPC „zagwarantuje, że przystąpienie nie ma wpływu na kompetencje Unii ani uprawnienia jej instytucji”. W ten sposób potwierdzono, że Unia – zawierając umowę – musi kierować się zasadą kompetencji przyznanych (powierzonych), stosownie do której „(...) Unia działa wyłącznie w granicach kompetencji przyznanych jej przez Państwa Członkowskie w Traktatach do osiągnięcia określonych w nich celów. Wszelkie kompetencje nieprzyznane Unii w Traktatach należą do Państw Członkowskich” (art. 5 ust. 2 TUE; por. również art. 4 ust. 1 TUE). Zasada powyższa znajduje swoje sprecyzowanie w odniesieniu do umów międzynarodowych w art. 216 ust. 1 TUE. Wskazanie natomiast na „uprawnienia instytucji” podkreśla w kontekście przystąpienia Unii do EKPC. nie tylko zasadę autonomii instytucjonalnej („Każda instytucja działa w granicach uprawnień przyznanych jej na mocy Traktatów, zgodnie z procedurami, na warunkach i w celach w nich określonych” – art. 13 ust. 2 zdanie pierwsze TUE), lecz również zastrzega, że przystąpienie Unii do EKPC nie może nieść ze sobą zmian w zakresie „uprawnień” instytucji i „procedur” ich działania. Zastrzeżenie to zostało sprecyzowane w Protokole nr 8 i Deklaracji nr 2.

b) Zastrzeżenie zagwarantowania szczególnych cech Unii i prawa unijnego: jest to bez wątpienia najistotniejszy i najbardziej skomplikowany problem. Protokół nr 8 podkreśla w art. 1, że umowa o przystąpieniu Unii do EKPC „musi odzwierciedlać konieczność zachowania szczególnych cech Unii i prawa Unii”, co powinno znaleźć odbicie zwłaszcza w szczególnych warunkach udziału Unii w organach kontrolnych EKPC (lit. a) oraz zagwarantowaniu, aby skargi państw nieczłonkowskich i skargi indywidualne „były kierowane prawidłowo” przeciwko państwom członkowskim UE lub przeciwko Unii (lit. b); na istotny aspekt tego problemu wskazuje Deklaracja nr 2, odnosząca się do konieczności zagwarantowania odpowiedniej współpracy między sądami unijnymi a Europejskim Trybunałem Praw Człowieka (dalej: ETPC). Podkreśla się w niej, że przystąpienie do EKPC „powinno nastąpić

w taki sposób, aby można było zachować szczególny charakter porządku prawnego Unii”. Następnie wskazuje się na „istnienie regularnego dialogu” między Trybunałem Sprawiedliwości UE (dalej: TSUE) a ETPC i na konieczność jego „wzmocnienia” po przystąpieniu Unii do EKPC. Najważniejsze aspekty (zastrzeżenia) związane z tym problemem skonkretyzował Trybunał Sprawiedliwości UE w Dokumencie roboczym z maja 2010 r.⁵ Następnie Prezesi obu Trybunałów – ETPC i Trybunału Sprawiedliwości UE – we „wspólnym komunikacie” z 24 stycznia 2011 r. określili zasadniczy kierunek rozwiązania tego problemu⁶.

c) Zastrzeżenie zagwarantowania „własnych” mechanizmów rozstrzygania sporów związanych z wykładnią Traktatów lub Konwencji: umowa będzie również musiała wyjaśnić znaczenie i stosunek między art. 344 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej: TFUE) i art. 55 EKPC. Głównie chodzić będzie o postanowienia art. 344 TFUE, tym bardziej że art. 3 Protokołu nr 8 wyraźnie zastrzega, iż postanowienia umowy o przystąpieniu Unii do EKPC nie mogą mieć wpływu na art. 344 TFUE. W myśl natomiast postanowień tego artykułu „Państwa Członkowskie zobowiązują się nie poddawać sporów dotyczących wykładni lub stosowania Traktatów procedurze rozstrzygania innej niż w nich przewidziana”. W tym kontekście wskazane wyżej zastrzeżenie Trybunału Sprawiedliwości UE będzie miało znaczenie zasadnicze. Jeśli natomiast chodzi o art. 55 EKPC, to zakres problemu jest o tyle mniejszy, iż jego postanowienia wyraźnie odsyłają (przy analogicznej regulacji jak w art. 344 TFUE) do wyjątków w „porozumieniach szczególnych”, a takim będzie bez wątpienia umowa o przystąpieniu Unii do EKPC.

Do podstawowych takich merytorycznych przesłanek należy więc – z punktu widzenia prawa unijnego – respektowanie:

- a) zakresu kompetencji Unii Europejskiej w Umowie akcesyjnej i po jej akcesie do EKPC;
- b) autonomii systemu prawnego Unii Europejskiej, która wyraża się przede wszystkim w wyłączności TSUE do orzekania w sprawie interpretacji prawa UE i nieważności aktów unijnego prawa pochodnego oraz w sprawie podziału kompetencji między Unię i jej państwa członkowskie.

5. Dokument roboczy Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej dotyczący niektórych aspektów przystąpienia Unii Europejskiej do europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności.

6. *Joint Communications from Presidents Costa and Skouris. Strasbourg and Luxembourg, 24 January 2011.*

We wskazanych wyżej postanowieniach skonkretyzowano te merytoryczne przesłanki akcesu Unii do EKPC w odniesieniu do konkretnych obszarów:

a) jeśli chodzi o zagadnienia instytucjonalne podkreślono, że akces Unii do EKPC nie może mieć wpływu na uprawnienia instytucji unijnych i procedur ich działania; konkretnie wskazano z jednej strony na konieczność zagwarantowania odpowiedniego udziału „Unii w organach kontrolnych” EKPC, z drugiej na konieczność umocnienia współpracy między TSUE a ETPC w taki sposób, aby „można było zachować szczególny charakter porządku prawnego Unii”;

b) jeśli chodzi natomiast o relacje między systemem EKPC a prawem UE, to skonkretyzowanie generalnych wymogów (zachowanie szczególnych cech Unii i jej prawa) musi znaleźć odzwierciedlenie w zagwarantowaniu, aby „skargi państw członkowskich i skargi indywidualne były kierowane prawidłowo przeciwko państwom członkowskich UE lub przeciwko Unii” oraz w zagwarantowaniu, aby prawo unijne, nim stanie się przedmiotem wyroku ETPC, zostało wpięrow poddane ocenie z punktu widzenia zgodności z prawami podstawowymi na szczeblu unijnym przez TSUE (wyływa to zarówno z autonomii prawa UE, jak z zasady subsydiarności, rządzącej systemem EKPC); z drugiej strony należało zapewnić zgodność klauzul zawartych w obu systemach nakierowanych na ekskluzywność rozstrzygania sporów w ramach danego systemu (art. 55 EKPC i art. 344 TFUE).

Z punktu widzenia systemu EKPC⁷ należy natomiast brać pod uwagę głównie wspomnianą wyżej zasadę subsydiarności, której istota polega na tym, że zapewnienie przestrzegania standardów Konwencji na poziomie krajowym należy w pierwszym rzędzie do jej stron, natomiast ETPC ustala jedynie, czy strony Konwencji wywiązują się z tego zobowiązania. Również do organów strony Konwencji należy zapewnienie wykonania wyroków ETPC i zlikwidowanie naruszeń⁸. Z zasady autonomii prawa UE wynikałby w związku z tym wymóg (wspomniany wyżej) uprzedniej kontroli zgodności prawa unijnego z prawami podstawowymi na szczeblu unijnym, w tym również uwzględnienie specyfiki Unii wyrażającej się w tym, że prawo unijne (prawo pierwotne i prawo pochodne, stanowiące przez instytucje unijne) jest w przeważającej mierze wykonywane przez państwa członkowskie na szczeblu krajowym.

7. Zasadnicze problemy akcesu Unii Europejskiej do EKPC z punktu widzenia systemu Konwencji analizuje szczegółowo L. GARLICKI, *Przystąpienie UE do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka – przygotowania i problemy*, „Europejski Przegląd Sądowy” 1 (2011) 14 nn.

8. Dokument roboczy (wyżej przyp. 5) punkt 6.

Dotychczas (do czasu akcesu Unii do EKPC) nie istnieje możliwość kontrolowania prawa unijnego ze standardami EKPC, natomiast możliwość taka została potwierdzona w stosunku do środków krajowych, wydanych przez państwa członkowskie UE w wykonaniu prawa unijnego. Potencjalny konflikt między obu systemami (wynikający przede wszystkim stąd, że państwa członkowskie UE są jednocześnie stronami EKPC) został ograniczony w wyniku – z jednej strony – przyjęcia w systemie Konwencji tzw. zasad orzecznictwa *Bosphorus*: w wyroku tym⁹ ETPC sprecyzował trwałą linię swojego orzecznictwa,¹⁰ potwierdzając, że ochrona praw podstawowych w ramach Unii Europejskiej ma „charakter ekwiwalentny” do ochrony wynikającej z Konwencji, w związku z tym, nie będzie ingerował w dziedziny objęte prawem unijnym, chyba że ochrona w ramach UE okazałaby się „oczywiście niedostateczna”. Z drugiej zaś strony potencjalny konflikt między obu systemami został zminimalizowany w wyniku odwoływania się w orzecznictwie TSUE w toku kreowania praw podstawowych jako ogólnych zasad prawa unijnego, służących w ramach systemu UE kontroli legalności aktów unijnego prawa pochodnego i objętych kompetencją UE środków krajowych, przede wszystkim do standardów EKPC¹¹. Zakres potencjalnego konfliktu między obu systemami ulegnie dalszemu, istotnemu ograniczeniu w wyniku nadania charakteru unijnego prawa pierwotnego Kartie Praw Podstawowych, której postanowienia muszą być interpretowane zgodnie ze standardami EKPC¹².

3. Relacja między systemami prawnymi Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Unii Europejskiej

3.1. Mechanizm współpозwania (*co-respondent mechanism*)

Jednym z głównych warunków akcesu Unii Europejskiej do EKPC jest respektowanie po akcesie ważnego aspektu autonomii prawa UE, wyrażającego się w tym, że z jednej strony prawo to wykonywane jest przez państwa członkowskie UE, z drugiej zaś – że na podstawie postanowień Traktatów stanowiących UE, uzgodnionych przez państwa członkowskie, zobowiązania w nich zawarte wykonywane są również przez instytucje, organy, urzędy i agencje Unii. Wraz z akcesem Unii do EKPC powstanie z punktu widzenia stosowania EKPC zupełnie

9. Wyrok ETPCz. z dnia 30 czerwca 2005 r. w sprawie nr 45036/98 *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi (Bosphorus Airways) przeciwko Irlandii* [GC], ETPC 2005-VI.

10. Szczegółowo: A. WYROZUMSKA, *Ochrona praw podstawowych Unii Europejskiej*, w: I. SKOMERSKA-MUCHOWSKA, A. WYROZUMSKA, *Obywatel Unii*, Warszawa 2010, VI-222 nn.

11. A. WYROZUMSKA, *Ochrona praw podstawowych* (wyżej przyp. 10).

12. Por. art. 6 ust. 1 akapit trzeci TUE w powiązaniu z motywem piątym preambuły i art. 52 ust. 3 Karty Praw Podstawowych oraz „Wyjaśnieniami” dołączonymi do Karty, które mają walor interpretacji autentycznej Karty (por. art. 6 ust. 1 akapit trzeci TUE, który odwołuje się do „Wyjaśnień”).

nowa sytuacja, w której jedna ze stron Konwencji wydaje akt prawny, a akt ten wykonywany jest przez inną stronę Konwencji¹³.

Z punktu widzenia systemu EKPC istotne jest więc z jednej strony uzyskanie niezbędnej jasności, która strona ma być pozwana w danej sprawie dotyczącej prawa UE (m.in. z tego względu, by nie wystąpiła konieczność odrzucenia skargi *ratione personae*), z drugiej zaś – której stronie Konwencji (Unii czy jednemu z jej państw członkowskich) przypisać odpowiedzialność za ewentualne naruszenie standardów Konwencji. Z punktu natomiast widzenia Unii zasadnicze znaczenie ma to, aby w sprawie podziału kompetencji między UE a jej państwami członkowskimi oraz w sprawie przypisania odpowiedzialności za sposób wykonania prawa unijnego decyzja podejmowana była na szczeblu unijnym (w ostateczności przez TSUE).

Rozwiązaniu powyższych dylematów służyć ma mechanizm współpозwania (*co-respondent mechanism*), ustanowiony na podstawie art. 3 Umowy akcesyjnej. Wprowadzenie tego mechanizmu przebiega na dwóch płaszczyznach: zmiany postanowień Konwencji (jej art. 36) oraz ustanowienia postanowień regulujących szczegóły mechanizmu, które zawarte są w Umowie akcesyjnej.

Odpowiednie zmiany postanowień art. 36 EKPC wprowadza ust. 1 art. 3 Umowy:

po pierwsze – na podstawie art. 3 ust. 1 lit. a. Umowy uzupełniony zostaje tytuł art. 36 EKPC na „Interwencja i współpозwanie strony trzeciej”;

po drugie – na podstawie art. 3 ust. 1 lit. b. Umowy treść art. 36 EKPC Uzupełniona jest nowym ustępem 4, o następującym brzmieniu:

„Na mocy decyzji Trybunału Unia Europejska lub państwo członkowskie Unii Europejskiej może stać się współpозwanym (*a co-respondent*) w postępowaniu, w okolicznościach określonych w Umowie o przystąpieniu Unii Europejskiej do Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Współpозwany jest stroną w postępowaniu. Udział w postępowaniu współpозwanego nie ma wpływu na rozpatrywanie dopuszczalności skargi”.

Natomiast szczegóły mechanizmu współpозwania regulują ustępy od 2 do 8 art. 3 Umowy akcesyjnej:

13. *Draft Explanatory Report* (wyżej przyp. 2) punkt 32, zd. ostatnie.

a) mechanizm współpозwania dotyczy zarówno sytuacji, w której pozwane jest jedno lub więcej państw członkowskich UE a współpozwanym będzie Unia Europejska (art. 3 ust. 2 Umowy akcesyjnej), jak i sytuacji, w której pozwana jest Unia a współpozwanym będzie jedno lub więcej państw członkowskich UE (art. 3 ust. 3 Umowy akcesyjnej); mechanizm może mieć zastosowanie również do sytuacji (art. 4 Umowy akcesyjnej), w której początkowo skarga skierowana jest jednocześnie do Unii Europejskiej i jej państw członkowskich. Status jednego z pozwanych może się wtedy zmienić na status współpozwanego, o ile w stosunku do niego spełnione są kryteria „uruchamiające” mechanizm współpозwania (patrz punkt następny), zwłaszcza jeżeli jedna ze stron dopuściła się działania lub zaniechania w stosunku do skarżącego, druga natomiast ustanowiła podstawę prawną dla takiego działania¹⁴;

b) problem uzyskaniu statusu współpozwanego¹⁵ został rozwiązany w ten sposób, że decyduje o nadaniu takiego statusu ETPC, niemniej jedynie na żądanie Unii względnie jej państw członkowskich (art. 3 ust. 5 Umowy akcesyjnej)¹⁶. Wniosek w sprawie nadania statusu współpozwanego musi być uzasadniony¹⁷. ETPC może co prawda zwracać stronie uwagę na to, że może ona ubiegać się o status współpozwanego, niemniej wniosek zainteresowanej strony w tej sprawie jest niezbędną przesłanką wydania decyzji przez ETPC¹⁸. W żadnym przypadku nie można przymusić jednej ze stron do wystąpienia z wnioskiem¹⁹. ETPC, podejmując decyzje, bierze pod uwagę stanowiska skarżącego, pozwanego i potencjalnego współpozwanego, niemniej ogranicza się jedynie do rozważenia, czy testy „uruchomienia” współpозwania (określone w ustępach 2 i 3 art. 3 Umowy akcesyjnej) są wiarygodnie spełnione²⁰;

c) szczególnie kontrowersyjnym problemem²¹ było określenie testów, które „uruchamiają” mechanizm współpозwania. Sprecyzowane są one w ustępie drugim i w ustępie trzecim art. 3 Umowy akcesyjnej:

14. *Draft Explanatory Report* (wyżej przyp. 2) punkt 37 i punkt 49.

15. POI. GARLICKI, *Przystąpienie UE do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka* (wyżej przyp. 7) 18.

16. Art. 3 ust. 5 Umowy akcesyjnej: „Wysoka Układająca się Strona staje się współpozwanym jedynie na własne żądanie oraz na mocy decyzji Trybunału. Trybunał wysłuchuje opinii wszystkich stron w postępowaniu. Decydując w sprawie powyższego żądania, Trybunał rozważa, czy – w świetle powodów przedłożonych przez zainteresowaną Wysoką Układającą się Stronę – wiarygodne jest spełnienie warunków określonych w ustępach 2 lub 3”.

17. *Draft Explanatory Report* (wyżej przyp. 2) punkt 46.

18. *Ibidem*, punkt 47.

19. *Ibidem*.

20. Art. 4 zdanie ostatnie Umowy akcesyjnej. Komentarz: *Draft Explanatory Report* (wyżej przyp. 2) punkt 48.

21. Problem ten nie jest jeszcze ostatecznie zamknięty. Podczas finalnej, ósmej rundy negocjacji, mimo sprecyzowania warunków odwołania się do tych testów, niektórzy uczestnicy wskazywali, że są one zbyt szeroko ujęte, a w związku z tym mogą wprowadzać pewien stopień niepewności prawnej. Stąd opowiadali się za węższym ich ujęciem, które występowało w początkowych wersjach obecnego art. 3 Umowy akcesyjnej. *Meeting report* (wyżej przyp. 3) punkt 8.

(1) W przypadku gdy skarga jest skierowana przeciwko jednemu lub większej liczbie państw członkowskich Unii Europejskiej (art. 3 ust. 2 Umowy akcesyjnej) test uważa się za spełniony (tj. Unia Europejska może uzyskać statusu współpозwanego), o ile okaże się że skarga pociąga za sobą powstanie pytania o zgodność ze standardami Konwencji postanowień prawa pierwotnego lub pochodnego Unii Europejskiej. Dotyczy to zwłaszcza sytuacji, gdy możliwe byłoby uniknięcie naruszenia wyłącznie w wyniku nieposzanowania zobowiązań wynikających z prawa Unii Europejskiej, tj. gdy prawo unijne nie pozostawia państwu członkowskiemu swobody w zakresie wydawanych krajowych środków implementacyjnych;²²

(2) W przypadku jeżeli skarga jest skierowana przeciwko Unii Europejskiej (art. 3 ust. 3 Umowy akcesyjnej), jej państwa członkowskie mogą stać się współpозwanymi w postępowaniu, o ile okaże się że skarga pociąga za sobą powstanie pytania o zgodność ze standardami Konwencji prawa pierwotnego Unii Europejskiej, zwłaszcza gdy możliwe byłoby uniknięcie naruszenia wyłącznie w wyniku nieposzanowania zobowiązań wynikających z tego prawa²³.

Mechanizm współpозwania pozwala więc również wyjaśnić problem zakresu odpowiedzialności za naruszenie standardów Konwencji. ETPC stwierdza jedynie czy wystąpiło naruszenie Konwencji, nie wnika natomiast ani w kwestię ważności prawa Unii Europejskiej ani sprecyzowania zakresu kompetencji Unii. Zwykle więc ETPC stwierdzi naruszenie Konwencji łącznie w stosunku do póżwanego i współpóżwanego. Natomiast póżwany wraz ze współpóżwanym mogą przedłożyć wspólne stanowisko do ETPC, wskazujące że zarzucane naruszenie Konwencji ma być przypisane jedynie jednemu z nich²⁴.

Powyższy aspekt wskazuje również na zasadniczą różnicę między statusem interwenienta i współpóżwanego w świetle postanowień nowego art. 36 EKPC. Interwenient może przedkładać pisemne uwagi i uczestniczyć w rozprawach przed ETPC, nie jest natomiast stroną w postępowaniu i tym samym nie jest związany wyrokiem. W przeciwieństwie do tego współpóżwany jest stroną w postępowaniu (por. nowy ust. 4 art. 36 EKPC) i będzie wyrokiem związany²⁵.

22. *Draft Explanatory Report* (wyżej przyp. 2) punkt 42.

23. *Ibidem*, punkt 43.

24. *Ibidem*, punkt 54.

25. *Ibidem*, punkt 39. W komentarz podkreśla się, że ustanowienie mechanizmu współpóżwania nie będzie miało wpływu na możliwość udziału Unii Europejskiej jako interwenienta w przypadku, gdy nie są spełnione testy „uruchamiające” mechanizm współpóżwania. *Ibidem*, punkt 40.

3.2. Zasady współpracy między Europejskim Trybunałem Praw Człowieka a Trybunałem Sprawiedliwości UE

Protokół nr 8 podkreśla w art. 1, że umowa o przystąpieniu Unii do EKPC „musi odzwierciedlać konieczność zachowania szczególnych cech Unii i prawa Unii”. Na istotny aspekt tego problemu wskazuje Deklaracja nr 2, odnosząca się do konieczności zagwarantowania odpowiedniej współpracy między sądami unijnymi a ETPC. Podkreśla się w niej, że przystąpienie do EKPC „powinno nastąpić w taki sposób, aby można było zachować szczególny charakter porządku prawnego Unii”. Następnie wskazuje się na „istnienie regularnego dialogu” między TSUE a ETPC i na konieczność jego „wzmocnienia” po przystąpieniu Unii do EKPC. Najważniejsze aspekty (zastrzeżenia) związane z tym problemem skonkretyzował TSUE w Dokumentcie roboczym z maja 2010 r.²⁶. Trybunał zwrócił uwagę wpraw na ogólne zastrzeżenie, iż stosownie do zasady subsydiarności kontrola zewnętrzna działań Unii (ze strony ETPC) powinna być poprzedzona skuteczną kontrolą wewnętrzną ze strony sądów państw członkowskich lub sądów unijnych (pkt 7 dokumentu). Następnie Trybunał podkreślił wyłączność swojej kompetencji co do orzekania o nieważności unijnego aktu prawnego, co stanowi jedną z cech porządku prawnego Unii. Z tego względu ETPC nie może orzekać o zgodności unijnego aktu prawnego z EKPC, nim kwestii tej prawomocnie nie rozstrzygnie TS UE (pkt 9 dokumentu).

Główną wytyczną stanowiska TSUE było wskazanie, iż jego orzecznictwo konsekwentnie odwołuje się do postanowień EKPC w toku kreowania praw podstawowych jako zasad ogólnych prawa unijnego oraz kieruje się domniemaniem zgodności z EKPC w określonych okolicznościach (orzecznictwo *Bosphorus*). Można z tego wnioskować, iż TSUE wychodzi z założenia, że mało prawdopodobne byłoby stwierdzenie sprzeczności aktu unijnego z EKPC przez ETPC w przypadku uprzedniej kontroli przeprowadzonej przez Trybunał Sprawiedliwości UE. Powołane stanowisko TSUE określiło istotne warunki ramowe dla umowy. Uwzględnić bowiem należy, że Trybunał może kontrolować zgodność umowy zawieranej przez Unię z Traktatami (art. 218 ust. 11 TFUE). W przypadku stwierdzenia niezgodności planowanej umowy z Traktatami konieczna jest bądź rewizja Traktatów bądź renegowanie umowy.

Kolejnym, istotnym etapem sprecyzowania problemów i wypracowania wytycznych dla Umowy akcesyjnej stało się spotkanie delegacji obu Trybunałów w dniu 17 stycznia 2011 r. i wydany w jego następstwie przez obu Prezesów „Wspólny komunikat” (24 stycznia 2011 r.)²⁷. Dokonali oni rozróżnienia między skargami

26. Dokument roboczy (wyżej przyp. 5).

27. *Joint Communications from Presidents Costa and Skouris. Strasbourg and Luxembourg, 24 January 2011.*

bezpośrednimi, tj. skargami indywidualnymi skierowanymi przeciwko środkom przyjmowanym przez unijne instytucje (przez Unię) i skargami pośrednimi, tj. skargami skierowanymi przeciwko środkom krajowym przyjętym przez państwa członkowskie w wykonaniu prawa UE. W pierwszym przypadku – stwierdzili – istnieje gwarancja, że wewnętrzna kontrola (na szczeblu unijnym) TSUE jest zapewniona. Natomiast w drugim przypadku postępowanie prejudycjalne takiej gwarancji w pełni nie daje (nie jest ono warunkiem „wyczerpania wszystkich środków odwoławczych”), a tym samym możliwa (choć rzadko) byłaby sytuacja, w której ETPC orzeka o zgodności prawa UE ze standardami Konwencji bez uprzedniego wypowiedzenia się TSUE w tej sprawie. Obaj Prezesi wskazali w związku z tym (podkreślając znaczenie zasady subsydiarności), że paralelnie do zawarcia Umowy akcesyjnej powinna zostać sprecyzowana procedura, które będzie gwarantować w takich przypadkach uprzednią „wewnętrzną kontrolę” na szczeblu unijnym ze strony TSUE. Nie sprecyzowali jednak, o jaką procedurę może chodzić. Wskazali jedynie, że ze względu na zapobiegnięcie niepotrzebnemu przewlekaniu postępowania przed ETPC Trybunał Sprawiedliwości UE mógłby zastosować postępowanie przyspieszone.

Rozwiązania przyjęte w Umowie akcesyjnej nie wychodzą w zasadzie poza formułę zaproponowaną przez Prezesów obu Trybunałów. W art. 3 ust. 6 Umowy stwierdza się jedynie:

„O ile w postępowaniach, w których współpozwanym jest Unia Europejska, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej nie ocenił jeszcze zgodności z prawami zagwarantowanymi w Konwencji postanowienia prawa Unii Europejskiej wskazanego w ust. 2, zapewnia się Trybunałowi Sprawiedliwości Unii Europejskiej odpowiedni czas na dokonanie takiej oceny, a następnie stronom do zgłoszenia uwag. Unia Europejska zapewnia, że ocena taka jest przeprowadzana sprawnie, tak aby postępowanie przez Trybunałem nie uległo niepotrzebnej zwłoce. Ustęp niniejszy nie ma wpływu na kompetencje Trybunału”.

Z powyższych postanowień wynika, że sytuacja nimi objęta byłaby następująca²⁸: skarga indywidualna skierowana jest przeciwko aktowi względnie działaniu państwa członkowskiego UE podjętemu w wyniku wykonania prawa UE (a Unia występuje jako współpozwany). Sprawa musi być rozpatrywana uprzednio przez sądy krajowe, ze względu na konieczność „wyczerpania wszystkich środków odwoławczych przewidzianych prawem wewnętrznym” jako przesłanki dopuszczalności skargi przez ETPC. Skierowanie pytania prejudycjalnego do TSUE przez sąd krajowy leży w zakresie jego uznania, stąd – jak wskazano wyżej – wydanie wyroku prejudycjalnego przez TSUE nie jest warunkiem stwierdzenia „wyczerpania wszystkich środków odwoławczych”. W pewnych sytuacjach

28. *Draft Explanatory Report* (wyżej przyp. 2) punkt 57.

ETPC mógłby więc orzekać bez uprzedniej oceny przez TSUE unijnej podstawy prawnej (dla wykonawczych środków krajowych) w świetle praw podstawowych.

Po to, aby wypełnić taką, możliwą lukę, Unia Europejska została zobowiązana do „zapewnienia” Trybunałowi Sprawiedliwości UE „odpowiedniego czasu na dokonanie takiej oceny”, przy czym zakładałoby to również sprecyzowanie „wewnętrznej procedury w UE”, która gwarantowałaby przeprowadzenie stosownej oceny przez TSUE²⁹. Powołane wyżej postanowienia ust. 6 art. 3 Umowy akcesyjnej procedury takiej nie precyzują, wskazując jedynie, że musi ona przebiegać sprawnie, aby nie prowadzić do niepotrzebnej zwłoki w postępowaniu przed ETPC. W komentarzu nawiązuje się do procedury przyspieszonej, która powinna zapewnić, aby ocena TSUE była przeprowadzona w ciągu 6-8 miesięcy³⁰.

Trudno dziwić się, że Umowa akcesyjna nie odnosi się szczegółowo do takiej procedury. Przeprowadzenie kontroli prawa unijnego co do zgodności z prawami podstawowymi jest bowiem przede wszystkim sprawą samej Unii. Podczas ostatniej, ósmej rundy negocjacyjnej wskazano natomiast jednoznacznie na to, że Unia ma być stroną EKPC na takich samych zasadach jak jej pozostałe strony, bez żadnych wyjątków proceduralnych. Stąd dodano do ust. 6 art. 3 Umowy akcesyjnej zdanie ostatnie: „Ustęp niniejszy nie ma wpływu na kompetencje Trybunału” (ETPC) – co i tak nie zapobiegło krytyce ze strony niektórych uczestników negocjacji, że ustalona procedura wykracza poza zasadę subsydiarności, uprzywilejowuje jedną ze stron EKPC (tj. Unię Europejską), a znaczenie konieczności dokonania uprzedniej oceny przez TSUE jest niepotrzebnie wyolbrzymiane³¹.

W pełni zasadne jest oczekiwanie wyrażone przez Lecha Garlickiego, że problem zagwarantowania TSUE możliwości dokonania oceny prawa unijnego w sytuacji, gdy pojawi się zarzut naruszenia EKPC (a nie została wykorzystana droga pytania prejudycjalnego), powinien być podjęty w prawie unijnym, leży bowiem przede wszystkim w interesie prawa unijnego³². Niemniej jednak krytyka wysuwanych w tej mierze dotychczasowych propozycji (ze względu na możliwość przewlekania postępowania przed ETPC),³³ aby w takim przypadku postępowanie przed ETPC było zawieszane a Komisja Europejska z urzędu zwracała się do TSUE o dokonanie stosownej oceny prawa unijnego, jest chyba przedwczesna. Tym bardziej, że rozważane propozycje, nakierowane na „wymuszenie” wszczęcia procedury prejudycjalnej³⁴, mają słabe uzasadnienie, a ich wprowadzenie wymagałoby rewizji postanowień TFUE. Nie można również tracić z oczu drugiej

29. *Draft Explanatory Report* (wyżej przyp. 2) punkt 58.

30. *Ibidem*, punkt 61.

31. *Meeting report* (wyżej przyp. 3) punkt 9.

32. GARLICKI, *Przystąpienie UE do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka* (wyżej przyp. 7) 18.

33. GARLICKI, *Przystąpienie UE do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka* (wyżej przyp. 7).

34. *Ibidem*.

procedury, która wchodziłaby w grę – procedury o badanie legalności unijnych aktów prawnych (art. 263 TFUE), tym bardziej że chodzi tu m.in. o unijne akty wywierające skutki prawne wobec osób trzecich, fizycznych i prawnych. Słabą stroną sięgnięcia do tej procedury jest jej ograniczenie do aktów unijnego prawa pochodnego.

Być może niezbędne stanie się wyodrębnienie nowej procedury lub uzupełnienie procedury prejudycjalnej, choć wówczas konieczne byłoby chyba dokonanie zmiany w postanowieniach odpowiednich artykułów TFUE, a więc sięgnięcie do traktatu rewizyjnego. Może to stać się jednak konieczne. Sprawy objęte tym aspektem mechanizmu współpозwania będą co prawda bardzo rzadkie³⁵, niemniej dotyczą one fundamentalnych spraw związanych z relacją systemu EKPC i autonomią systemu prawnego Unii Europejskiej. Przejrzystość w tej dziedzinie musi więc zostać zagwarantowana.

4. Powiązania instytucjonalne: reprezentacja Unii w organach Europejskiej Konwencji Praw Człowieka

4.1. Sędzia „unijny” w Europejskim Trybunale Praw Człowieka

Umowa akcesyjna nie odnosi się w sposób szczególny do procedury wyboru sędziego, który będzie reprezentował Unię w ETPC, do jego statusu i zakresu obowiązków. Nie było to konieczne, bowiem w tym zakresie obowiązują Unię odpowiednie postanowienia EKPC,³⁶ tak jak każdą pozostałą stroną Konwencji. Tak więc – stosownie do art. 20 EKPC – Unię będzie reprezentował w ETPC jeden sędzia („Trybunał składa się z sędziów, których liczba równa jest liczbie Wysokich Układających się Stron”). W stosunku do tego sędziego obowiązują wymogi określone w art. 22 EKPC oraz reguły dotyczące kadencji i odwołania określone w art. 23 EKPC.

Stosownie do postanowień art. 22 EKPC sędzia proponowany przez Unię będzie wybierany przez Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy większością głosów, spośród listy trzech kandydatów przedłożonych przez UE. Art. 6 Umowy akcesyjnej uzupełnia powyższe postanowienia, zapewniając delegacji Parlamentu Europejskiego UE prawo udziału w Zgromadzeniu Parlamentarnym Rady Europy i głosowania wówczas, gdy wybierani są na podstawie art. 22 EKPC sędziowie ETPC (ust. 1). Delegacja Parlamentu Europejskiego ma przy tym

35. Z analiz przeprowadzonych na rzecz negocjacji nad Umową akcesyjną wynika, że z dotychczas rozpatrywanych przez ETPCz. spraw jedynie trzy mogłyby kwalifikować się do objęcia mechanizmem przypozwania: 1) *Matthews v. United Kingdom*, 2) *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi v. Ireland* i 3) *Cooperative Producentenorganisatie van de Nederlandse Kokkelvisserij U.A. v. the Netherlands*.

36. *Draft Explanatory Report* (wyżej przyp. 2) punkt 69.

liczyć tylu członków, ilu liczy delegacja państwa mającego najmocniejszą reprezentację w Zgromadzeniu Parlamentarnym. Stosownie do art. 26 Statutu Rady Europy najwyższą liczbę przedstawicieli w Zgromadzeniu Parlamentarnym – po 18 – mają: Francja, Niemcy, Rosja, Włochy i Zjednoczone Królestwo. Tylu też przedstawicieli będzie liczyła delegacja Parlamentu Europejskiego³⁷.

Szczegółowe warunki udziału delegacji Parlamentu Europejskiego w stosownych posiedzeniach Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy mają być uregulowane przez Zgromadzenie „we współpracy” z Parlamentem Europejskim (art. 6 ust. 2 Układu akcesyjnego). Stosowne uzgodnienia między obu instytucjami zostały podjęte podczas trwania negocjacji nad Umową akcesyjną³⁸ i znajdują wyraz w regulaminie wewnętrznym Zgromadzenia Parlamentarnego. Z drugiej strony natomiast w regulaminie wewnętrznym Parlamentu Europejskiego będzie uregulowana procedura wyłaniania delegacji Parlamentu, które będzie uczestniczyć w stosownych posiedzeniach Parlamentu Europejskiego³⁹.

4.2. Zakres reprezentacji Unii Europejskiej w Komitecie Ministrów Rady Europy

Komitet Ministrów jest jednym z zasadniczych organów Rady Europy,⁴⁰ w którym reprezentowane są wszyscy jej członkowie – każdy ma jednego przedstawiciela, któremu przysługuje jeden głos (art. 14 Statutu Rady Europy). Unia Europejska nie stanie się co prawda na mocy Umowy akcesyjnej członkiem Rady Europy, niemniej Komitet Ministrów spełnia istotne funkcje w ramach EKPC. W szczególności Komitet Ministrów „czuwa” na wykonaniu wyroków ETPC (art. 46 EKPC), „czuwa” nad wykonaniem warunków polubownego załatwienia sprawy, potwierdzonych w decyzji ETPC (art. 39 EKPC), może zwracać się do ETPC o wydanie opinii doradczej w kwestiach prawnych dotyczących wykładni Konwencji i jej Protokołów (art. 47 EKPC) oraz decyduje – na wniosek Zgromadzenia plenarnego ETPC – o zmniejszeniu liczby sędziów w izbach Trybunału (art. 26 ust. 2 EKPC). Niezależnie od tego Komitet Ministrów spełnia jeszcze szereg innych zadań związanych z wykonaniem Konwencji⁴¹.

Z tego względu zapewnienie udziału przedstawiciela Unii Europejskiej w Komitecie Ministrów jest niezbędne. Reguluje to art. 7 ust. 1 Umowy akcesyjnej, stosownie do którego przedstawiciel taki uczestniczy w Komitecie w zakresie, w jakim Komitet podejmuje decyzje w sprawach:

37. *Ibidem*, punkt 67.

38. *Ibidem*, punkt 68.

39. *Draft Explanatory Report* (wyżej przyp. 2).

40. Por. Rozdział IV Statutu Rady Europy, Londyn, 5 maja 1949 r., DzU 1994, nr 118, poz. 565.

41. Por. *Draft Explanatory Report* (wyżej przyp. 2) punkt 71.

- a) objętych wspomnianymi wyżej artykułami 26 ust. 2, 39 ust. 4, 46 ust. 2 do 5 lub art. 47 EKPC;
- b) dotyczących przyjęcia protokołów do Konwencji;
- c) dotyczących przyjęcia lub wykonania każdego innego środka lub dokumentu skierowanego do ETPC lub do wszystkich stron Konwencji, względnie dotyczącego wykonywania przez Komitet lub Zgromadzenie Parlamentarne funkcji na podstawie Konwencji.

Umowa akcesyjna nie rozstrzyga o tym, przedstawiciel jakiej instytucji względnie organu unijnego będzie reprezentował Unię w Komitecie Ministrów⁴². Statut Rady Europy w art. 14 stwierdza, że przedstawicielami członków Rady Europy w Komitecie są ministrowie spraw zagranicznych, względnie – gdy nie może on być obecny – wyznaczony zastępca („którym, jeśli to możliwe, będzie członek jego rządu”). Ponieważ, jak wspomniano, problemu tego nie rozstrzygnęła Umowa akcesyjna, jest on sprawą wewnętrzną decyzji Unii Europejskiej. Kontekst art. 14 Statutu wskazywałby na Wysokiego Przedstawiciela do Spraw Zagranicznych i Polityki Bezpieczeństwa, niemniej sprawa przestrzegania praw podstawowych jest jedynie jednym z aspektów jego kompetencji i odnosi się do stosunków zewnętrznych Unii Europejskiej, a więc nie dotyczy istoty problemu w przypadku akcesu Unii do EKPC.

Najistotniejszym problemem, związanym z udziałem przedstawiciela UE w Komitecie Ministrów przy decydowaniu w powyższych sprawach, zwłaszcza związanych z nadzorowaniem przez Komitet wykonania wyroków ETPC (art. 46 EKPC) i warunków polubownego załatwienia sprawy (art. 39 ust. 4 EKPC), było uzgodnienie formuły podejmowania decyzji przez Komitet. Zważyć bowiem należy, że państwa członkowskie UE wraz z przedstawicielem Unii w Komitecie stanowią 28 na łączną liczbę 48 członków Komitetu, a w sprawach objętych kompetencją Unii będą głosowali w sposób skoordynowany. Należało więc tak ustalić formuły podejmowania decyzji, aby zapewnić „efektywność wykonywania przez Komitet Ministrów jego funkcji nadzorczej określonej w artykułach 39 i 46 Konwencji” (art. 7 ust. 2 Umowy akcesyjnej)⁴³.

Problem ten reguluje ust. 2 art. 7 Umowy akcesyjnej. W początkowym stadium negocjacji kwestie te miały być objaśnione w specjalnej deklaracji. Niemniej jednak, ze względu na wymóg przejrzystości i pewności prawnej, zdecydowano

42. Nie odnosi się do tej sprawy również *Draft Explanatory Report* (wyżej przyp. 2).

43. Por. również *ibidem*, punkt 73.

podczas ostatniej, ósmej rundy negocjacji, na włączenie stosownych postanowień do Umowy akcesyjnej (ust. 2 art. 7)⁴⁴.

Przedevším w art. 7 ust. 2 lit. a. Umowy akcesyjnej odniesiono się do podejmowania przez Komitet Ministrów decyzji w ramach nadzoru wykonania wyroków lub warunków polubownego załatwienia sprawy, będących następstwem spraw, w których pozwaną była sama Unia Europejska lub w których była współpozwaną (*co-respondent*). W takim przypadku od regulacji unijnych („traktatów UE”) zależy, czy przedstawiciel Unii Europejskiej oraz przedstawiciele jej państw członkowskich wyrażać będą w głosowaniu stanowisko w sposób skoordynowany („*in a coordinated manner*”). Z drugiej jednak strony postanowienia lit. a. ust. 2 art. 7 Umowy akcesyjnej podkreślają, że należy w taki sposób dostosować „Zasady Komitetu Ministrów w sprawie nadzorowania wykonania wyroków oraz warunków polubownego załatwienia spraw”,⁴⁵ aby „zapewnić, że Komitet Ministrów będzie efektywnie wykonywał swoje funkcje w powyższych okolicznościach”⁴⁶.

W tym celu sprecyzowano formuły głosowania w przypadkach nadzorowania przez Komitet Ministrów wyroków względnie warunków polubownego załatwienia spraw będących następstwem współpozwania (art. 7 ust. 2 lit. a.): „Zasady ...” uzupełniono o „Zasadę 18”⁴⁷, stosownie do której w przypadku gdy Komitet Ministrów nadzoruje wykonanie zobowiązań albo przez samą Unię Europejską, albo przez Unię Europejską oraz jedno lub więcej państw członkowskich UE, ustalono generalną zasadę (Zasada 18 lit. a/), iż decyzję Komitetu uważa się za podjętą o ile na jej rzecz wypowiedziała się zwykła większość jego członków reprezentujących te Wysokie Układające się Strony, które nie są członkami UE. Od tej generalnej zasady są przewidziane dwa istotne wyjątki:

- a) w przypadku decydowania przez Komitet w kwestii zwrócenia się z wnioskiem do ETPC o opinię doradczą (Zasada 10) oraz sprawach o wykonanie obowiązków wyroku oraz (Zasada 11) decyzję Komitetu uważa się za podjętą o ile na jej rzecz wypowiedziało się dwie trzecie jego członków reprezentujących te Wysokie Układające się Strony, które nie są członkami UE (Zasada 18 lit. b/);

44. *Meeting report* (wyżej przyp. 3) punkt 11.

45. *Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and the terms of friendly settlements. Adopted by the Committee of Ministers at the 964th meeting of the Deputies, on 10 May 2006.*

46. Szczegółowy komentarz na ten temat: *Draft Explanatory Report* (wyżej przyp. 2) punkty od 75 do 79.

47. *Draft Rules to be added to the Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and the terms of friendly settlements. Draft Legal Instruments on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights. 8th Working Meeting of the CDDH Informal Working Group on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights (CDDH-UE) with the European Commission. Strasbourg, Monday 20 June-Friday 24 June 2011. CDDH-UE(2011)16prov. Punkt II. Komentarz na ten temat: Meeting report (wyżej przyp. 3) punkt 12.*

b) w przypadku decydowania przez Komitet w sprawie „*final resolutions*” (Zasada 17)⁴⁸ sprecyzowano formułę głosowania w ten sposób, iż dla podjęcia decyzji przez Komitet wymagane jest nie tylko spełnienie warunków określonych w art. 20 d. Statutu Rady Europy – dla podjęcia decyzji wymagana jest „większość dwóch trzecich oddanych głosów i większość przedstawicieli uprawnionych do zasiadania w Komitecie”, lecz również, aby na jej rzecz oddano zwykłą większość oddanych głosów członków reprezentujących te Wysokie Układające się Strony, które nie są członkami UE (Zasada 18 lit. c/).

Zważyć należy, że powyższe formuły głosowania określone są jedynie w „Zasadach Komitetu Ministrów w sprawie nadzorowania wykonania wyroków oraz warunków polubownego załatwienia spraw”, przyjmowanych przez sam Komitet, a nie w Umowie akcesyjnej czy EKPC. W przyszłości będą więc mogły być modyfikowane przez Komitet, bez potrzeby rewizji Umowy akcesyjnej względnie EKPC⁴⁹.

Kolejne postanowienia ust. 2 art. 7 Umowy akcesyjnej (litery b. i c.) mają wytyczyć granice określające zakres oddziaływania prawa UE w stosunku do działań Unii oraz jej państw członkowskich w odniesieniu do nadzorowania przez Komitet Ministrów wykonania obowiązków wynikających z EKPC przez państwa członkowskie UE oraz strony Konwencji nie będące państwami członkowskimi UE⁵⁰. Pierwszy z regulowanych przypadków (art. 7 ust. 2 lit. b. Umowy akcesyjnej)⁵¹ dotyczy nadzorowania przez Komitet Ministrów wykonania obowiązków wynikających z EKPC przez państwo członkowskie UE. O ile na mocy Traktatów stanowiących podstawę Unii nie ma ona w odpowiednich dziedzinach kompetencji, wykluczone jest zajmowanie przez Unię stanowiska oraz prawo głosowania w takich sprawach. W takich przypadkach Traktaty stanowiące podstawę Unii nie zobowiązują państw członkowskich UE do zajmowania stanowiska i głosowania w sposób skoordynowany. W drugim natomiast przypadku (art. 7 ust. 2 lit. c. Umowy akcesyjnej)⁵² chodzi o sytuację, w której Komitet nadzoruje wykonania obowiązków wynikających z EKPC przez państwo nie będące członkiem UE. Wówczas – podkreślono – Traktaty stanowiące podstawę UE nie zobowiązują państw członkowskich Unii do zajmowania stanowiska lub głosowania w sposób skoordynowany, nawet jeżeli Unia Europejska zajmie w danej sprawie stanowisko lub skorzysta z prawa do głosowania. Zaznaczyć należy,

48. Stosownie do postanowień art. 20 d. Statutu Rady Europy ta formuła podejmowania decyzji dotyczy „Wszystkich innych uchwał Komitetu ...”.

49. *Draft Explanatory Report* (wyżej przyp. 2) punkt 79.

50. *Meeting report* (wyżej przyp. 3) punkt 13.

51. *Draft Explanatory Report* (wyżej przyp. 2) punkt 80.

52. *Ibidem*, punkt 81.

że w tej ostatniej kwestii nie uzyskano zgody podczas ostatniej, ósmej rundy negocjacyjnej: niektórzy uczestnicy negocjacji wskazywali, że CDDH powinien jeszcze rozważyć inne możliwe rozwiązania, w szczególności w ogóle wyłączenie możliwości głosowania przez przedstawiciela Unii⁵³.

5. Inne problemy

5.1. Możliwość wnoszenia skarg na podstawie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka między Unią Europejską a jej państwami członkowskimi oraz między państwami członkowskimi Unii

W ramach EKPC możliwe jest wnoszenie skarg indywidualnych (art. 34 EKPC) oraz skargi jednej ze stron Konwencji w stosunku do innej strony, zarzucającej naruszenie przez nią postanowień Konwencji lub Protokołów (art. 33 EKPC). Dostosowanie postanowień Konwencji na mocy Układu akcesyjnego (art. 4 Umowy) objęło zmianę tytułu art. 33 EKPC z dotychczasowego („Sprawy międzypaństwowe”) na tytuł bardziej ogólny, uwzględniający również przystąpienie Unii Europejskiej do EKPC – „Sprawy między Stronami” („*Inter-Party cases*”). Odpowiednio – również na mocy art. 4 Umowy akcesyjnej – zmieniono także postanowienia art. 29 ust. 2 EKPC, stwierdzające w nowej wersji, że „W sprawie dopuszczalności i przedmiotu skarg między Stronami wniesionych w trybie art. 33 decyduje Izba.”⁵⁴.

Zmienione postanowienia art. 33 EKPC i Umowy akcesyjnej (art. 4) nie odnoszą się natomiast do istotnej kwestii, czy państwo członkowskie UE będzie mogło wnosić taką skargę w stosunku do innego państwa członkowskiego UE lub w stosunku do Unii, względnie czy Unia będzie mogła wnieść taką skargę w stosunku do jej państwa członkowskiego⁵⁵. Odpowiedź na to pytanie zależeć będzie od materii objętej skargą. Jeżeli materia skargi miałaby dotyczyć prawa Unii Europejskiej, z pewnością skarga taka nie jest dopuszczalna. Art. 344 TFUE zawiera jednoznaczne zobowiązanie państw członkowskich UE do „nie poddawania sporów dotyczących wykładni i stosowania Traktatów procedurze rozstrzygania innej niż w nich przewidziana”, przy czym nie ulega wątpliwości, że pojęcie „Traktatów” dotyczy wyłącznie TFUE i TUE (por. art. 1 akapit trzeci TUE i art. 1 ust. 2 TFUE). *Mutatis mutandis* zobowiązanie powyższe dotyczy nie tylko państw członkowskich UE lecz również Unii Europejskiej jako takiej (tu: jako strony EKPC). Do

53. *Meeting report* (wyżej przyp. 3) punkt 14.

54. *Ibidem*, punkt 63.

55. *Ibidem*, punkt 64.

art. 344 TFUE odwołuje się Protokół nr 8 w art. 3, stwierdzając, że akces Unii do EKPC (postanowień Umowy akcesyjnej) „nie może mieć wpływu” na art. 344 TFUE.

Potwierdzają taką interpretację postanowienia art. 5 Umowy akcesyjnej odnoszące się do art. 55 EKPC. Stosownie do art. 55 EKPC strony Konwencji zobowiązały się do niepoddawania „sporu powstałego w związku z interpretacją lub stosowaniem niniejszej Konwencji do rozpatrzenia w ramach innych sposobów rozstrzygania sporów niż przewidziane w niniejszej Konwencji”. Art. 5 Umowy akcesyjnej wyjaśnia m.in., że postępowania przed sądami unijnymi⁵⁶ nie mogą być rozumiane jako „inne sposoby rozstrzygania sporów” w rozumieniu art. 55 EKPC Tym samym wyjaśniono relacje między postanowieniami art. 344 TFUE i art. 55 EKPC⁵⁷.

Nic nie stoi natomiast na przeszkodzie, aby państwo członkowskie UE skierowało skargę na podstawie art. 33 EKPC w stosunku do innego państwa członkowskiego UE, zarzucając mu naruszenie postanowień EKPC lub Protokołów w materii nieobjętej prawem Unii Europejskiej. Niemniej jednak skarga taka nie może być skierowana w stosunku do Unii, również Unia nie może skierować tego rodzaju skargi w stosunku do jednego z jej państw członkowskich, jest ona bowiem uprawniona do działania jedynie w ramach powierzonych jej kompetencji („prawa Unii Europejskiej”). W tym zakresie natomiast miarodajny jest art. 344 TFUE.

Natomiast pozostałe państwa-strony EKPC (niebędące członkami UE) mogą kierować skargi w trybie art. 33 EKPC w materii objętej prawem Unii Europejskiej zarówno w stosunku do Unii jak również jej państw członkowskich (por. mechanizm współpозwania).

5.2. Sprecyzowanie wymogów dopuszczalności skargi na podstawie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka

Wśród wymogów dopuszczalności skargi indywidualnej art. 35 EKPC określa (w ust. 2 lit. b/), że nie może ona m.in. być „poddana innej międzynarodowej procedurze dochodzenia lub rozstrzygnięcia”. Jak wskazano, warunkiem przystąpienia Unii Europejskiej do EKPC jest zagwarantowanie jej autonomii kompetencyjnej (art. 6 ust. 2 TUE) oraz zagwarantowanie uprawnień jej instytucji, w tym sądów unijnych – art. 2 zdanie pierwsze Protokołu nr 8. Art. 5 Umowy

56. W art. 5 Umowy akcesyjnej użyto terminu „Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej”. Przypomnieć w związku z tym należy, że pojęcie „Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej” obejmuje – stosownie do art. 19 ust. 1 TUE – Trybunał Sprawiedliwości, Sąd UE i sądy wyspecjalizowane (obecnie: Sąd do Spraw Służby Publicznej UE). Por. M. GÓRSKI, *System sądowniczy Unii Europejskiej*, w: *System ochrony prawnej Unii Europejskiej*, red. A. WYROZUMSKA, wyd. 2, Warszawa 2010, V-1 nn.

57. *Draft Explanatory Report* (wyżej przyp. 2) punkt 66.

akcesyjnej objaśnia, że postępowania przez sądami unijnymi⁵⁸ nie stanowi „innej międzynarodowej procedury dochodzenia lub rozstrzygnięcia” w rozumieniu art. 35 ust. 2 lit. b/ EKPC. Jest to więc ważne wyjaśnienie, zwłaszcza z punktu widzenia określenia zasad współdziałania między ETPC i sądami unijnymi.

Zwrócić należy jeszcze uwagę, że postanowienia powyższe rozciągać się będą *mutatis mutandis* na postępowania przed innymi instytucjami unijnymi, zwłaszcza przed Komisją Europejską. W wydanym 1 lutego 2011 r. wyroku w sprawie Karoussiotis v. Portugal (nr 23205) ETPC orzekł, że postępowanie przed Komisją Europejską na podstawie art. 258 TFUE w sprawie uchybienia zobowiązaniom wynikającym z Traktatów stanowiących podstawę UE nie stanowi „innej międzynarodowej procedury dochodzenia lub rozstrzygnięcia” w rozumieniu art. 35 ust. 2 lit. b/ EKPC.⁵⁹ Może to dotyczyć również innych postępowań przez Komisją Europejską, zwłaszcza w dziedzinie reguł konkurencji (w których może pojawić się problem ochrony praw podstawowych, szczególnie prawa do sądu)⁶⁰.

Postanowienia art. 5 Umowy akcesyjnej odnoszą się jedynie do „postępowań przed Trybunałem Sprawiedliwości Unii Europejskiej” (przed sądami unijnymi). Wydaje się, że postanowienia te powinny jednak być bardziej jednoznaczne i odwoływać się zarówno do postępowań przed sądami unijnymi jak też przed innymi instytucjami i organami UE. Takie, szersze ujęcie uzasadniają zarówno postanowienia art. 2 Protokołu nr 8, zapewnienie przejrzystej procedury dopuszczalności skarg indywidualnych, jak również pojawiające się problemy praktyczne (por. wskazany wyżej wyrok ETPC).

6. Podsumowanie

Ustanowienie na mocy Traktatu z Lizbony podstawy prawnej przystąpienia Unii Europejskiej do EKPCz. i jednocześnie zobowiązanie Unii do takiego przystąpienia (art. 6 ust. 2 TUE) jest ważnym elementem (obok nadania Karcie Praw Podstawowych charakteru prawnego oraz utrzymania kompetencji TSUE do kreowania praw podstawowych jako zasad ogólnych prawa unijnego) generalnego umocnienia ochrony praw podstawowych w ramach Unii Europejskiej.

Postanowienia art. 6 ust. 2 TUE, Protokołu nr 8 i Deklaracji nr 2 (dołączonych do Traktatów stanowiących podstawę UE) precyzują merytoryczne przesłanki akcesji Unii Europejskiej do EKPC. Należą do nich z punktu widzenia prawa unijnego przede wszystkim respektowanie zakresu kompetencji Unii Europejskiej

58. Por. punkt 7.3.4.3.

59. *Draft Explanatory Report* (wyżej przyp. 2) punkt 65.

60. Na kwestię ochrony praw podstawowych w ramach postępowań w dziedzinie reguł konkurencji zwraca uwagę M. BERNAT, *Prawa zainteresowanych stron (innych niż państwa członkowskie) w postępowaniu w sprawie pomocy publicznej przyznanej bezprawnie*, rozprawa doktorska obroniona 15 kwietnia 2011 r. w Instytucie Nauk Prawnych PAN.

oraz autonomii jej systemu prawnego, wyrażającego się głównie w wyłączności TSUE do orzekania w sprawie interpretacji prawa UE i nieważności aktów unijnego prawa pochodnego oraz w sprawie podziału kompetencji między Unię i jej państwa członkowskie. Te zasadnicze przesłanki akcesu zostały skonkretyzowane na płaszczyźnie instytucjonalnej – akces UE do EKPC nie może wpłynąć na uprawnienia instytucji unijnych i procedur ich działania, Unia musi mieć zagwarantowany odpowiedni udział w organach kontrolnych EKPC, a współpraca między oboma Trybunałami musi respektować szczególny charakter porządku prawnego Unii. Jeśli chodzi natomiast o relacje między systemem EKPC a prawem UE, zasadniczym problemem jest zagwarantowanie prawidłowego kierowania skarg państw nienależących do UE w stosunku do Unii i jej państw członkowskich w przypadku zarzutu naruszenia przez prawo unijne standardów Konwencji, zagwarantowania właściwej odpowiedzialności w takim przypadku oraz zagwarantowanie, aby prawo unijne, nim stanie się przedmiotem wyroku ETPC, zostało wpięrow poddane ocenie z punktu widzenia zgodności z prawami podstawowymi na szczeblu unijnym przez TSUE (co uzasadnione jest zarówno autonomią prawa UE, jak zasadą subsydiarności rządzącą systemem EKPC).

Z punktu widzenia systemu EKPC szczególne znaczenia ma natomiast wspomniana wyżej zasada subsydiarności, której istota polega na tym, że zapewnienie przestrzegania standardów Konwencji na poziomie krajowym należy w pierwszym rzędzie do jej stron, natomiast ETPC ustala jedynie, czy strony Konwencji wywiązują się z tego zobowiązania. Z zasady autonomii prawa UE wynika w związku z tym wymóg (wspomniany wyżej) uprzedniej kontroli zgodności prawa unijnego z prawami podstawowymi na szczeblu unijnym, w tym również uwzględnienie specyfiki Unii, wyrażającej się w tym, że prawo unijne (prawo pierwotne i prawo pochodne stanowione przez instytucje unijne) jest w przeważającej mierze wykonywane przez państwa członkowskie na szczeblu krajowym.

Dotychczas (do czasu akcesu Unii do EKPC) nie istnieje możliwość kontrolowania prawa unijnego ze standardami EKPC, natomiast możliwość taka została potwierdzona w stosunku do środków krajowych wydanych przez państwa członkowskie UE w wykonaniu prawa unijnego. Potencjalny konflikt między obu systemami (wynikający przede wszystkim stąd, że państwa członkowskie UE są jednocześnie stronami EKPC) został ograniczony w wyniku – z jednej strony – przyjęcia w systemie Konwencji tzw. zasad orzecznictwa *Bosphorus*, stosownie do których ochrona praw podstawowych w ramach Unii Europejskiej ma „charakter ekwiwalentny” do ochrony wynikającej z Konwencji, w związku z czym ETPC nie ingeruje w dziedziny objęte prawem unijnym, chyba że ochrona praw podstawowych w ramach UE okazałaby się „oczywiście niedostateczna”. Z drugiej zaś strony potencjalny konflikt między obu systemami został zminimalizowany

w wyniku odwoływania się w orzecznictwie TSUE przede wszystkim do standardów EKPC w toku kreowania praw podstawowych jako zasad ogólnych prawa unijnego, służących w ramach systemu UE kontroli legalności aktów unijnego prawa pochodnego i objętych kompetencją UE środków krajowych. Zakres potencjalnego konfliktu między obu systemami ulegnie dalszemu, istotnemu ograniczeniu w wyniku nadania charakteru prawnego Karcie Praw Podstawowych, której postanowienia muszą być interpretowane zgodnie ze standardami EKPC.

Zasadnicze znaczenie w rozwiązaniu powyższych dylematów ma przede wszystkim ustanowiony na mocy Umowy akcesyjnej, nowy mechanizm współpозwania. Wyjaśnia on bowiem zakres udziału Unii Europejskiej i jej państw członkowskich jako adresatów skarg zarzucających naruszenie przez prawo unijne (względnie środki krajowe podejmowane w wykonaniu prawa unijnego) standardów EKPC, jednocześnie przyczyniając się do zagwarantowania efektywności systemu EKPC (zapobiega możliwości odrzucenia tego typu skarg *ratione personae*). Z drugiej strony mechanizm ten wyjaśnia co do zasady odpowiedzialność pozwanych za naruszenie standardów Konwencji, wyrok ETPC wiąże bowiem zarówno stronę pozwaną jak i współpozwaną. Ewentualne wskazanie strony wyłącznie ponoszącej odpowiedzialność pozostawione jest tym stronom (a więc Unii i jej państwom członkowskim).

Otwarta natomiast pozostaje sprawa sprecyzowania w Unii Europejskiej postępowania przed TSUE, które zagwarantowałoby, że w każdym przypadku, w którym środek krajowy wykonujący prawo UE staje się przedmiotem skargi do ETPC, uprzednio unijna podstawa prawna tego środka zostaje oceniona przez TSUE co do zgodności z prawami podstawowymi. Procedura prejudycjalna (art. 267 TFUE) w obecnym kształcie nie gwarantuje w pełni realizacji powyższego warunku. Rozważane są różne warianty usprawnienia tej procedury i uwzględnienie wykorzystania procedury w sprawie zbadania legalności unijnego aktu prawnego (art. 263 TFUE). Być może niezbędne jednak stanie się wyodrębnienie nowej procedury względnie uzupełnienie procedury prejudycjalnej, choć wówczas konieczne byłoby chyba dokonanie zmiany w postanowieniach odpowiednich artykułów TFUE, a więc sięgnięcie do traktatu rewizyjnego. Sprawy objęte tym aspektem mechanizmu współpозwania będą co prawda bardzo rzadkie, niemniej dotyczą one fundamentalnych kwestii związanych z relacją systemu EKPC i autonomią systemu prawnego Unii Europejskiej. Przejrzystość w tej dziedzinie musi więc zostać zagwarantowana.

Zawarte w Umowie akcesyjnej rozwiązania instytucjonalne odpowiadają wymogom sformułowanym po stronie unijnej oraz zasadom współdziałania systemu EKPC oraz Unii Europejskiej w warunkach przystąpienia Unii do Konwencji. Dotyczy to statusu sędziego „unijnego” w ETPC, reprezentacji Unii Europejskiej

w Komitecie Ministrów Rady Europy oraz warunków wnoszenia przez Unię wkładu finansowego z tytułu udziału w systemie Konwencji. Paralelnie jednak do procesu wiązania się przez Unię Europejską Umową akcesyjną, po stronie Unii musi zostać podjętych szereg regulacji „dopełniających”. Chodzi o decyzje o różnym ciężarze gatunkowym: po pierwsze o decyzje proceduralne o charakterze „technicznym” – uzgodnienie zasad udziału delegacji Parlamentu Europejskiego UE w posiedzeniach Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy oraz zasad wyłaniania takiej delegacji z grona deputowanych do Parlamentu Europejskiego UE; po drugie o decyzje proceduralne o istotnym znaczeniu instytucjonalnym – określenie procedury wyłaniania trzech kandydatów unijnych na sędziego ETPC oraz wskazania, przedstawiciel której instytucji unijnej będzie reprezentował Unię w Komitecie Ministrów Rady Europy; w końcu – po trzecie – chodzi o niezmiernie istotną decyzję w sprawie sprecyzowania procedury przed TSUE, która gwarantować będzie, że we wszystkich przypadkach orzekania ETPC w sprawie zgodności prawa UE ze standardami EKPC uprzednio stosownej oceny prawa unijnego dokona TSUE.

Znaczenie zwrotu *id quod interest* dla problemu oszacowania odszkodowania w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania przez sprzedawcę zobowiązania z kontraktu kupna-sprzedaży w klasycznym prawie rzymskim Wybrane przykłady

Obowiązek odszkodowawczy po stronie sprzedawcy powstawał, co do zasady, z chwilą niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, wynikającego ze skutecznie zawartego kontraktu kupna-sprzedaży. Z uwagi na fakt, że przysługujące stronom kontraktu *emptio-venditio* skargi należały do *bonae fidei iudicia*¹, a wynikające z jego zawarcia zobowiązanie opiewało na *incertum*, co znajdowało wyraz w *intentio* formuły (*quidquid ob eam rem N^m N^m A^o A^o dare facere oportet ex fide bona*), rozmiar zasądzzonego odszkodowania, stanowiącego procesowe urzeczywistnienie roszczenia o wykonanie zobowiązania², podlegał sędziowskiemu uznaniu (*condemnatio incerta*)³. *Condemnatio incerta* mogła przybierać różne warianty, w zależności od pozostawionych sędziemu wytycznych, odnoszących się do oznaczenia: maksymalnej wysokości zasądzzonego odszkodowania (*condemnatio cum taxatione*⁴, *condemnatio dumtaxat de peculio*⁵; *condemnatio quod in eius rem versum est*⁶), wartości rzeczy przy zasądzaniu odszkodowania (*quanti*

1. EP. 299.

2. W. LITEWSKI, *Słownik encyklopedyczny prawa rzymskiego*, Warszawa 1998, 66, s.v. *damnum*.

3. W. LITEWSKI, *Rzymski proces cywilny*, ZN UJ Prace Prawnicze 123, Kraków 1988, 54.

4. G. 4.43: *Condemnatio est ea pars formulae, qua iudici condemnandi absolvendive potestas permittitur, velut haec pars formulae: iudex, N^m N^m A^o A^o sestertium decem milia condemna. si non paret, absolve; item haec: iudex, N^m N^m A^o A^o dumtaxat decem milia condemna, si non paret, absolvo (...)*

5. G. 4.72a: *Est etiam de peculio et de in rem verso actio a praetore constituta. Licet enim negotium ita gestum sit cum filio servove, ut neque voluntas neque consensus patris dominive intervenerit, si quid tamen ex ea re, quae cum illis gesta est, in rem patris dominive versum sit, quatenus in rem eius versum fuerit, eatenus datur actio. At si nihil sit versum, praetor dat actionem dumtaxat de peculio, et edictum utitur his verbis.*

6. G. 4.72a.

ea res est czy *quanti ea res erit*)⁷ albo też w zależności od dodatkowej funkcji, którą miało pełnić zasądzenie (*condemnatio in duplum, triplum, czy quadruplum*)⁸. Oprócz wskazanych wyżej wariantów *condemnatio incerta* istniała możliwość zasądzenia odszkodowania do wysokości wartościowanej subiektywnie szkody⁹, poniesionej przez powoda (*id quod interest*). Fakt, że samo wyrażenie *id quod interest* nie zostało przez jurystów *expressis verbis* sprecyzowane, wywołał w literaturze nie tylko romanistycznej dyskusję na temat jego etymologii¹⁰ oraz przypisywanego mu znaczenia w poszczególnych rozstrzygnięciach jurystów, jak również w procesie kształtowania się przesłanek i zasad odpowiedzialności odszkodowawczej sprzedawcy w nowożytnych porządkach prawnych¹¹. Zasądzenie odszkodowania w takim przypadku, podobnie jak we wskazanych wyżej, pozostawiano ustaleniu sędziego¹², co wobec braku szczegółowych wytycznych dotyczących dokonania oszacowania poniesionej szkody skutkowało koniecznością przeprowadzenia go indywidualnie, odrębnie w każdym rozpatrywanym przypadku. W związku z tym za trafny należy uznać pogląd głoszący, że zasądzenie odszkodowania *in id quod interest* nie było podporządkowane kryteriom formalnym, lecz stwarzało konieczność przeprowadzenia twórczej analizy wszystkich, a zatem prawnych i faktycznych okoliczności rozpoznawanego przypadku¹³.

Dalsze rozważania zostaną poświęcone omówieniu wybranych przypadków określenia odszkodowania, uwzględniającego utracone korzyści obok rzeczywistej szkody poniesionej przez kupującego na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania z kontraktu kupna-sprzedaży. W tym kontekście trafnie przypisuje się generalne znaczenie regulacji zawartej na wstępie dziewiętnastej księgi Digestów:

7. G. 4.163: *Namque si arbitrum postulaverit is, cum quo agitur, accipit formulam, quae appellatur arbitraria, et iudicis arbitrio si quid restitui uel exhiberi debeat, id sine periculo exhibet aut restituit et ita absolvitur; quod si nec restituat neque exhibeat, quanti ea res est, condemnatur (...)*; G. 4.47: *At illa formula, quae ita concepta est: Iudex esto. Si paret A^m A^m apud N^m N^m mensam argenteam deposuisse eamque dolo malo N^m N^m A^m redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam, iudex, N^m N^m A^m condemnato. si non paret, absolvito, in factum concepta est. Similes etiam commodati formulae sunt.*

8. G. 3.189: *Poena manifesti furti ex lege XII tabularum capitalis erat (...)* Sed postea inprobata est asperitas poenae, et tam ex serui persona quam ex liberi quadrupli actio praetoris edicto constituta est.; G. 3.190: *Nec manifesti furti poena per legem XII tabularum dupli invogatur, eamque etiam praetor conseruat*; G. 3.191: *Concepti et oblati poena ex lege XII tabularum tripli est, eaque similiter a praetore servatur.*

9. E. BETTI, NNDI, Torino 1962, t. 8, 133, s.v. *id quod interest*; H. HONSELL, *Römisches Recht*, Berlin-Heidelberg, 2010, 88 nn; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1996, 826.

10. H. Honsell wskazał, że wyrażenie nie wywodzi się od łacińskiego czasownika *intersum* (-fui, -esse), lecz ma swój początek w sformułowaniu *quod mea (tua etc.) in re est*. Por. TENZE, *Quod interest im bonae-fidei-iudicium. Studien zum römischen Schadensersatzrecht*, München 1969, 30.

11. D. MATHIOWETZ, *The Juridical Subject of 'Interest'*, 35 *The Political Theory* 4 (2007) 469 nn.

12. W recenzji monografii D. Medicusa, J.A.C. Thomas podkreślił doniosłość autonomii sędziego w wyznaczeniu należnego (*in id quod interest*) odszkodowania w procesie formularnym. Por. J.A.C. THOMAS (rec.), D. Medicus, *Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadenersatzes, Köln-Graz 1962*, JRS 54 (1964) 211.

13. Por. MATHIOWETZ, *The Juridical Subject* (wyżej przyp. 11) 474.

D. 19,1,1 pr. (Ulpian 28 *Sab.*):

Si res vendita non tradatur, in id quod interest agitur, hoc est quod rem habere interest emptoris: hoc autem interdum pretium egreditur, si pluris interest, quam res valet vel empti est.

Ulpian przedstawił oryginalne rozwiązanie kwestii odszkodowania w przypadku niewykonania przez sprzedawcę zobowiązania do wydania rzeczy kupującemu¹⁴. Przyznana kupującemu *actio empti in id quod interest* kierowana była na ustalenie odszkodowania, uwzględniającego nie rzeczywistą wartość rzeczy (*vera rei aestimatio*)¹⁵, ale obejmującego wszelkie korzyści, które kupujący wiązał z władaniem rzeczą. Oszacowane odszkodowanie miało uwzględniać osobiste oczekiwania poszkodowanego nawet wówczas, gdy jego utracona korzyść przewyższała obiektywną wartość rzeczy albo wysokość zapłaconej za nią ceny¹⁶. Podkreślenia wymaga również okoliczność, że odpowiedzialność odszkodowawczą przyjmowano, jak się wydaje, nawet wówczas gdy istniał tylko doraźny związek między powstaniem szkody a zdarzeniem ją wywołującym, wyczerpującym przesłanki niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania¹⁷.

W pierwszej kolejności zostaną przywołane te rozstrzygnięcia jurystów klasycznych, w których przesądzenie o obowiązku odszkodowawczym sprzedawcy implikowało konieczność takiego oszacowania jego wysokości, aby uwzględniało ono korzyści utracone przez kupującego bezpośrednio na skutek wystąpienia zdarzenia wywołującego szkodę. Typowy przypadek niewykonania zobowiązania ze strony sprzedawcy stanowiła zwłoka, będąca zawinionym opóźnieniem w spełnieniu świadczenia. Zasadnicze uprawnienia kupującego, wynikające z faktu popadnięcia kontrahenta w zwłokę, uprawniały go do żądania odszkodowania za powstałą w jej wyniku szkodę, obejmującą w szczególności: obniżenie wartości towaru, utratę zysku z odsprzedaży albo utratę jakiegokolwiek innej korzyści, której został pozbawiony skutkiem zawinionego przez sprzedawcę niedostarczenia towaru¹⁸. Pomponiusz, rozważając zwłokę sprzedawcy w dostarczeniu wina, pisał:

14. D. 19,4,1 pr. (Paulus 32 ed.): (...) *Emptor enim, nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito, venditori sufficit ob evictionem se obligare possessionem tradere et purgari dolo malo* (...).

15. D. 50,16,193 (Ulpian 38 ed.): *Haec verba 'quanti eam rem parat esse' non ad quod interest, sed ad rei aestimationem referuntur*; D. 50,16,179 (Ulpian 51 *Sab.*): *Inter haec verba 'quanti ea res erit' vel 'quanti eam rem esse parat' nihil interest: in utraque enim clausula placet veram rei aestimationem fieri*. Por. A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953, 761, s.v. *veritas*; N. LINDLEY, *Study of jurisprudence*, Philadelphia 1895, 126; N. MATTHEWS, *The Valuation of Property in the Roman Law*, 34 *Harvard Law Review* 3 (1921) 241 nn.

16. B. KUPISCH, *Id quod interest bei Nichterfüllung und Verzug des Verkäufers*, TR 43 (1975) 8.

17. C. SALKOWSKI, E. E. WHITFIELD, *Institutes and History of Roman Private Law with Catena of Texts*, New Jersey 2008, 524.

18. HONSELL, *Quod interest* (wyżej przyp. 10) 16 nn; SALKOWSKI, WHITFIELD, *Institutes and History* (wyżej przyp. 17) 520 nn.

D. 19,1,3,3 (Pomponiusz 9 *Sab.*):

Si per venditorem vini mora fuerit, quo minus traderet, condemnari eum oportet, utro tempore pluris vinum fuit, vel quo venit vel quo lis in condemnationem deducitur, item quo loco pluris fuit, vel quo venit vel ubi agatur.

Jurysta uznał, że za podstawę oszacowania wysokości odszkodowania powinno się przyjąć cenę wina z chwili lub z miejsca, w którym była wyższa. W odniesieniu do pierwszej przesłanki, stanowiącej bazę dla skalkulowania odszkodowania jurysta wskazał alternatywnie: moment, w którym wino zostało przeznaczone na sprzedaż, albo termin, w którym przedmiot sporu przedstawiono do zasądzenia. Analogiczne rozumowanie przyjął Pomponiusz w stosunku do miejsca, gdzie cena wina osiągała najwyższą wartość: podstawę obliczenia odszkodowania mogła stanowić cena z miejsca, w którym wino zostało wystawione na sprzedaż, albo z miejsca, w którym została wniesiona skarga. W związku z powyższym nasuwa się wniosek, że wysokość odszkodowania podlegająca oszacowaniu miała objąć wynagrodzenie szkody spowodowanej bezpośrednio¹⁹ (*damnum circa rem*) przez sprzedawcę w wyniku niedostarczenia towaru, obejmujące różnicę w cenie, którą osiągał we wskazanych alternatywnie czasie i miejscu. W takim razie można przyjąć, że oszacowane odszkodowanie powinno być obejmować zyski, które kupujący mogłoby odnieść z odsprzedaży wina, gdyby jego dostawa nastąpiła w terminie²⁰.

Do przypadku zwłoki sprzedawcy nawiązał również Paulus:

D. 19,1,21,3 (Paulus 33 *ed.*):

Cum per venditorem steterit, quo minus rem tradat, omnis utilitas emptoris in aestimationem venit, quae modo circa ipsam rem consistit: neque enim si potuit ex vino puta negotiari et lucrum facere, id aestimandum est, non magis quam si triticum emerit et ob eam rem, quod non sit traditum, familia eius fame laboraverit: nam pretium tritici, non servorum fame necatorum consequitur. Nec maior fit obligatio, quod tardius agitur, quamvis crescat, si vinum hodie pluris sit, merito, quia sive datum esset, haberem emptor, sive non, quoniam saltem hodie dandum est quod iam olim dari oportuit.

Odwołał się, podobnie jak Pomponiusz w wyżej omówionym fragmencie, do sytuacji zawnionego przez sprzedawcę niewykonania zobowiązania w następstwie

19. J.L. BARTON, *Contractual Damages and the Rise of Industry*, 7 Oxford Journal of Legal Studies 1 (1987) 41.

20. KUPISCH, *Id quod interest* (wyżej przyp. 16) 3.

zwłoki w dostarczeniu towaru²¹. Rozstrzygnięcia Paulusa i Pomponiusza w zasadzie nie odbiegają od siebie, gdy chodzi o określenie przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej sprzedawcy. Pomponiusz za podstawę oszacowania odszkodowania przyjął wprost korzystniejsze dla kupującego ze względu na osiąganą cenę towaru, czas i miejsce, natomiast Paulus podkreślił, że oszacowaniu podlega wszelka korzyść kupującego (*omnis utilitas emptoris*) towarzysząca samej rzeczy. Odwołując się do przypadku rozważanego wcześniej przez Pomponiusza (*quamvis crescat, si vinum hodie pluris sit, merito*) podzielił jego pogląd, zaznaczając jednak, że wierzytelność (kupującego) nie powiększa się na skutek tego, że skarga została wniesiona później (*nec maior fit obligatio, quod tardius agitur*).

Paulus przeprowadził konkretyzację przesłanek oszacowania odszkodowania, wyłączając poza jego zakres: potencjalne zyski, które kupujący mógłby odnieść z handlu winem (*neque enim si potuit ex vino puta negotiari et lucrum facere, id aestimandum est*), jak również wartość niewolników, którzy zmarliby z głodu na skutek niedostarczenia przez sprzedawcę pszenicy (*nam pretium tritici, non servorum fame necatorum consequitur*). Tym samym podstawa oszacowania *in id quod interest* została przez jurystę ograniczona do przypadku szkody bezpośredniej (*damnum circa rem*)²², czyli takiej, w odniesieniu do której możliwe było wykazanie, iż jej powstanie stanowiło normalne następstwo niewykonania przez dłużnika zobowiązania.

W rozważaniach dotyczących zakresu odpowiedzialności sprzedawcy w przypadku niedostarczenia rzeczy sprzedanej niezbędna wydaje się analiza następującego fragmentu:

D. 19,1,23 (Julian 13 dig.):

Si quis servum, quem cum peculio vendiderat, manumiserit, non solum peculii nomine, quod servus habuit tempore quo manumittebatur, sed et eorum, quae postea acquirit, tenetur et praeterea cavere debet, quidquid ex hereditate liberti ad eum pervenerit, restitutu iri. Marcellus notat: illa praestare venditor ex empto debet, quae haberet emptor, si homo manumissus non esset: non continebuntur igitur, quae, si manumissus non fuit, adquisiturus non esset.

21. Niezależnie od tego, czy cytowany fragment kwalifikowano w literaturze jako autentyczny – V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, Napoli 1956, t. 2, 233 nn; KUPISCH, *Id quod interest* (wyżej przyp. 16) 16, czy interpolowany – F. HEYMANN, *Haftung für unmittelbaren und mittelbaren Schaden beim Kauf*, w: *Studi in onore di Pietro Bonfante*, Milano 1930, t. 2, 450 nn, między innymi w odniesieniu do jego treści rozpoczęła się w średniowieczu trwająca po dziś dzień dyskusja nad problemem dopuszczalności oraz przesłanek przyjęcia odpowiedzialności za *damnum extra rem* przez sprzedawcę, w wyniku niewykonania przez niego zobowiązania z zawartego skutecznego kontraktu kupna-sprzedaży. Pojęcie *interest intra rem* utożsamiano z oszacowaniem wartości rzeczy (a w konsekwencji odszkodowania) w oparciu o jej obiektywną wartość, na którą składało się przede wszystkim dokonanie wyceny jej cech fizycznych, podczas gdy pojęcie *interest extra rem* oznaczało definitywnie wykroczenie poza obowiązek przeprowadzenia obiektywnego oszacowania jakości rzeczy. MATHIOWETZ, *The Juridical Subject* (wyżej przyp. 11) 477.

22. J. MACKINTOSH, *The Roman Law of Sale with Modern Illustrations*, Edinburgh 1907, 192; MATTHEWS, *The Valuation of Property* (wyżej przyp. 15) 245-246.

Julian rozważając przypadek dokonania przez sprzedawcę wyzwolenia niewolnika, którego wcześniej sprzedał razem z *peculium*, ale nie wydał kupującemu, przyjął odpowiedzialność odszkodowawczą sprzedawcy wskazując, że był zobowiązany świadczyć nie tylko do wysokości wartości *peculium*, którym zarządzał niewolnik do chwili wyzwolenia (*interest intra rem*)²³, lecz odpowiadał również za to, co ów niewolnik nabył później, zatem już po dokonaniu sprzedaży, a przed wyzwoleniem²⁴. Zdaniem jurysty sprzedawca powinien dodatkowo złożyć uroczyste przyrzeczenie wydania sprzedawcy wszystkiego, co przypadłoby mu ze spadku po wyzwoleniu (*interest extra rem*)²⁵. Następnie przywołane zostało stanowisko Marcellusa, będące swego rodzaju korektą poglądu Juliana. Marcellus przyjął bowiem odpowiedzialność odszkodowawczą sprzedawcy obejmującą obowiązek świadczenia (równowartości) tego, co uzyskałby kupujący, gdyby nie doszło do wyzwolenia niewolnika. Dokonał wyraźnego wyłączenia z zakresu odszkodowania wszystkich korzyści, które nie miałyby przypaść niewolnikowi, gdyby nie został wyzwolony²⁶. Z kolei Neracjusz przyjął zakrojoną szerzej niż u Juliana odpowiedzialność sprzedawcy:

D. 19,1,31,1 (Neracjusz 3 *membra*):

*Et non solum quod ipse per eum adquisiti praestare debeo, sed et id, quod emptor iam tunc sibi tradito servo adquisiturus fuisset*²⁷.

Jurysta uznał, że odszkodowanie należne *ex empto* kupującemu, w przypadku niewydania niewolnika po dokonaniu jego sprzedaży, powinno obejmować wszystko to, co sprzedawca nabył przez tego niewolnika – i to nabył od czasu,

23. MATHIOWETZ, *The Juridical Subject* (wyżej przyp. 11) 477.

24. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita* (wyżej przyp. 21) 231; MEDICUS, *Id quod interest* (wyżej przyp. 12) 41. Trudno się natomiast zgodzić z poglądem wyrażonym w MACKINTOSH, *The Roman Law of Sale* (wyżej przyp. 22) 195, zgodnie z którym Julian dokonał „podwójnego” oszacowania odszkodowania, ponieważ spadek należy patronowi po wyzwoleniu był, zdaniem tego autora, tym samym, co (niewolnik) otrzymał później. Wyrażenie *postea adquisit* należy odnieść do okresu między niewykonaniem przez sprzedawcę zobowiązania polegającego na obowiązku wydania niewolnika a jego wyzwoleniem, nie zaś do okresu po dokonaniu wyzwolenia.

25. MATHIOWETZ, *The Juridical Subject* (wyżej przyp. 11) 477-478.

26. W literaturze dyskutowano o przyczynach przyjęcia przez Juliana tak szeroko zakrojonej odpowiedzialności odszkodowawczej sprzedawcy. Pojawił się pogląd, MACKINTOSH, *The Roman Law of Sale* (wyżej przyp. 22) 194-195, zarzucający Julianowi oczywisty błąd w rozumowaniu, polegający na przyjęciu z jednej strony odpowiedzialności odszkodowawczej z tytułu niewykonania zobowiązania wynikającego z zawartego kontraktu kupna-sprzedaży, a z drugiej na uznaniu obowiązku udzielenia gwarancji wydania kupującemu tego, co miałby ewentualnie otrzymać sprzedawca ze spadku po wyzwoleniu. Z kolei D. Medicus podkreślił, że jego zdaniem dokonanie oszacowania odszkodowania we wskazany sposób przez tak znakomitego jurystę, jak Julian, byłoby prawie niemożliwe i wskazał, że powodem akceptacji takiego rozwiązania była przyjęta przez jurystę koncepcja odszkodowania, odnosząca się do uznania za jego podstawę wartości konkretnej rzeczy, TENŻE, *Id quod interest* (wyżej przyp. 12) 42, zaś V. Arangio-Ruiz uzasadniał przyjęte przez Juliana rozwiązanie powołując się na, jego zdaniem bardzo istotną dla tamtego jurysty, potrzebę zapewnienia kupującemu w ramach odszkodowania ekwiwalentu możliwych do uzyskania korzyści, TENŻE, *La compravendita* (wyżej przyp. 21) 231 przyp. 1. Por. K.H. BELOW, *Die Haftung für lucrum cessans im römischen Recht*, München 1964, 98.

27. Por. D. 19,1,13,18 (Ulpian 32 *ed.*): *Si quid servo distracto venditor donavit ante traditionem, hoc quoque restitui debet: hereditates quoque per servum adquisitae et legata omnia, nec distinguendum, cuius respectu ista sint relicta. Item quod ex operis servus praestitit venditori, emptori restituendum est, nisi ideo dies traditionis ex pacto prorogatus est, ut ad venditorem operae pertinerent.*

gdy powinien zostać wydany, jak również wartość tego, co mogłoby przypaść kupującemu przez tego niewolnika, gdyby został mu wydany. Zatem odpowiedzialność odszkodowawcza sprzedawcy w przypadku niewykonania zobowiązania, nawet *sine dolo malo*²⁸, rodziła obowiązek zapłaty odszkodowania obejmującego także utracone przez kupującego w wyniku niedostarczenia towaru korzyści.

Jurysprudencja klasyczna знаła również sytuacje, w których odpowiedzialność sprzedawcy *in id quod interest* była niezależna nie tylko od zastosowania przez niego podstępu, mogącego skutkować powstaniem szkody w majątku kupującego, ale nawet od nieświadomego wprowadzenia kontrahenta w błąd. Tego przypadku dotyczy tekst Paulusa, pochodzący z księgi trzydziestej trzeciej jego „Komentarza do edyktu”:

D. 19,1,21,2 (Paulus 33 *ed.*):

Quamvis supra diximus, cum in corpore consentiamus, de qualitate autem dissentiamus, emptionem esse, tamen venditor teneri debet, quanti interest non esse deceptum, etsi venditor quoque nesciet: veluti si mensas quasi citreas emat, quae non sunt.

Cytowany fragment stanowił przedmiot badań romanistycznych w kontekście spójności jego treści z poglądami jurysprudencji klasycznej w zakresie odpowiedzialności sprzedawcy za wprowadzenie kupującego w błąd (*error in qualitate*)²⁹, jak również w zakresie określenia merytorycznych odniesień między nim a, jak się wydaje, pozostającym z nim w sprzeczności innym fragmentem autorstwa Paulusa, pochodzącym z piątej księgi jego „Komentarza do dzieł Sabinusa”:

D. 18,1,10 (Paulus 5 *Sab.*):

*Aliter atque si aurum quidem fuerit, deterius autem quam emptor existimaret: tunc enim emptio valet*³⁰.

28. Arg. ex D. 19,1,31 pr. (Neracjusz 3 *membr.*): *Si ea res, quam ex empto praestare debebam, vi mihi adempta fuerit: quamvis eam custodire debuerim, tamen propius est, ut nihil amplius quam actiones persequendae eius praestari a me emptori oporteat, quia custodia adversus vim parum proficit. Actiones autem eas non solum arbitrio, sed etiam periculo tuo tibi praestare debebo, ut omne lucrum ac dispendium te sequatur.*

29. Chodzi przede wszystkim o kwalifikację zawartego w ten sposób kontraktu jako nieważnego, a nadto o obliczenie wysokości odszkodowania w zależności od faktu, czy sprzedawca wiedział o wadach rzeczy, czy też był ich nieświadom. Por. D. 18,1,41,1 (Julian 3 *Urs. Fer.*): *Mensam argento coopertam mihi ignoranti pro solida vendidisti imprudens: nulla est emptio pecuniaque eo nomine data condicetur* oraz fragment D. 19,1,13 pr. (Ulpian 32 *ed.*), który będzie przedmiotem analizy w dalszej części tej pracy. Por. P. STEIN, *Fault in the Formation of Contract in Roman Law and Scots Law*, Edinburgh 1958, 44-46; 52.

30. Por. D. 18,1,9,2 (Ulpian 28 *Sab.*): *Inde quaeritur, si in ipso corpore non erratur, sed in substantia error sit, ut puta si acetum pro vino veneat, aes pro auro vel plumbum pro argento vel quid aliud argento simile, an emptio et venditio sit. Marcellus scripsit libro sexto digestorum emptioem esse et venditionem, quia in corpus consensus est, etsi in materia sit erratum. Ego in vino quidem consentio, quia eadem prope ousia est, si modo vinum acuit: ceterum si vinum non acuit, sed ab initio acetum fuit, ut embamma, aliud pro alio isse videtur. In ceteris autem nullam esse venditionem puto, quotiens in materia erratur.*

W nawiązaniu do kwestii wprowadzenia kupującego w błąd dotyczący istotnych właściwości rzeczy należy stwierdzić, że treść fragmentu D. 19,1,21,2 wskazuje, że w konsekwencji uznania przez Paulusa zawartego kontraktu kupna-sprzedaży za skuteczny, na sprzedawcy ciążył obowiązek odszkodowawczy wobec kupującego, sięgający do granic korzyści, których ten ostatni nie osiągnął w związku z pozostawaniem w błędzie. Przyjmując założenie autentyczności tekstu³¹, warto zauważyć, że obowiązek odszkodowawczy spoczywał na sprzedawcy niezależnie od faktu, czy błąd ten stanowił wynik jego niewiedzy, czy też oszukańczego działania z jego strony (*venditor teneri debet ... etsi venditor quoque nesciet*). Źródeł tak zakrojonego obowiązku upatrywano odwołując się albo do naruszenia przez sprzedawcę koniecznej w kontaktach handlowych zasady zaufania do kontrahenta³², albo przyjmując, że we wskazanym przez jurystę przypadku musiało dojść do wyraźnego lub przynajmniej dorożumianego wskazania, że stanowiąca przedmiot kontraktu *res vendita* posiada określone właściwości³³. W pierwszym przypadku odpowiedzialność *in id quod interest* sprzedawcy była skorelowana z koniecznością ochrony jego uzasadnionego przekonania o występowaniu określonych przymiotów sprzedawanej rzeczy, nawet w braku otrzymania jakiegokolwiek zapewnienia od sprzedawcy³⁴.

Jeżeli chodzi o relację dwóch przytoczonych wyżej tekstów autorstwa Paulusa, warto zwrócić uwagę na fakt, że za być może wyłącznie pozorną ich sprzecznością stoi odmienne znaczenie, przyjęte przez jurystę dla pojęcia *qualitas*. Gdyby bowiem przyjąć (D. 18,1,10), że wada sprzedawanego złota polegała na obniżeniu jego próby na skutek domieszki metalu niższej jakości, oznaczałoby to, że ponieważ złoto pozostawało złotem, wada nie dotyczyła istotnych cech rzeczy sprzedawanej, lecz tylko jej właściwości (jakości) o mniejszym znaczeniu. Oznaczałoby to, że o istotnym *error in qualitate* można mówić jedynie wówczas,

31. W literaturze podważano autentyczność tekstu, w szczególności końcowy fragment: (...) *veluti si menses quasi citreos emat, quae non sunt*, zdaniem części autorów wskazuje na daleko posuniętą interpolację w tekście. Por. STEIN, *Fault in the Formation of Contract* (wyżej przyp. 29) 46; J.G. WOLF, *Error in römisches Vertragsrecht*, Köln-Graz 1961, 109 przyp. 75.

32. G. Impallomeni uzasadniał konieczność poniesienia przez sprzedawcę odpowiedzialności *in id quod interest* faktem braku udzielenia przez sprzedawcę kupującemu ostrzeżenia, że sprzedawane stoły, choć wyglądające jak z cedru, nie były z niego wykonane. G. IMPALLOMENI, *Applicazioni del principio dell'affidamento nella vendita romana*, SDHI 21 (1955) 179.

33. MACKINTOSH, *The Roman Law of Sale* (wyżej przyp. 22) 190.

34. Uczeni wskazują, że w okresie klasycznym doszło do ugruntowania, przypisywanego Labeonowi stwierdzenia odnoszącego się do rozszerzenia edyktałnych reguł odpowiedzialności za wady towaru na inne niż wskazane w edyktie przypadki (D. 21,1,1 pr. Ulpian 1 ed. aed. cur.: *Labeo scribit edictum aedilium curulium de venditionibus rerum esse tam earum quae soli sint quam earum quae mobiles aut se moventes*), w wyniku czego wykształcił się autonomiczny, choć wzorowany na edyktałnym, reżim odpowiedzialności sprzedawcy za występowanie określonych cech (właściwości) rzeczy sprzedawanych. Por. D. 18,1,45 (Marcjan 4 reg.); D. 19,1,6,4 (Pomponiusz 9 Sab.); D. 19,1,13 pr. (Ulpian 32 ed.); D. 19,1,21,2 (Paulus 33 ed.); Por. A. ROGERSON, *Implied Warranty against Latent Defects in Roman and English Law*, w: *Studies in the Roman Law of Sale. Dedicated of the memory of F. De Zulueta*, red. D. DAUBE, Oxford 1959, 117-118; A. M. HONORÉ, *The History of the Aedilitian Actions from Roman to Roman-Dutch Law*, w: *Studies in the Roman Law of Sale...*, 143; H. JOLOWICZ, B. NICHOLAS, *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, London 1972, 294.

gdy określona jakość była błędnie przypisywana przedmiotowi kontraktu, w wyniku czego była uznawana za należącą do innej niż dotąd kategorii towarów³⁵.

Wobec powyższego zachodzi pytanie o powód, dla którego Paulus przyjął niezależną od *dolus* odpowiedzialność odszkodowawczą sprzedawcy w przypadku sprzedaży stołów wykonanych z innego drewna, niż sądził sprzedawca? Tego typu błąd w kontekście wyżej cytowanego tekstu nie powinien być kwalifikowany jako błąd istotny, niemniej jednak jurysta przyjął rozszerzoną odpowiedzialność odszkodowawczą sprzedawcy. Stało się tak być może z tego powodu, że w opisywanym przypadku nie chodziło o występowanie określonej jakości (właściwości) drewna cedrowego, lecz o oczekiwanie kupującego dotyczące wykonania mebli właśnie z tego gatunku drewna. Podstawę przyjęcia przez Paulusa obowiązku odszkodowawczego *in id quod interest* po stronie sprzedawcy mogła stanowić okoliczność, że stanowiące zbyt drogi element wystroju stoły wykonane z drewna cedrowego osiągały zawrotne ceny³⁶, w związku z czym kupujący miał uzasadnione podstawy, aby oczekiwać (udzielenia wprost lub w sposób dorozumiany) gwarancji³⁷ występowania określonej cechy (*qualitas*).

Do faktu posiadania przez rzecz sprzedawaną określonych właściwości nawiązywał również Marcjan, który przyjął odpowiedzialność sprzedawcy *in id quod interest* w przypadku sprzedania przezeń odnowionych ubrań jako nowych:

D. 18,1,45 (Marcjan 4 *reg.*):

Labeo libro posteriorum scribit, si vestimenta interpola quis pro novis emerit, Trebatio placere ita emptori praestandum quod interest, si ignorans interpola emerit. Quam sententiam et Pomponius probat, in qua et Iulianus est, qui ait, si quidem ignorabat venditor, ipsius rei nomine teneri, si sciebat, etiam damni quod ex eo contingit: quemadmodum si vas aurichalcum pro auro vendidisset ignorans, tenetur, ut aurum quod vendidit praestet.

Przyjęte przez jurystę rozstrzygnięcie wyraźnie odbiega od omówionego wyżej, radykalnego rozwiązania przyjętego przez Paulusa (D. 19,1,21,2). Marcjan, podzielając pogląd Juliana, różnicował wysokość podlegającego oszacowaniu odszkodowania w zależności od tego, czy sprzedawca dokonał sprzedaży będąc świadomym właściwości oferowanego towaru, czy też pozostawał odnośnie do tego w niewiedzy. W obydwu sytuacjach przyjął odpowiedzialność sprzedawcy *in id quod interest* z tym jednak, że w przypadku, gdy sprzedawca nie uświadamiał

35. Tak F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlin 1840, t. 3, 277-279.

36. HONSELL, *Quod interest* (wyżej przyp. 10) 101.

37. E. M. BURCHELL, *Honest Misrepresentation and Damages*, South African Law Journal 67 (1950) 121.

sobie braku występowania określonych cech towaru, miał odpowiadać jedynie za różnicę w cenie między towarem, który posiadałby wskazane cechy, a tym sprzedanym. Rozszerzona odpowiedzialność obejmująca obowiązek świadczenia odszkodowania za wszelką wynikłą z tak wykonanej sprzedaży szkodę kupującego została przypisana sprzedawcy, który jej dokonał znając rzeczywisty stan towaru.

Należy podkreślić, że akceptowana przez jurystów rozszerzona odpowiedzialność sprzedawcy w drugim przypadku nie może być jednoznacznie kojarzona z występowaniem *dolus* po jego stronie. W literaturze dyskutowano, czy podstawa odpowiedzialności sprzedawcy za szkody powstałe w następstwie świadomej sprzedaży towaru pozbawionego określonych właściwości tkwiła w przypisywanym mu oszukańczym działaniu, czy też opierała się na przekonaniu o udzieleniu przez sprzedawcę, wyraźnie lub przynajmniej w sposób dorozumiany, gwarancji posiadania przez sprzedawany towar określonych cech (właściwości)³⁸. Z pewnością w oparciu o przywołany fragment nie sposób jednoznacznie przesądzić o podstawie odpowiedzialności sprzedawcy, powodującej obowiązek świadczenia odszkodowania w większej wysokości. Pewną wskazówkę interpretacyjną może stanowić następujący fragment z dzieł Ulpiana:

D. 19,1,13 pr. (Ulpian 32 *ed.*):

Ulpianus libro quinto decimo inter eum, qui sciens quid aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione ex empto: ait enim, qui pecus morbosum aut tignum vitiosum vendidit, si quidem ignorans fecit, id tantum ex empto actione praestaturum, quanto minoris essem empturus, si id ita esse scissem: si vero sciens reticuit et emptorem decepit, omnia detrimenta, quae ex ea emptione emptor traxerit, praestaturum ei: sive igitur aedes vitio tigni corruerunt, aedium aestimationem, sive pecora contagione morborum pecoris perierunt, quod interfuit idonea venisse erit praestandum.

Jurysta przytoczył stanowisko Juliana w kwestii odpowiedzialności odszkodowawczej sprzedawcy w przypadku sprzedaży wadliwego towaru. Ten ostatni wyraźnie różnicował odpowiedzialność *ex empto* sprzedawców w zależności od tego, czy ów towar sprzedawali niezamierzenie, czy intencjonalnie. W pierwszym przypadku – a zatem gdy sprzedawca sprzedał chore bydło lub spróchniałe drzewo, nie wiedząc o wadach sprzedawanych rzeczy – jego odpowiedzialność na podstawie skargi z kupna opiewać miała na odszkodowanie stanowiące różnicę pomiędzy ceną sprzedaży a ceną, którą zapłaciłby kupujący, gdyby o wadach wiedział³⁹ (*id tantum ex empto actione praestaturum, quanto minoris essem*

38. HONSELL, *Quod interest* (wyżej przyp. 10) 94; IMPALLOMENI, *Applicazioni del principio dell' affidamento* (wyżej przyp. 32) 166; MACKINTOSH, *The Roman Law of Sale* (wyżej przyp. 22) 96; STEIN, *Fault in the Formation of Contract* (wyżej przyp. 29) 51.

39. R. EVANS-JONES, G. MACCORMACK, *Sale of res extra commercium in Roman Law*, ZSS 112 (1995) 346.

empturus, si id ita esse scissem)⁴⁰. Jednak gdyby sprzedawca wiedząc o wadach towaru, zataił je przed kupującym, jego odpowiedzialność sprowadzałaby się do świadczenia kupującemu odszkodowania za wszelkie szkody, które poniósł w wyniku dokonanego kupna⁴¹ (*si vero sciens reticuit et emptorem decepit, omnia detrimenta, quae ex ea emptione emptor traxerit, praestaturum ei ...*). Odszkodowanie w omawianych przypadkach objąć miało oszacowaną wartość budynku, który uległ zawaleniu wskutek użycia do jego skonstruowania spróchniałych belek albo wszelkie szkody, które poniósł kupujący w wyniku pomoru bydła na skutek kontaktu z chorymi sztukami.

Jurysta posłużył się wyrażeniem *et emptorem decepit*, które wskazując na *dolus* po stronie sprzedawcy rozstrzyga o przyjęciu rozszerzonej odpowiedzialności odszkodowawczej wobec kupującego. Polegała ona na obowiązku wynagrodzenia kupującemu strat wynikających ze szkody pośredniej (*damnum extra rem*), czyli powstałej następnie, stanowiącej pośredni skutek jego działania⁴². Analogicznie przedstawiała się zdaniem jurysty odpowiedzialność sprzedawcy w razie dokonania sprzedaży niewolnika przy zamierzonym zatajeniu jego wad: skłonności do ucieczki albo złodziejstwa:

D. 19,1,13,1 (Ulpian 32 *ed.*):

Item qui furem vendidit aut fugitivum, si quidem sciens, praestare debebit, quanti emptoris interfuit non decipi: si vero ignorans vendiderit, circa fugitivum quidem tenetur, quanti minoris empturus esset, si eum esse fugitivum scisset, circa furem non tenetur: differentiae ratio est, quod fugitivum quidem habere non licet et quasi evictionis nomine tenetur venditor, furem autem habere possumus.

Zamierzone zatajenie defektów sprzedawanego niewolnika nosiło znamiona *dolus*. Wyrażenie *quanti emptoris interfuit non decipi* jest dość niejasne, gdy chodzi o określenie rozmiaru odszkodowania, niemniej można wnioskować, że obejmowało ono korzyści, które odniósłby kupując towar pozbawiony wad, a które utracił w związku z tym, iż został oszukany⁴³. Doprecyzowaniem znaczenia tego wyrażenia zajął się sam jurysta:

40. W oparciu o ten fragment źródłowy, w piśmiennictwie rozważano interesujący problem dopuszczalności oraz ewentualnej podstawy odpowiedzialności odszkodowawczej *ex empto* sprzedawcy do granic tzw. ujemnego interesu umownego, określanego współcześnie przez porównanie stanu majątku poszkodowanego, który powstał na skutek dążenia do zawarcia albo zawarcia umowy, ze stanem majątkowym, który istniałby, gdyby umowa nie została zawarta. Por. HONSELL, *Quod interest* (wyżej przyp. 10) 74; MEDICUS, *Id quod interest* (wyżej przyp. 12) 128; M. TALAMANCA, ED, Milano 1993, t. 46, *s.v. vendita*, 442; a niedawno N. DONADIO, *Garanzia per i vizi della cosa e responsabilità contrattuale*, w: *Kaufen nach Römischem Recht*, red. E. JAKAB, W. ERNST, Berlin-Heidelberg 2008, 67 ze wskazaną obszernie literaturą.

41. R. EVANS-JONES, G. MACCORMACK, *Sale of res extra commercium* (wyżej przyp. 39) 346.

42. BARTON, *Contractual Damages* (wyżej przyp. 19) 41.

43. HONORÉ, *The History of the Aedilician Actions* (wyżej przyp. 34) 138; MACKINTOSH, *The Roman Law of Sale* (wyżej przyp. 22) 168 nn.

D. 19,1,13,2 (Ulpian 32 *ed.*):

Quod autem diximus ' quanti emptoris interfuit non decipi', multa continet, et si alios secum sollicitavit ut fugerent, vel res quasdam abstulit.

Ulpian wskazał potencjalny zakres odszkodowania należnego kupującemu w związku z utraconymi przezeń na skutek oszustwa korzyściami. Obejmuje on straty wynikające z faktu nakłaniania przez tego (skłonnego do ucieczki) niewolnika innych niewolników do ucieczki albo spowodowane dokonaniem przez niego kradzieży rzeczy należących do kupującego. Dopelnienie rozważań prowadzonych przez jurystę w zakresie odpowiedzialności odszkodowawczej sprzedawcy w przypadku nienależytego wykonania zobowiązania wynikającego z zawartego kontraktu kupna-sprzedaży stanowi następujący fragment:

D.19,1,13,3 (Ulpian 32 *ed.*):

Quid tamen si ignoravit quidem furem esse, adseveravit autem bonae frugi et fidum et caro vendidit? Videamus, an ex empto teneatur. Et putem teneri. Atqui ignoravit: sed non debuit facile quae ignorabat adseverare. Inter hunc igitur et qui scit praemonere debuit furem esse, hic non debuit facilis esse ad temerariam indicationem.

Ulpian analizował przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej sprzedawcy w sytuacji sprzedaży towaru wadliwego w razie złożenia przez niego – nieświadomego występowania określonej wady – zapewnienia o określonych właściwościach rzeczy sprzedawanej. Jurysta rozpatrywał, czy ponosił odpowiedzialność *ex empto* sprzedawca, który nie wiedząc o tym, że sprzedawany niewolnik był złodziejem, sprzedał go jako uczciwego, słownego oraz skromnego. Stwierdził, że sprzedawca nie powinien niefrasobliwie składać oświadczeń o cechach towaru, o których występowaniu nie wiedział. Jurysta dostrzegł brak istotnej różnicy między przypadkiem, gdy sprzedawca wiedząc o wadach towaru przemilcza je⁴⁴, a sytuacją, gdy nie znając wad towaru składa oświadczenie o posiadanych przezeń zaletach. Z przytoczonego tekstu nie wynika jednoznacznie zakres odpowiedzialności sprzedawcy wobec kupującego. Nie sposób z pewnością stwierdzić czy chodziło o odpowiedzialność odszkodowawczą analogiczną do tej, którą ponosił sprzedawca w przypadkach omówionych wcześniej (D. 19,1,13 pr.-2), czy też sprowadzała się ona wyłącznie do obowiązku obniżenia ceny. Wydaje się natomiast, że z uwagi na fakt wprowadzenia przez jurystę – opartego na porównaniu do przypadku wcześniej omówionego – uzasadnienia rozstrzygnięcia o przyjęciu odpowiedzialności *ex empto* sprzedawcy, można wnioskować o uznaniu jego odpowiedzialności *in id quod interest*.

44. Por. D. 19,1,4 pr. (Paulus 5 Sab.): *Si servum mihi ignoranti, sciens furem vel noxium esse, vendideris, quamvis duplam promiseris, teneris mihi ex empto, quanti mea intererit scisse, quia ex stipulatu eo nomine agere tecum non possum antequam mihi quid abesset.*

Analiza przedstawionych wyżej rozstrzygnięć jurystów klasycznych, stanowiących o podstawach występowania odpowiedzialności odszkodowawczej sprzedawcy oraz o przesłankach szacowania wysokości odszkodowania w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania z kontraktu kupna-sprzedaży pozwala wnioskować, że odpowiedzialność *ex empto in id quod interest* nie była przez jurystów klasycznych pojmowana jednolicie. Wynikało to przede wszystkim z faktu, że sami juryści nie poszukiwali ogólnych rozstrzygnięć, które mogłyby znaleźć zastosowanie w przypadkach niewykonania albo nienależytego wykonania zobowiązania przez sprzedawcę. W związku z tym poszukiwaniu jakichkolwiek generalnych rozstrzygnięć musi towarzyszyć konieczność prowadzenia analizy przyczyn przyjęcia określonych ustaleń w konkretnych przypadkach⁴⁵. Dopiero w ten sposób prowadzone badania pozwalają, jak się wydaje, na osiągnięcie niesfałszowanego wyniku oraz na wiarygodne stwierdzenie istnienia określonych zależności.

Można pokusić się o sformułowanie tezy, że stosowane chętnie przez jurystów klasycznych wyrażenie *id quod interest* generalnie wyznaczało tendencję do określenia odszkodowania uwzględniającego całkowitą⁴⁶ lub częściową⁴⁷ utratę korzyści, pozostającą w bezpośrednim⁴⁸ lub tylko pośrednim⁴⁹ związku ze zdarzeniem wywołującym szkodę. Ponadto dostrzec można, że odszkodowanie mogło zostać kupującemu przyznane bez względu na *dolus* sprzedawcy⁵⁰, na podstawie samego tylko domniemanego udzielenia gwarancji posiadania przez rzecz określonych właściwości.

45. Por. MATTHEWS, *The Valuation of Property* (wyżej przyp. 15) 233-234.

46. D. 18,1,45 (Marcjan 4 *reg.*) *in principio*.

47. D. 18,1,45 (Marcjan 4 *reg.*) *in fine*.

48. D. 19,1,21,3 (Paulus 33 *ed.*).

49. D. 19,1,13 pr. (Ulpian 32 *ed.*).

50. D. 19,1,21,2 (Paulus 33 *ed.*).

Forma „czysto” prywatnoprawna czynności zagranicznej dotyczącej przeniesienia własności nieruchomości położonej w Polsce a czynności notarialne polskiego konsula

Fiunt enim de his scripturae, ut quod actum est per eas facilius probari poterit.

Dokumenty sporządza się po to, aby czynności dały się łatwiej udowodnić

(*Gaius sing. form. hypoth.* – D. 20,1,4)

1. Przedmiotem niniejszej refleksji będzie określenie możliwości zastosowania „czystej” prywatnoprawnej formy czynności zagranicznej (tj. odzwierciedlonej bez dokonania jakiegokolwiek notarialnego lub urzędowego poświadczenia podpisu na dokumencie) i dokonania na jej podstawie skutecznego w obrocie notarialnym ustanowienia pełnomocnictwa do przeniesienia własności nieruchomości położonej w Polsce, a nawet dokonania w takiej formie niegdyś (według nieaktualnego już dziś stanu prawnego z wykorzystaniem możliwości wynikających z art. 12 PPM z 1965 r.¹) za granicą samej czynności przenoszącej własność nieruchomości. Inspiracją dla tekstu były działania podejmowane przez obywateli polskich przebywających na stałe lub czasowo na terytorium Tajlandii, gdzie specyficzny system prawny nie daje możliwości uzyskania obcej formy urzędowej dla dokumentów dotyczących przeniesienia własności nieruchomości², a polskie prawo i praktyka konsularna zdecydowanie uniemożliwia lub utrudnia dokonania czynności takiej w świetle prawa krajowego jako prawa

1. DzU 1965, nr 46, poz. 290.

2. W Tajlandii nie ma notariuszy ani notariuszy publicznych i możliwości uzyskania przez cudzoziemca urzędowej formy czynności w zasadzie nie istnieją. Jest tam przy tym praktycznie zupełna swoboda jeżeli chodzi o formę czynności dotyczących przeniesienia własności nieruchomości. Wszelkie czynności przenoszące własność nieruchomości oraz ustanawiające nań prawa rzeczowe dokonywane są w zwykłej formie pisemnej, taka forma czynności stanowi wystarczającą podstawę rejestracji tych czynności w rejestrze funkcjonującym na poziomie centralnym (Departament Gruntów tajskiego Ministerstwa Spraw Wewnętrznych). Ponadto obywatel obcy nie jest w stanie przed tajlandzkim urzędnikiem uzyskać jakiegokolwiek dokumentu urzędowego odzwierciedlającego treść dokonanej czynności – urzędnicy ci mogą dokonywać jedynie poświadczeń podpisów obywateli Tajlandii. Artykuł ten powstał w sporym stopniu na kanwie dyskusji w formie wymiany korespondencji z panem Albertem W. Nowakiem (obywatelem polskim zamieszkałym od dwóch dekad w Bangkoku), który napotkał na istotne problemy, wynikające z obowiązującego stanu prawnego a związane z zastosowaniem czynności konsularnych w Tajlandii oraz uznaniem czynności dokonanych na terytorium Tajlandii przez polskie władze krajowe.

państwa wysyłającego³. Należy tym samym zastanowić się jakie trudności dla obywateli polskich dokonujących za granicą czynności prawnych rodzą się w związku z zaistniałą sytuacją i na ile może być ona rozwiązana przez dość elastyczne, w przypadku pełnomocnictw⁴, regulacje art. 25 nowej ustawy prawo prywatne międzynarodowe z 2011 r.⁵

2. Problem zarysowany powyżej nie jest zagadnieniem nowym – już orzeczenie SN z roku 1950 r.⁶ wyraźnie poruszyło tę kwestię. Choć wydane na bazie zupełnie odrębnego stanu prawnego (pod rządami ustawy PPM z 1926 r.⁷ i ustawy o organizacjach konsulatów i o czynnościach konsulów z 1924 r.⁸), właściwie zachowywało w pełni swoją aktualność pod rządami PPM z 1965 r. i obowiązującej ustawy o funkcjach konsulów⁹ i, co więcej, stanu tego nie zmieniło wejście w życie nowego PPM i zapewne nie zmieni również przewidywana kompleksowa zmiana ustawy konsularnej¹⁰. Odnosząc się do kwestii braku podstaw do stawiania wymogu legalizacji dokumentów prywatnych Sąd Najwyższy *volens nolens* odniósł się do skuteczności czynności dokonanych zagranicą w formie prywatnoprawnej¹¹. Swoją drogą regulacje przedwojenne (na których oparte jest orzeczenie z 1950 r.) znacznie ograniczały szanse zastosowania dokumentów w formie prywatnoprawnej odzwierciedlających treść czynności zagranicznych.

3. Czynności konsularne o charakterze notarialnym są w świetle obowiązującej ustawy o funkcjach konsulów (DzU 2002, nr 215, poz. 1823 ze zm.) dość trudne do wykonania przez konsula. Do czynności z art. 19 ogólnie niezbędne jest zgodnie z art. 22 upoważnienie *en bloc* wydane przez Ministra Spraw Zagranicznych w porozumieniu z Ministrem Sprawiedliwości, do sporządzenia aktu notarialnego zaś, zgodnie z art. 19 ust. 4, pisemne upoważnienie wydane *ad casum* przez Ministra Sprawiedliwości na wniosek Ministra Spraw Zagranicznych.

4. Wraz z zastąpieniem ustawy prawo prywatne międzynarodowe z 1965 r. nową ustawą z 2011 r. doszło do istotnej zmiany systemowej w zakresie skuteczności formalnej m.in. czynności rozporządzających dotyczących nieruchomości położonych w Polsce. Wyeliminowano wskutek przyjęcia obowiązującej obecnie treści art. 25 ustawy właściwość prawa *loci actus* co do formy takich czynności. Tym samym zerwano z bardzo liberalną treścią art. 12 PPM z 1965 r., wracając po części do rozwiązań znanych już w kolizyjnej ustawie międzywojennej.

5. DzU 2011, nr 80, poz. 432.

6. Orzeczenie Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 22 sierpnia 1950 r., C 142/50, OSN 1952, nr 1, poz. 7.

7. DzU 1926, nr 101, poz. 581. Por. art. 5 i 6 ust. 3 ustawy.

8. DzU. 1924, nr 103, poz. 944. Art. 18 tejże ustawy mówił, że „konsulowie ... legalizują dokumenty, wystawione lub uwierzytelnione przez władze, urzędników publicznych i osoby zaufania publicznego (notariuszów, tłumaczyw sądownie zaprzysiężonych itp.)” stanowił więc co do efektu regulację tożsamą z art. 21 obecnie obowiązującej ustawy o funkcjach konsulów ograniczającym legalizację jedynie do dokumentów urzędowych.

9. DzU 2002, nr 215, poz. 1823 z późn. zm.

10. Ustawa (określana roboczo) o konsulach i konsulatach RP jest w fazie prac wewnątrzresortowych – według założeń kodyfikacyjnych ustawa ta zastąpi obecnie obowiązującą ustawę o funkcjach konsulów i zawierać będzie w jednym obszernym akcie prawnym większość materii konsularnej łącznie z materią obecnie rozporządzeniową (np. konsulowie honorowi). Projekt wstępny nie zakłada szczególnych zmian w zakresie aktywności notarialnej konsulów RP.

11. Cyt: „(...) W uzasadnieniu zarzutów (...) [strony] wyrażają pogląd, że pełnomocnictwo prywatne wystawione za granicą i nie zalegalizowane przez konsula Rzeczypospolitej Polskiej nie ma żadnego znaczenia, a wyrok opierający się na takim dokumencie jest dotknięty nieważnością, która nie doznała usanowania przez przedstawienie w instancji apelacyjnej pełnomocnictwa zalegalizowanego. To zapatrywanie (...) jest bezpodstawne, gdyż żaden przepis prawa polskiego nie uzależnia ważności pełnomocnictwa wystawionego za granicą od jego legalizacji przez konsula. Legalizacja gra jedynie rolę, gdy chodzi o siłę dowodową dokumentu publicznego wystawionego za granicą, a nie o ważność zawartego w nim oświadczenia (...). Przy dokumentach prywatnych brak legalizacji nie wpływa nawet na ich siłę dowodową (...)”.

Rozstrzygnięcie sądu było więc bardzo liberalne i nie pozwalało dokonywać apriorycznej negatywnej weryfikacji czynności, powołując się na niepewność co do miejsca jej dokonania, jedynie w związku z jej „czysto” prywatnoprawną formą. Kwestia ta mogła wydawać się jeszcze niedawno finalnie rozstrzygnięta, tym bardziej, że regulacje PPM z 1965 r. zostały przyjęte jako dużo bardziej liberalne jeżeli chodzi o formę niż regulacje PPM z 1926 r. Teoretycznie zgodnie z art. 12 *in fine* ustawy prawo prywatne międzynarodowe z 1965 r. nawet czynność dokonana za granicą w prywatnoprawnej formie, o ile była ona zgodna z prawem *loci actus*, powinna być skuteczna co do formy przed organami krajowymi¹². Podobnie w przypadku czynności dokonanych po wejściu w życie nowego PPM, z zastrzeżeniem jednak, że niemożliwe jest dokonanie w zgodzie co do formy z prawem *loci actus* czynności rozporządzających dotyczących nieruchomości położonych w Polsce oraz powstawania, zmiany i likwidacji spółek. Nie dotyczy to wszelako pełnomocnictw – charakteryzują się one w świetle ustawy odrębnym statutem (art. 23) i nie ulega wątpliwości, że gdyby ustawodawca chciał zastosować do nich analogiczne ograniczenie, jak dla samych czynności rozporządzających, wyraźnie wspominałby to w treści art. 25 PPM.

W praktyce jednak kwestia ta budziła i budzi szereg wątpliwości. Osoba bowiem, która dokonuje czynności w obcym systemie prawnym niegwarantującym jej uzyskania formy urzędowej dokumentu odzwierciedlającego treści czynności, jest w zdecydowanie niepewnej sytuacji przed sądem, jeżeli przedmiotem czynności jest przeniesienie własności nieruchomości (mimo niegdyś braku regulacji ograniczających w tym zakresie co wynikało jeszcze niedawno w art. 12 PPM z 1965 r.) lub notariuszem, jeżeli przedmiotem jest ustanowienie pełnomocnictwa do takiej czynności. O ile w świetle PPM z 2011 r. ten pierwszy przypadek i tak już nie może mieć miejsca w praktyce, o tyle ten drugi nadal będzie tworzyć problemy. Kwestionowany jest bowiem fakt dokonania przezeń w ogóle czynności w obcym porządku prawnym, a przedstawianie dokumentu prywatnoprawnego, któremu trudno jednoznacznie przypisać krajowy lub zagraniczny charakter, przy jednoczesnym powołaniu się na odzwierciedlanie przezeń treści czynności zagranicznej dokonanej *ex lege loci actus*, traktowane jest jako podejrzane i stanowiące próbę obejścia krajowych przepisów dotyczących formy czynności. Notariusz krajowy właściwie nie ma możliwości faktycznych uznania takiego pełnomocnictwa i to z dwóch absolutnie odrębnych przyczyn – po

12. Wyraźnie potwierdziło to orzecznictwo Sądu Najwyższego w ostatnich latach - por. Orzeczenie SN z dnia 20 stycznia 1998 r., I CKN 345/97 (OSN 1998, nr 9, poz. 137, 39-43) oraz Orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 8 stycznia 2004 r., I CK 39/03 (OSN 2005, nr 2, poz. 33, 78-81 – orzeczenie to nie ma już znaczenia praktycznego w związku z wejściem w życie nowej ustawy prawo prywatne międzynarodowe z 2011 r.). W stanie prawnym stanowiącym podstawę do wydania tych orzeczeń treść czynności dokonanych zgodnie z prawem *loci actus* (pełnomocnictwa, czynności rozporządzającej) była jednakże odzwierciedlona w zagranicznych dokumentach urzędowych lub urzędowo poświadczonych, podlegających (jako odnoszących się do przeniesienia własności nieruchomości) legalizacji konsularnej.

pierwsze nie może przeprowadzać postępowania wyjaśniającego i dowodowego na potwierdzenie faktu sporządzenia tegoż pełnomocnictwa w, przykładowo, wspomnianej Tajlandii. Po drugie, nawet jeżeli fakt dokonania czynności w Tajlandii jest bezsporny, notariusz krajowy nie może przyjąć jakiegokolwiek domniemania faktycznego odnośnie zgodności formy czynności z prawem *loci actus*, a to jest jedyna dlań metoda ustalenia takiego stanu rzeczy (ponieważ nie może być inicjatorem postępowania o ustalenie treści prawa obcego wynikającego z art. 1143 KPC¹³, zarezerwowanego dla sądów). W typowej sytuacji, gdy treść czynności odzwierciedlona jest w dokumencie urzędowym lub urzędowo poświadczonym, notariusz ma pewność dokonania czynności za granicą i przyjmuje dość oczywiste domniemanie faktyczne, iż czynność dokonana przed obcym urzędnikiem została dokonana w zgodzie z prawem obcym. Sytuacja prywatnoprawnych pełnomocnictw z Tajlandii przed notariuszem polskim jest z przyczyn powyższych patowa i uniemożliwia skuteczne ich zastosowanie w krajowej przestrzeni prawnej – notariusz nie może uznać ich za skutecznie ustanowionych. W przypadku czynności rozporządzających dokonywanych w Tajlandii, dokonanych przed wejściem w życie nowej ustawy PPM z 2011 r. i podlegających rozpatrywaniu już przez polskie sądy wieczystoksięgowe w takim przypadku sytuacja uległa istotnej poprawie o tyle, że sąd mógł wystąpić o ustalenie treści prawa obcego zgodnie z art. 1143 KPC. Nie zawsze było to jednak oczywiste¹⁴. Natomiast dodatkowy problem tworzy bez wątpienia sam tryb występowania z wnioskiem o wpis do księgi wieczystej, który zdecydowanie formalizuje tryb postępowania i może zapobiec skutecznemu uznaniu czynności dokonanej w obcym porządku prawnym.

Należy zauważyć, że w świetle ustawy z 1926 r. wzięcie pod uwagę czynności tego typu przez sąd polski byłoby absolutnie niemożliwe. Co więcej na podstawie polskiego PPM z 1926 r. czynność taka byłaby nieskuteczna z dwóch różnych przyczyn. Jednej, zakazującej zgodnie z art. 5 *in fine* uznania czynności zagranicznej jako skutecznej co do formy, jeżeli czynność ta byłaby wątpliwa (brak formy urzędowej czynności odzwierciedlonej w dokumencie urzędowym z marszu w praktyce uważany był za wątpliwość dokonania tej czynności)¹⁵.

13. Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (DzU 1964, nr 43, poz. 296 ze zm.)

14. Co prawda Sąd Najwyższy w swojej uchwale z dnia 13 kwietnia 2007 r., (sygn. akt III CZP 21/07, OSNC 2008, nr 3, poz. 34) nałożył na sądy wieczystoksięgowe obowiązek ustalania zgodności formy czynności prawnej z prawem obcym, w świetle którego została dokonana, uchwała ta dotyczyła jednakże wyłącznie opatrzenia dokumentu klauzulami *apostille* wynikającymi z Konwencji (haskiej) znoszącej wymóg legalizacji zagranicznych dokumentów urzędowych (DzU 2005, nr 112, poz. 938). Interpretacja uchwały *a fortiori* względem dokumentów zupełnie nielegalizowanych, choć logiczna, w praktyce sądów nie musi być automatyczna. Można mieć tym samym istotne wątpliwości czy sąd krajowy, mając do czynienia z tego typu dokumentami wystąpi o ustalenie treści prawa obcego, czy też apriorycznie posłuży się zupełnie innymi argumentami (o których dalej w artykule), by nie uznać skuteczności zagranicznej czynności nie odzwierciedlonej w dokumencie urzędowo poświadczonym.

15. W tym kontekście zastanawiające jest orzeczenie SN z 1950 r. wspomniane w przypisie nr 6 i jego zgodność z ówczesnie obowiązującym prawem.

Po drugie art. 6 ust. 3 w ogóle zakazywał dokonywania za granicą czynności rozporządzających dotyczących nieruchomości w formie innej niż *ex lege causae* (aktu notarialnego)¹⁶. Nie wchodziły więc w ogóle nawet w teoretyczną rachubę możliwości dokonywania tego typu czynności na podstawie czynności zagranicznych odzwierciedlonych w dokumentach prywatnoprawnych.

W stanie prawnym obowiązującym w latach 1965-2011 sąd w zasadzie nie był skrupowany tego typu ograniczeniem. Trudno jednak wyobrazić sobie działanie sądu wieczystoksięgowego na podstawie dokumentu prywatnoprawnego. I w praktyce zasadniczo nie dochodziło nawet w ostatnich latach do dokonywania wpisów do ksiąg w zwykłym postępowaniu wieczystoksięgowym na podstawie dokumentów z Tajlandii. Nie udało się wykorzystać przy tym aktywności konsularnej – o czym dalej.

Zgodnie z ustawą o księgach wieczystych i hipotece¹⁷ (art. 31 ust. 1) określono charakter dokumentów, na podstawie których dokonany może być wpis. Należy przy tym zauważyć, że artykuł ten określa mechanizmy proceduralne odnoszące się do wpisu, nie podlegające weryfikacjom kolizyjnoprawnym. Czynność mogła więc podlegać co do formy dowolnym wymogom *ex lege loci actus*, natomiast jeżeli dokument odzwierciedlający tę czynność miał stanowić podstawę wpisu, to musi spełniać wymóg wynikający z art. 31 ust. 1 ustawy o księgach wieczystych i hipotece.

Innymi słowy fakt, że czynność została dokonana w formie *ex lege loci actus* nie oznacza *per se*, że dopuszczalna w postępowaniu wieczystoksięgowym jest każda miejscowa forma dokumentu jako podstawa wpisu. Art. 31 ust. 1 nie odnosi się do formy czynności (skuteczność tej w analizowanym przypadku niewątpliwie do 16 maja 2011 r. w prawie polskim w relacjach kolizyjnych określał art. 12 PPM z 1965 r.), ale do „formy” dokumentu, w jakiej przyjmowane są wnioski. Nie ma to nic wspólnego z formą obcą czynności wynikającą z rozstrzygnięcia kolizyjnego. Nie można było kwestionować skuteczności co do formy czynności dokonanej zgodnie z prawem obcym (w tym także czynności rozporządzającej dotyczącej nieruchomości)¹⁸. Prawo kolizyjne nie rozstrzyga jednak oczywiście co do sposobu dokonywania czynności przez wymiar sprawiedliwości, sposobów składania wniosków *etc.* Art. 12 PPM nie odnosił się do reguły prawa procesowego jaką jest określenie formy wniosku, a jedynie do skuteczności co do formy samej czynności. Prawo polskie ma zapewnić skuteczność tej obcej formie czynności. Sposób w jaki to zrobi, to już wyłączna właściwość *legis fori*.

16. Do tego rozwiązania powrócono w regulacjach nowego PPM z 2011 r., choć za wyjątkiem formy czynności zobowiązujących, których w związku z regulacjami europejskimi (rozporządzenie Rzym I) nie można było uregulować równie restryktywnie.

17. Tekst jedn. DzU 2001, nr 124, poz. 1361 ze zm.

18. Por. orzeczenia przytoczone w przypisie 13, również jednak specyficzną interpretację przyjętą przez Sąd Najwyższy w przypadku czynności *inter absentes* w postanowieniu z dnia 17 października 2008 r., I CSK 153/08 (opublikowanym w bazie „Legalis”).

Jeżeli czynność jest nieudowodnialna w zakresie dowodowym dopuszczanym w zwykłym postępowaniu wieczystoksięgowym (w szczególności wniosek nie może być sformułowany w wymaganej formie dokumentu), to może być uznana w trybie innego postępowania. Prawo polskie nie odrzuca jej skuteczności, a co najwyżej z przyczyn dowodowych skieruje udowodnienie tejże skuteczności na inne tryby.

Reguły kolizyjne nie narzucają konieczności stosowania analogicznych procedur z udziałem elementu krajowego i zagranicznego. Potencjalne reguły proceduralne dla czynności i dokumentów obcych mogą być odmienne¹⁹. Forma obca czynności musi być uznana za skuteczną. Natomiast nie musi stać się tak automatycznie i na identycznych, uproszczonych warunkach.

Prawo polskie dawało możliwość udowodnienia skuteczności takiej czynności choćby poprzez postępowanie procesowe przed sądem rejonowym właściwym dla miejsca położenia nieruchomości o uzgodnienie treści księgi wieczystej w związku z niezgodnością pomiędzy stanem ujawnionym w księdze a rzeczywistym stanem prawnym (zgodnie z art. 10 ustawy).

Tryb ten pozwalał w przypadku omawianych czynności na zastosowanie środków i dowodów, które nie mogłyby być zastosowane w zwykłym postępowaniu wieczystoksięgowym, które pod względem dowodowym nie wychodzi poza konkretne ramy. I *nota bene* jest to słuszne. W trybie „uproszczonym” można stawiać wymagania co do sposobu ujmowania wniosków i dokumentów w konkretnej formie i tym samym nie dopuszczać ich w innej. Stany bardziej skomplikowane (tam gdzie brak dokumentów w konkretnej formie) wymagają szerszej oceny dowodowej i w praktyce postępowania w trybie art. 10 ustawy. Taka praktyka nie tworzyła jakiegokolwiek sprzeczności z istotą rozstrzygnięcia kolizyjnoprawnego.

Natomiast z pewnością dla stron ten tryb postępowania nie był wygodny. Czas, spore koszty sądowe liczone od wartości nieruchomości sprawiały, że strony poszukiwały innej drogi pozwalającej ewentualnie uzyskiwać wpis na podstawie wniosków składanych do ksiąg. Jako, że np. tajlandzki wymiar sprawiedliwości nie był w stanie wyjść naprzeciw oczekiwaniom stron, ich uwaga skupiła się na czynnościach konsularnych.

Oczywiście problem nakreślony powyżej obecnie już nie istnieje (co najwyżej dotyczyć może jedynie czynności dokonanych w czasie obowiązywania PPM z 1965 r., stanowiących przedmiot postępowania sądowego) w odniesieniu do czynności rozporządzających dotyczących nieruchomości położonych w Polsce. Zgodnie z art. 25 PPM z 2011 r. strona i tak nie jest w stanie dokonać za granicą skutecznej formalnoprawnie czynności w formie innej niż *ex lege*

19. W gruncie rzeczy legalizacja dokumentów zagranicznych to przykład odrębnego traktowania proceduralnego dokumentu zagranicznego.

causae. Natomiast nadal kwestie dotyczące uznania dokumentów zagranicznych *ex lege loci actus*, w formie „czysto” prywatnoprawnej są istotne w kontekście pełnomocnictw zagranicznych przedkładanych w obrocie notarialnym. W tym przypadku należy zastanowić się jaka potencjalna czynność czy wzmianka konsularna na pełnomocnictwie mogłaby sanować skutki ich dokonania w obcej przestrzeni prawnej, nieprzewidującej odzwierciedlania treści czynności w dokumentach urzędowych. Jest bowiem rzeczą oczywistą, że notariusz nie będzie działał w tym przypadku jak sąd. Notariusz nie będzie prowadził w tym zakresie jakichkolwiek wyjaśnień, a czynność rzekomo zagraniczna, której treść odzwierciedlona została w treści dokumentu „czysto” prywatnego, nie może zostać wzięta pod uwagę.

3. Wobec powyższego istotne wydaje się pytanie o ewentualną rolę polskiej służby konsularnej i czynności konsula, które mogą być podjęte by ułatwić uznanie w krajowej przestrzeni prawnej za skuteczne czynności cywilnoprawnych dokonanych w przestrzeni prawnej państwa obcego, z którym posiadamy nawiązane i istotnie rozwijane stosunki konsularne.

W miejscu tym rodzą się przede wszystkim zasadnicze kwestie. Czy w sytuacji, gdy w państwie przyjmującym (choćby wspomnianej Tajlandii) niemożliwe jest dokonanie w formie urzędowej czynności dotyczącej przeniesienia własności nieruchomości położonej w Polsce, konsul mógł dokonać w ogóle jakichkolwiek czynności legalizacyjnych lub notarialnych *in favorem* obywatela polskiego (nie licząc dokonania samej czynności w zgodzie z prawem polskim, a więc w formie aktu notarialnego)? Próby ułatwiania lub sanowania obrotu prawnego z państwem przyjmującym podejmowane przez konsula RP nie mogą bowiem prowadzić jednocześnie do naruszania prawa polskiego i w efekcie odmowy skuteczności dokonanych czynności. Wszelkie czynności konsularne, które należy podjąć w takiej sytuacji, muszą być dalece przemyślane, by nie stwarzać wobec strony wrażenia skuteczności dokonanej czynności i często przynieść tym samym więcej szkody niż pożytku.

W praktyce zaistniały problem wynika z niemożności zastosowania legalizacji konsularnej względem dokumentów prywatnoprawnych. Zgodnie bowiem z art. 21 ustawy o funkcjach konsułów legalizacja konsularna może dotyczyć wyłącznie dokumentów urzędowych. Jeżeli dokument ma charakter prywatnoprawny nie może podlegać żadnym procesom legalizacyjnym. Jest to zresztą logiczne, czynność ta co do istoty rzeczy powiązana jest z władztwem publicznym wykonywanym przez państwo – zapewnia swoistą akceptację dokumentów publicznych sygnowanych przez inne państwo. Stanowi ona tym samym swoiste przejście pomiędzy dwoma porządkami prawnymi. Tak rozumiana legalizacja absolutnie nie może

odnosić się do dokumentów prywatnych, nieistotnych co do miejsca powstania, niepowiązanych bowiem z jakąkolwiek aktywnością publiczną państwa obcego.

Co prawda dziś znaczenie legalizacji jest *stricte* dowodowe i co więcej wyraźnie ograniczona jest ona przedmiotowo w prawie polskim w zasadzie jedynie do dokumentów dotyczących przeniesienia własności nieruchomości (nie licząc ewentualnie *ad casum* dokumentów, „których autentyczności strona zaprzecza”, co stanowi w obecnym ujęciu art. 1138 KPC²⁰ kategorię w praktyce najczęściej fikcyjną²¹). Niemniej jednak nie ulega wątpliwości, że obok zasadniczych funkcji legalizacji związanych ze zrównaniem mocy dowodowej tej szczególnej kategorii dokumentów, którym mocy tej odmawia się *ex lege* (ze względu na szczególny w obrocie krajowym charakter czynności, do których odnoszą się wspomniane dokumenty), próbowano przypisać czynności tej dodatkową rolę pozwalającą stosować domniemanie faktyczne co do faktu dokonania czynności odzwierciedlonej w treści dokumentu zgodnie z prawem miejsca jej dokonania (*lex loci actus*). Koncepcja ta, choć mająca gorących zwolenników²², w zasadniczym zakresie nie jest spójna. Należy bowiem zauważyć, że domniemanie to jest zasadniczo zaciągane na podstawie samego urzędowego charakteru dokumentu zagranicznego (legalizacja dotyczy bowiem jedynie niewielkiego zakresu przedmiotowego dokumentów, a do tego nawet w tym ograniczonym zakresie w relacjach Polski z licznymi państwami świata została w pełni zniesiona regulacjami umów dwustronnych). Ponadto nie jest ona bynajmniej dowodem zgodności czynności z prawem *loci actus*, analogicznie bowiem wymogowi legalizacji podlegają dokumenty zagraniczne odzwierciedlające treść czynności co do formy zgodną z *lex causae*, i to niezależnie od zgodności z *lex loci actus*, o ile dotyczą one przeniesienia własności nieruchomości położonej w Polsce. W gruncie rzeczy więc to przede wszystkim problem braku umocowania dla domniemanie faktycznego z urzędowego charakteru dokumentu zagranicznego jest podstawową przyczyną kłopotu rejenta w przypadku przedkładania mu zagranicznych pełnomocnictw prywatnych w formie czysto prywatnoprawnej, a nie brak jakże rzadkiej w prawie polskim legalizacji. Tak czy owak, zgodnie z art. 21 ustawy konsulowi nie wolno zalegalizować dokumentu prywatnego, co jest zresztą rozwiązaniem zrozumiałym i nie wymagającym krytyki.

20. Przyjętym w efekcie nowelizacji części IV kodeksu postępowania cywilnego na podstawie ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (DzU 2008, nr 234, poz. 1571 – zmiana weszła w życie 1 lipca 2009 r.).

21. W praktyce autor miał okazję jeden raz zetknąć się z przypadkiem, gdy strona czynności powołując się na tę właśnie część art. 1138 KPC zażądała poświadczenia dokumentu, którym posługiwała się druga strona klauzulą *apostille* podnosząc, że dokument pochodzi z konkretnego państwa obcego (Dominikany) jest bardzo „niepewny”. Dokument nie był objęty z mocy prawa wymogiem legalizacji (dotyczył przeniesienia spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu, a nie własności nieruchomości). Rejent, biorąc pod uwagę stanowisko strony kupującej, musiał postawić wymóg dołączenia do dokumentu stosownej klauzuli *apostille*.

22. Por. M. CELICHOWSKI, *Ułatwienie, które utrudnia obrót*, Rzeczpospolita z 13 grudnia 2005.

4. W związku z powyższym należy szukać rozwiązań nie tyle w czynnościach legalizacyjnych co notarialnych. Konsulowi nie wolno jednak przede wszystkim dokonać czynności wzorowanej na zachowaniu miejscowego notariusza czy urzędnika poświadczającego. Należy pamiętać, że działa on w zakresie swoich funkcji cywilnoprawnych w przestrzeni prawnej państwa wysyłającego, a nie przyjmującego. Argumenty rodzaju „skoro notariuszowi publicznemu wolno to mi także wolno” mają się nijak do istoty publicznoprawnej aktywności konsula.

Konsul RP wykonuje swoje czynności notarialne zgodnie z przepisami prawa polskiego, działając w charakterze notariusza RP za granicą. Tym samym konsul polski może poświadczać podpisy stron w przypadku gdy analogiczną czynność dokonałby notariusz polski. Czynność ustanawiania pełnomocnictwa do przeniesienia własności nieruchomości w Polsce zobligowany jest dokonać w formie aktu notarialnego. Formę tę musi zachować także konsul polski. Absolutnie niedopuszczalna jest argumentacja, że konsul może dokonać czynności poświadczania podpisu na pełnomocnictwie do przeniesienia własności nieruchomości, jeżeli jest to forma właściwa dla tej czynności w państwie akredytacji konsula. Art. 19 ustawy o funkcjach konsułów precyzujący aktywność notarialną konsula stwarza możliwość dopełnienia za granicą formy krajowej czynności²³. Aktywność konsula RP dokonującego czynności skutecznych co do formy z punktu widzenia prawa *loci actus* jest ewidentnie sprzeczna z istotą międzynarodowego prawa konsularnego. Oczywiście jest, że konsul może wykonywać czynności wyłącznie w imieniu państwa wysyłającego²⁴. Istotą prawa konsularnego jest w tym zakresie zgoda państwa przyjmującego na dokonywanie na własnym terytorium czynności notarialnych przez konsułów państwa wysyłającego wyłącznie zgodnie z prawem państwa wysyłającego. Konsulowi RP nie wolno tym samym występować w innym charakterze niż przedstawiciel państwa polskiego i może wykonywać tylko czynności wynikające z prawa polskiego i w formie krajowej (można wręcz rozważać, czy czynność dokonana przed urzędnikiem konsularnym państwa wysyłającego w ogóle istnieje jako czynność prawna dokonana w świetle prawa państwa przyjmującego)²⁵.

Tym samym należy podkreślić, wracając do omawianego przykładu, że konsulowi nie wolno występować w innym charakterze niż przedstawiciel państwa polskiego i może wykonywać tylko czynności wynikające z prawa polskiego. Oczywiście nie ma we współczesnym *ius gentium* żadnej eksterytorialności i czynność dokonana na terenie konsulatatu (o ile zostanie dokonana bez udziału

23. Por. J. PAZDAN, *Pełnomocnictwo w prawie prywatnym międzynarodowym*, Kraków 2003, 137.

24. Por. ust. 5 preambuły do Konwencji wiedeńskiej o stosunkach konsularnych (zał. do DzU 1982, nr 13, poz. 98).

25. Odmienne jednakże: A. OLESZKO, *Funkcje konsularne w sprawach notarialnych według konwencji zawartych przez Polskę w latach 1991-1995*, Rejent 3 (1996) 39; J. GÓRECKI, *Forma umów obligacyjnych i rzeczowych w prawie prywatnym międzynarodowym*, Katowice 2007, 171. Por. P. CZUBIK, *Glosa do postanowienia Sądu Rejonowego w Stalowej Woli VI Wydział Ksiąg Wieczystych z dnia 14 lipca 2005 (Sygn. akt. VI Dz Kw 1612-1613/05)*, Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych 2 (2006) 86-93.

konsula) czy gdziekolwiek indziej w Tajlandii, można dokonać co do formy zgodnie z prawem tajskim. Jeżeli czynność tę poświadczy polski konsul czynność ta staje się czynnością prawa polskiego i jako taka jest nieskuteczna co do formy w analizowanym przypadku. Strony nie mają możliwości wyboru prawa co do formy, jeżeli czynność jest dokonywana z udziałem konsula, bo konsul może działać wyłącznie jako urzędnik polski dokonując czynności zgodnie z prawem polskim. Dokonanie poświadczenia podpisu w przypadku czynności wymagających w świetle prawa polskiego formy aktu notarialnego byłoby z prawem polskim sprzeczne, tym samym nieważne formalnoprawnie w świetle właściwego polskiego prawa cywilnego. Aktywność taka narażałaby konsula na odpowiedzialność służbową.

Należy podnosić poważne wątpliwości czy czynność zgodna z prawem tajlandzkim jako *lex loci actus* poświadczona przez polskiego konsula pozostaje nadal czynnością tajlandzką co do formy. Istotą czynności notarialnych w ramach prawa konsularnego jest zgoda państwa przyjmującego na dokonywanie na własnym terytorium czynności przez konsulów państwa wysyłającego. Czynności te gwarantowane są w prawie państwa wysyłającego, przy współudziale jego funkcjonariuszy.

Decydując się na kontakt z obcym systemem prawnym państwa wysyłającego, przyzwolonym przez państwo przyjmujące i niejako autonomicznie funkcjonującym w ograniczonym zakresie czynności konsularnych, wyjmujemy czynność spod prawa państwa przyjmującego i podporządkowujemy prawu państwa wysyłającego. Nie jest to bynajmniej jakakolwiek formuła eksterytorialności, bo strona może dokonać w konsulacie dowolną czynność, skuteczną w świetle prawa państwa przyjmującego. Będzie tak dopóki w czynności tej nie będzie miał swojego formalnego udziału konsul.

Innymi słowy – jeżeli czynność zostanie poprzez aktywność konsula przeniesiona w przestrzeń prawa polskiego i w świetle tego prawa, wskutek niezachowania wymogów formalnych będzie nieskuteczna, nie można jej sanować rzekomą zgodnością z prawem obcym, miejscowo właściwym – bo czynność ta w świetle tegoż prawa nie istnieje jako czynność w jego rozumieniu krajowa, lecz czynność obca. Nawet jeśli prawo państwa przyjmującego tego zjawiska w taki sposób nie ocenia (państwo przyjmujące ma pełną swobodę oceny w tym zakresie), taka ocena jest pewnikiem w świetle prawa państwa wysyłającego, które deleguje urzędników konsularnych jako świadczących usługi notarialne w świetle wyłącznie własnego prawa za granicą.

Jeżeli dojdzie do „przeniesienia czynności w przestrzeń prawa polskiego” i w świetle tego prawa będzie ona nieskuteczna, nie można jej sanować rze-

komą zgodnością z prawem obcym (tajlandzkim), miejscowo właściwym. Czynność ta nie będzie już bowiem oceniana jako tajlandzka co do formy, tylko jako polska – krajowa (bo konsul jest krajowym urzędnikiem za granicą i dokonuje czynności w formie krajowej). Wybierając konsularną formę dokonania czynności (w świetle prawa polskiego poświadczenie podpisu konstituuje w gruncie rzeczy określoną formę dokonania czynności, a nie jest wyłącznie czynnością poświadczającą dokonaną obok czynności głównej pomiędzy stronami) odrzuca się formę obcą, która nie dochodzi tym samym do głosu. Wadliwość czynności krajowej (konsularnej) zamyka sprawę a nie otwiera dyskusji na ewentualne rozpatrywanie skuteczności czynności zagranicznej (być może z punktu widzenia prawa obcego skutecznej). Tym samym konsul poświadczając podpis strony na omawianym pełnomocnictwie do przeniesienia własności nieruchomości paradoksalnie gwarantuje jego nieskuteczność w krajowej przestrzeni prawnej.

5. Całkowicie nic nie dają również w kontekście celu, który ma być osiągnięty, konsularne wzmianki na dokumencie np.:

1) Poświadczenia przebywania stron w Tajlandii, (łącznie z adnotacją o godzinie wpisana przez konsula na protokole stawiennictwa). To, że obywatel wówczas w Tajlandii przebywał, nie oznacza bynajmniej że dokonał tam czynności we wskazanym czasie.

2) Oświadczenia o uznaniu podpisu/podpisów za własnoręcznie złożony/złożone. Nie ma pewności co do tego, że czynność została dokonana w tym samym miejscu i czasie (to daje tylko poświadczenie podpisów, a tego nie można tu, jak wskazano, zastosować). Nie odpowiada ono na pytanie w jakim miejscu złożono podpis a jedynie urzędowo gwarantuje czas i miejsce jego uznania – a to nic nie daje z perspektywy skuteczności formalnej z prawem *loci actus*).

3) Klauzula „widziano w konsulacie RP” także niczego nie zmienia, bo nie ma w niej przecież jakiegokolwiek formalnego odniesienia do samego dokonania czynności,

4) Nie wchodzi w rachubę stwierdzenie „zgodności z prawem miejscowym” – poprzez umieszczenie tego typu klauzuli. *Nota bene* konsul w dosłownym przytoczonym brzmieniu klauzuli takiej nie umieści – bo jest to klasyczna klauzula legalizacyjna, a te umieszczać może jedynie na dokumencie urzędowym w związku z brzmieniem art. 21 ustawy o funkcjach konsułów.

Konsul nie może stronom wydać w tym zakresie także zaświadczenia, iż w świetle prawa obcego (tajlandzkiego) czynność ustanowienia pełnomocnictwa nie może uzyskać odzwierciedlenia w dokumencie urzędowym. Konsul może wydawać bowiem, zgodnie z art. 24 ust. 3 ustawy o funkcjach konsułów²⁶, jedynie zaświadczenia wyraźnie przewidziane przepisami prawa, to zaś do takich nie należy. Konsul może jednakże zaopatrzyć stronę w pisemną urzędową informację w tym zakresie (wyjaśnienie co do prawa obcego), nie będzie ona miała jednak charakteru zaświadczenia odnoszącego się do konkretnego pełnomocnictwa. Informacja ta będzie mogła być jednak wykorzystana przez strony w postępowaniu o uzgodnienie treści księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym. Poprawne byłoby również dołączenie przez konsula informacji, że dokument prywatny podpisano w jego obecności. Efektem tych urzędowych dokumentów byłoby spore uprawdopodobnienie dokonania czynności w prawie tajlandzkim.

Wyobrażalne są także oświadczenia składane w tym zakresie przez samą stronę – mocodawcę (obok lub na odwrócie pełnomocnictwa prywatnoprawnego) o formie właściwej z punktu widzenia prawa tajlandzkiego (i podpisaniu dokumentu w Tajlandii), w przypadku których konsul mógłby poświadczyć podpis strony (odnoszący się do treści oświadczenia, a nie pełnomocnictwa).

Wydaje się jednak, że notariusze i weryfikujące ich aktywność sądy wieczystoksięgowe rozwiązania tego nie zaakceptują, nie gwarantuje ono bowiem niczego pewnego w kontekście miejsca dokonania czynności (choć pewną akceptację tego zjawiska można zakładać – szczególnie gdyby z oświadczenia strony złożonego przed konsulem lub informacji przedkładanej przez konsula wynikał fakt złożenia podpisu mocodawcy na dokumencie głównym, choć zgodnie z prawem obcym to w obecności konsula RP²⁷).

Jeżeli notariusz dokonałby jednak czynności, a sąd wieczystoksięgowy czynności tej nie wpisałby, strona mogłaby wnioskować o ustalenie zgodności księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym – wówczas wspomniane dokumenty prywatne wraz ze wzmiankami konsularnymi byłyby istotnym dokumentem procesowym.

26. Należy podkreślić przy okazji, iż dzięki istnieniu tej regulacji konsulowie nie zostali obciążeni obowiązkiem wydawania zaświadczeń „za zgodność z prawem miejsca wystawienia” w przypadku, gdy dokument poświadczony został klauzulą *apostille* (i w związku z tym brakowało jakichkolwiek wzmianek w tym zakresie figurujących zwyczajowo w treści klauzul legalizacyjnych). Próby nałożenia na konsula takiej aktywności nieskutecznie podejmowały sądy wieczystoksięgowe jeszcze przed wydaniem przez SN uchwały z 2007 r. wspomnianej w przypisie 14.

27. Tego typu wzmianka w gruncie rzeczy może również przesądzać, że dokument strona podpisała w obecności konsula – istotne jest tylko, żeby konsul omyłkowo nie poświadczył podpisu strony na samym dokumencie konstytuującym pełnomocnictwo, bo wówczas przeniesie czynność w sferę polskich czynności notarialnych i odbierze jej skuteczność wskutek niezachowania formy *ex lege causae*. W miejscu tym widać wyraźnie, jak bardzo obie konstrukcje oświadczenia strony złożonego przed konsulem i konsularnego poświadczenia podpisu zbliżają się do siebie.

6. Zastanawiające jest, co może wobec powyższego stanowić, w sytuacjach takich jak powyższe, najprostsze wyjście z sytuacji? Wadą wskazanych powyżej rozwiązań jest to, że w gruncie rzeczy nie odnoszą się do samej czynności lub nie dają jakiegokolwiek pewności, że czynność została dokonana *ex lege loci actus*, lub też nadmiernie aktywizują konsula, a skutek tej aktywności wobec polskiego rejenta jest niepewny. Rzeczywiste rozwiązanie problemu – paradoksalnie – leży w aktywizacji służby zagranicznej. Jest tu jednakże dość istotny kłopot. Z pewnością aktywizacja nie może bowiem oznaczać wprowadzenia obowiązku konsula do działania. To nie on jest bowiem decydentem działań konsularnych w omawianym zakresie, co więcej w gruncie rzeczy decydentem pierwotnym nie jest też Rzeczpospolita Polska jako państwo wysyłające. To, czy funkcje te będą mogły być wykonywane zależy przede wszystkim od państwa przyjmującego, które może zablokować dokonywanie wszelkich czynności notarialnych. Ujęcie istniejącego rozwiązania art. 19 ustawy o funkcjach konsula odnosi się oczywiście do stanu, w którym państwo przyjmujące nie blokuje dokonywania tychże czynności, taka postawa obcego podmiotu nie jest jednak zawsze pewna.

Sugerowana aktywizacja służby konsularnej zakłada liberalizację wymogów dla sporządzania przez konsula aktów notarialnych poprzez usunięcie (przynajmniej w stosunku do co niektórych aktów) wymogu z art. 19 ust. 4. Akt aktowi nie jest równy – to, że trudno oczekiwać aktywizacji w zakresie czynności rozporządzających dotyczących nieruchomości (brak możliwości weryfikacji ksiąg wieczystych, brak potencjalnego wykształcenia konsula w tym zakresie) nie może przesądzać co do możliwości sporządzania prostych aktów notarialnych (np. pełnomocnictw), w szczególności w przypadkach, gdy *ex lege loci actus* czynność ta nie może uzyskać odzwierciedlenia w treści dokumentu urzędowego. W takich przypadkach konstytuowanie swoistego zespołu zgód (konsul oprócz zgody z art. 19 ust. 4 musi w zasadzie legitymować się zgodą z art. 22, trudno bowiem wyobrazić sobie sporządzanie aktu przez osobę nieupoważnioną ogólnie do dokonywania czynności notarialnych – choć nie wynika to z treści ustawy i zapewne w sytuacjach szczególnych takie odstępstwa mogły mieć miejsce) wydaje się całkowicie zbędne.

Aktywność notarialna konsula powinna ulec więc we wspomnianym zakresie zdecydowanemu zwiększeniu. Należy przy tym podkreślić, że swoisty marazm polskiej służby konsularnej w wykonywaniu czynności notarialnych już od pewnego czasu wykorzystują urzędy konsularne obcych państw z Unii Europejskiej, dość chętnie i bez zbliżonych ograniczeń wykonujące odpowiednie czynności w świetle właściwego prawa państwa wysyłającego. Istnieją co prawda czytelnie ograniczenia wynikające z reguł międzynarodowego prawa konsularnego (mające rodowód zwyczajowoprawny, odzwierciedlane najczęściej w treści konwencji

dwustronnych), a wskazujące na możliwość dokonania czynności przez konsula na rzecz obywatela (lub pomiędzy obywatelami) lub też na rzecz kogokolwiek, ale zasadniczo wówczas jedynie w przypadku, gdy skutkuje ona na terytorium państwa wysyłającego. Są one jednak we współczesnej coraz bardziej zglobalizowanej rzeczywistości interpretowane coraz wężiej. Innymi słowy, bez wahania konsul niemiecki w Indiach dokona czynności ustanowienia pełnomocnictwa w formie aktu notarialnego do przeniesienia własności nieruchomości położonej w Polsce, jeżeli zwróci się doń obywatel RP mający równoległe drugie obywatelstwo niemieckie²⁸. Podobnie słowacki konsul honorowy (w zasadzie nie charakteryzujący się jakimikolwiek ograniczeniami w zakresie czynności notarialnych w porównaniu ze swoim zawodowym odpowiednikiem) dokona czynności ustanowienia pełnomocnictwa (w formie pisemnej z podpisem konsularnie poświadczonym – co wystarczające jest z punktu widzenia prawa słowackiego) do założenia spółki w Polsce, jeżeli mocodawca jest reprezentantem słowackiej osoby prawnej (choć jest obywatelem polskim)²⁹. W sprawach tego typu z punktu widzenia formalnego czynność należy potraktować jako skutecznie ustanowioną z punktu widzenia prawa *loci actus*³⁰. Zbyteczne jest również w opisanych przypadkach formułowanie wymogów legalizacyjnych³¹. Innymi słowy brak jest przeszkód formalnych ze strony prawa polskiego dla akceptacji skuteczności tego typu czynności dokonywanych przez konsulów państw obcych w państwach trzecich. Tym samym zupełnie nielogiczne wydaje się utrzymywanie dość restryktywnych ograniczeń w wykonywaniu przez polskie konsulaty czynności notarialnych na rzecz obywateli polskich łącznie z aktami notarialnymi. Postulat szerokiej zmiany w tym zakresie jest więc uzasadniony zarówno swoistymi „wyzwaniami konkurencji” jak też, jak w przypadku omawianej Tajlandii, koniecznością zapewnienia możliwości dokonywania weryfikowalnych czynności *ex lege causae*, których dokonanie *ex lege loci actus* nie może być odzwierciedlone w urzędowym dokumencie.

Aktywizacja ta na chwilę obecną nie musi dotyczyć wszelkich aktów notarialnych. Powinna być jednak rozważana w zakresie pełnomocnictw, które nie

28. Materiały takiej sprawy znajdują się w posiadaniu autora. Por. P. CZUBIK, *Czy czynność dokonana przez konsula państwa obcego akredytowanego w państwie trzecim może wywołać skutki prawne w Polsce?*, Nowy Przegląd Notarialny 2 (2008) 5-16.

29. Materiały tej sprawy znajdują się w posiadaniu autora.

30. Obowiązanie prawa konkretnego państwa wysyłającego w ograniczonym zakresie funkcji jego konsula, jest dozwolone przez państwo przyjmujące – w tym kontekście jest ono prawem właściwym jako szczególne *lex loci actus*. Por. P. CZUBIK, *Pełnomocnictwa do przeniesienia własności nieruchomości sporządzane za granicą na obszarach objętych 'ekstraterytorialnością jurysdykcyjną'*, „Rejent” 5 (2010) 16-30.

31. Potencjalnie dokument sporządzony przez obcego konsula powinien być traktowany jako zwykły dokument zagraniczny i w razie, gdy wchodzi w zakres dokumentów objętych wymogiem legalizacji, wyznaczony w art. 1138 KPC, powinien podlegać legalizacji konsularnej wykonywanej przez polskiego konsula w państwie przyjmującym (a więc *de facto* kolegi konsula państwa, który dokonał czynności). Niemniej jednak w opisywanych przypadkach legalizacja taka nie może być wymagana, co wynika z art. 2 ust. 1 pkt. (a) Europejskiej konwencji o zniesieniu wymogu legalizacji dokumentów sporządzonych przez przedstawicieli dyplomatycznych lub urzędników konsularnych (DzU 1995, nr 76, poz. 381). Niemcy są stroną tej umowy. W opisywanym natomiast przypadku aktywności konsula słowackiego, dokument nie wchodził w bezpośredni zakres zastosowania art. 1138 KPC (mogło tak się zdarzyć dopiero w efekcie zaprzeczenia mu przez stronę).

wymagają szczegółowej wiedzy konsula, sprawdzania stanu wieczystoksięgowego, a w większości przypadków mogą być sporządzane według jednolitego wzorca. Tym samym należy *de lege ferenda*, wobec prac trwających nad nową ustawą konsularną, rozważyć możliwość liberalizacji treści art. 19 ust. 4 ustawy o funkcjach konsulów we wspomnianym zakresie.

Należy przy tym zauważyć, że sugerowana aktywizacja służb konsularnych rozwiąże również problem częściowej właściwości prawa *rei sitae*, wynikający z niektórych umów o pomocy prawnej (np. z Białorusią czy Węgrami)³². Na chwilę obecną skutkuje to (w związku z tym, że właściwość ta jest szeroko ujęta i odnosi się również do formy pełnomocnictw) koniecznością zachowania formy aktu notarialnego w przypadku ustanawiania przed notariuszami z tych państw pełnomocnictw do przeniesienia własności nieruchomości, które mają skutkować w Polsce. Rzadko kiedy strona czy obcy notariusz mają świadomość istnienia art. 99 polskiego KC i tym samym szczególnych regulacji formalnych, które wypełniać powinny takie pełnomocnictwa. Aktywizacja służby zagranicznej rozwiąże również narastające w omawianym zakresie problemy.

32. Por. P. CZUBIK, *Trudności w dokonywaniu na terytorium niektórych państw czynności w formie wskazanej przez prawo polskie jako lex rei sitae*, Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego 4 (2006) 24-32.

O genezie idei prawa narodów, czyli o (nie)trafności europocentrycznego tłumaczenia fenomenu prawa międzynarodowego

Powszechne prawo międzynarodowe ukształtowało się dopiero w końcu XIX wieku, czyli w czasie powstania powszechnej społeczności międzynarodowej. O ile ta okoliczność nie budzi większych wątpliwości, o tyle niejasna i sporna pozostaje geneza idei *ius gentium*. Gdzie i kiedy należy szukać początków dzisiejszego powszechnego prawa międzynarodowego? Przez długi czas panowało przekonanie o jego europejskich korzeniach, którym początek dały starożytne relacje prawne w basenie Morza Śródziemnego. To europocentryczne wyjaśnianie genezy prawa międzynarodowego bywa jednak w ostatnich latach kwestionowane. Celem niniejszego opracowania jest próba odpowiedzi na pytanie, czy europocentryczna wykładnia początków idei *ius gentium* ciągle pozostaje zasadnym stanowiskiem poznawczym.

Historia prawa międzynarodowego wciąż jest słabo znana, zwłaszcza w odniesieniu do czasów przednowożytnych. Podkreślał to już Arthur Nussbaum we wprowadzeniu do swej znanej pracy o historii prawa narodów¹. Georg Schwarzenberger w tym samym niemal czasie uznał historię prawa międzynarodowego za „Kopciuszkę” nauki tego prawa². Znamienne jest, że po upływie ponad pół wieku jeden ze współczesnych historyków prawa międzynarodowego potwierdza te opinie i określa ów stan rzeczy mianem „intelektualnego skandalu”³. Niedostatek badań historycznoprawnych i skromna ilość materiałów źródłowych nie przyczyniają się z pewnością do wyjaśnienia problemów związanych z ustaleniem początków powszechnego prawa międzynarodowego. Trafna pozostaje wciąż uwaga Manfreda Lachsa, którą warto przytoczyć *in extenso*:

1. A. NUSSBAUM, *A Concise History of the Law of Nations*, New York 1954, ix.

2. G. SCHWARZENBERGER, *The Frontiers of International Law*, Yearbook of World Affairs 6 (1952) 251.

3. S.C. NEFF, *A Short History of International Law*, International Law, red. M. EVANS, wyd. 3, Oxford 2010, 3. Ostatnia dekada przyniosła jednak pewne pozytywne zmiany w zakresie badań nad historią prawa międzynarodowego. Swój udział w tym miało powstanie specjalistycznego czasopisma jej poświęconego – *Journal of the History of International Law*. Jego pierwszy numer zawierał podsumowanie stanu badań w tym zakresie. Por. P. MACALISTER-SMITH, J. SCHWIETZKE, *Literature and Documentary Sources Relating to the History of International Law*, JHIL 1 (1999) 136 nn.

„Nasz ogólny pogląd na historię prawa – tak zresztą jak na każdą inną gałąź kultury – jest całkowicie uzależniony od spuścizny, która pozostała i którą możemy badać. Jeżeli zatem spuścizna ta ogranicza się do niektórych tylko obszarów i niektórych cywilizacji, gdy w rzeczywistości dana działalność ludzka miała także miejsce w innych częściach świata i społecznościach – analiza, obraz czy zapis nie mogą być pełne i uniwersalne. Stwierdzenie to odnosi się szczególnie do dziedziny prawa międzynarodowego”⁴.

Przeobrażenia struktury i składu społeczności międzynarodowej skutkują zmianami jej prawa. W tym znaczeniu prawo międzynarodowe pozostaje zależne od organizacji społeczności międzynarodowej. Rozwój społeczności międzynarodowych na przestrzeni wieków dowodzi z kolei pluralizmu form „międzynarodowości” prawa. Nie jest bezzasadne twierdzenie, że nie ma jednego archetypu czy modelu prawa społeczności międzynarodowej. Współczesne prawo międzynarodowe też nie może z perspektywy historycznego rozwoju społeczności międzynarodowych pełnić roli takiego idealizacyjnego wzorca. Badania nad dawnymi formami prawa międzynarodowego służą natomiast pełniejszemu wyjaśnianiu granic „międzynarodowości” współczesnego prawa i jego genezy⁵. Różnice zdań w tym zakresie w dużej mierze wynikają z nadawania pojęciu prawa międzynarodowego przez historyków prawa odmiennego znaczenia. Często spotykaną praktyką jest projekcja w przeszłość współczesnego rozumienia prawa międzynarodowego. Nie wydaje się to ani poznawczo trafne, ani metodologicznie uzasadnione. Konsekwencją takiego podejścia może być bowiem arbitralne odmawianie charakteru „międzynarodowości” prawu obowiązującemu w obrębie przednowożytnych społeczności międzynarodowych zorganizowanych inaczej niż społeczność współczesna⁶. Spełnia to być może kryteria apriorycznie przyjmowanych schematów klasyfikacyjnych, lecz nie znajduje potwierdzenia choćby w *opinio iuris* w obrębie dawnych społeczności międzynarodowych.

Współcześnie prawo międzynarodowe niemalże intuicyjnie kojarzymy z regulacjami prawnymi działającymi przede wszystkim horyzontalnie. Patrząc jednak z deskryptywnego punktu widzenia na historię prawa międzynarodowego nie można odmawiać miana międzynarodowości prawu regulującemu stosunki wzajemne podmiotów o statusie prawnym i politycznym niespotykanym współcześnie. Tym niemniej w ujęciu normatywnym, w ramach którego usiłuje się wskazać na naturę międzynarodowości prawa, nie należy sprowadzać

4. M. LACHS, *Rzecz o nauce prawa międzynarodowego*, Ossolineum 1986, 39.

5. Tak trafnie Y. ONUMA, *When was the Law of International Society Born? – An Inquiry of the History of International Law from an Intercivilizational Perspective*, JHIL 2 (2000) 1, 2-3, 59.

6. Podobnie CH. V. ALEXANDROWICZ, *Treaty and Diplomatic Relations between European and South Asian Powers in the Seventeenth and Eighteenth Centuries*, 100 Recueil des Cours l'Académie de Droit International de la Haye 2 (1960) 203, 223; D. J. BEDERMAN, *International Law in Antiquity*, Cambridge 2001, 1-2, 6-8, 11-15; NUSSBAUM, *A Concise History* (wyżej przyp. 1) ix; ONUMA, *When was the Law* (wyżej przyp. 5) 54.

do wspólnego mianownika systemów normatywnych obowiązujących na różnych stadiach rozwoju stosunków międzynarodowych. Właściwie każda epoka miała swoje prawo międzynarodowe, co w kręgu cywilizacji łacińskiej oddawały następujące po sobie jego nazwy: *ius fecialis*, *ius gentium*, *ius inter gentes*. Jako hipotezę wyjściową należy wobec tego przyjąć, że charakter prawa społeczności międzynarodowej w jej wczesnych etapach rozwoju nie jest tożsamy ze współczesnym prawem międzynarodowym, które zasadniczo oparte pozostaje na równości jego głównych podmiotów – państw⁷.

A. Nussbaum rozpoczyna wykład historii prawa międzynarodowego od przypomnienia i zarazem krytyki opinii Monteskiusza głoszącej, że „wszystkie ludy, nawet Irokezi, którzy zjadają swoich jeńców”, mają prawo międzynarodowe⁸. Przekonanie Monteskiusza opiera się na założeniu istnienia określonych reguł postępowania w każdej społeczności, niezależnie od stopnia jej kulturowego rozwoju (*ubi societas, ibi ius*). W takiej socjologicznej, czyli opisowej perspektywie, prawo międzynarodowe okazuje się tak stare, jak stare są zorganizowane społeczności ludzkie. W ujęciu normatywistycznym początki prawa międzynarodowego nie wydają się jednak wcale oczywiste. W tym ujęciu o prawie międzynarodowym możemy mówić dopiero po wykazaniu istnienia w obrębie społeczności międzynarodowej świadomości wzajemnej odrębności jej członków i jednocześnie podzielanego przez nich przekonania o potrzebie oparcia stosunków wzajemnych na stałych regułach postępowania. Wykształcenie się prawa międzynarodowego *par excellence* związane jest, innymi słowy, z istnieniem społeczności międzynarodowej, której członkowie świadomi są swej odrębności i zarazem istnienia wspólnych interesów⁹.

Z faktu logicznej i chronologicznej pierwotności społeczności międzynarodowej wobec prawa międzynarodowego wynikają dwa wnioski. Po pierwsze, normatywne nakazy i zakazy konstytuujące tożsamość społeczności międzynarodowej nie muszą być prawem międzynarodowym, ponieważ porządek normatywny społeczności międzynarodowej może się opierać na systemie reguł religijnych i/

7. Por. W.G. GREWE, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, wyd 2, Baden-Baden 1988, 26-32; NEFF, *A Short History* (wyżej przyp. 3) 4; NUSSBAUM, *A Concise History* (wyżej przyp. 1) ix; H. STEIGER, *From the International Law of Christianity to the International Law of the World Citizen – Reflections on the Formation of the Epochs of the History of International Law*, JHIL 3 (2001) 180, 180-181. G.W. Grewe i H. Steiger początków współczesnego prawa międzynarodowego upatrują w późnym średniowieczu, od którego zaczynają prezentację historii tego prawa. O ile z tym stwierdzeniem można się zasadniczo zgodzić, o tyle wątpliwość budzi kwestionowanie bezpośredniego znaczenia dorobku prawnego starożytnych społeczności międzynarodowych, np. społeczności greckich *polis* czy *Pax Romana*. Znamienne jest, że W.G. Grewe w swej obszernej historii prawa międzynarodowego (ss. 896) o prawie antycznych społeczności międzynarodowych zaledwie wspomina (30).

8. NUSSBAUM, *A Concise History* (wyżej przyp. 1) 1. Por. Monteskiusz, *O duchu praw*, przeł. T. Boy-Zeleński, Kęty 1997, 16.

9. H. MOSLER, *International Society as a Legal Community*, 140 *Recueil des Cours l'Académie de Droit International de la Haye* 4 (1974) 3, 18-19 wymienia dwa warunki społeczności międzynarodowej jako wspólnoty prawnej: 1) socjologiczny – istnienie obok siebie pewnej liczby terytorialnych społeczności politycznych; 2) psychologiczny – przekonanie tych podmiotów o wzajemnym związaniu określonymi regułami. Warunki te, zdaniem H. Moslera, dla zaistnienia powszechnej społeczności międzynarodowej powstały w XVIII wieku. Bederman w swej monografii o antycznym prawie międzynarodowym, BEDERMAN, *International Law in Antiquity* (wyżej przyp. 6) 2, wprost przyjmuje założenie, że prawo międzynarodowe nie może istnieć bez społeczności państw świadomych swej suwerenności.

lub etycznych. Po drugie, charakter i struktura społeczności międzynarodowej wprost wpływa na cechy konstytutywne obowiązującego w jej obrębie prawa. Trudności dotyczące wyjaśnienia genezy prawa międzynarodowego wiążą się między innymi z często odmiennym od współczesnego układzie relacji prawnych i politycznych między państwami w czasach przednowożytnych. W rezultacie systemy normatywne dawnych społeczności międzynarodowych i społeczności współczesnej niekoniecznie muszą posiadać te same cechy konstytutywne. Ponadto należy pamiętać o braku w starożytności i w średniowieczu jednej, powszechnej społeczności międzynarodowej; świat był wówczas podzielony na kilka regionalnych społeczności, z których każda stworzyła własny porządek normatywny. Z powodu braku stałych kontaktów między nimi nie doszło, aż do końca XIX. wieku, do wykształcenia się uniwersalnego prawa międzynarodowego.

Również w Europie społeczność międzynarodowa istniała przez długi czas bez prawa międzynarodowego w jego nowożytnym i współczesnym rozumieniu¹⁰. Co więcej, długo nie funkcjonował w niej autonomiczny system prawny, tzn. system niezależny od porządku etycznego i/lub religijnego i posiadający własne reguły walidacyjne i zasady odpowiedzialności prawnej. Oznacza to, że prawo pierwotnych społeczności międzynarodowych niekoniecznie było prawem międzynarodowym, przynajmniej w jego współczesnym rozumieniu. Za takowe może być ono uznawane jedynie w aspekcie deskryptywnym, ale nie normatywnym.

Dochodzimy w tym miejscu do podkreślenia trudności we wskazaniu początków prawa międzynarodowego. Są to trudności dwojakiego rodzaju. Po pierwsze, czy geneza *ius gentium* rzeczywiście związana pozostaje z europejską kulturą prawną? Po drugie, czy jego początki mają charakter ściśle jurydyczny? Dość powszechnie przyjęte ustalenia w tym zakresie nie są bezdyskusyjne. Np. najstarsze znane dziś umowy międzynarodowe – pochodzący z około 3100 r. przed Chr. traktat między mezopotamskimi państwami-miastami Lagasz i Umma oraz traktat pokoju i przymierza między Ramzesem II a Hatuszilem II z 1292 r. przed Chr. – były porozumieniami sankcjonowanymi religijnie, a nie prawnie; ich gwarantami byli bogowie stron¹¹. Podobna praktyka cechowała też „młodsza” starożytność, np. stosunki między greckimi *polis* oraz między państwem rzymskim i jego sąsiadami. Religijny lub/i etyczny wymiar relacji, które dziś nazwiemy politycznoprawnymi charakterystyczny był również dla innych części świata starożytnego. Na Półwyspie Indyjskim kontakty między społecznościami politycznymi oparte zostały na regułach etyczno-religijnych

10. Por. np. S. HUBERT, *Zarys rozwoju nowoczesnej społeczności międzynarodowej*, Kraków 1947, 8-23; A. TRUYOL Y SERRA, *Genèse et structure de la société internationale*, 96 Recueil des Cours l'Académie de Droit International de la Haye 1 (1959) 553, 575-593.

11. Por. na temat wymienionych traktatów BEDERMAN, *International Law in Antiquity* (wyżej przyp. 6) 139, 147-150; NUSSBAUM, *A Concise History* (wyżej przyp. 1) 1-3. H. Bederman traktat między mezopotamskimi państwami-miastami datuje na rok 2500 przed Chr., zaś traktat między Egiptem a Królestwem Hetytów na rok 1280 przed Chr.

zebranych później w formę hinduskiego Kodeksu Manu. Stosunki na Dalekim Wschodzie zorganizowane wokół centralnej roli Cesarstwa Chińskiego cechował z kolei wyraźny wpływ doktryny konfucjańskiej. Z uwagi na skromną ilość materiałów źródłowych w postaci dokumentów pisanych trudno ustalić, czy w obrębie wszystkich starożytnych społeczności międzynarodowych istniał trzeci, obok religijnego i etycznego, porządek normatywny, tj. porządek prawny w dzisiejszym jego rozumieniu. Domniemywanie tego na podstawie założenia, że mała ilość źródeł dowodzących stałej praktyki traktatowej nie neguje istnienia rozwiniętych systemów prawa międzynarodowego opartych na utrwalonych zwyczajach międzynarodowych, nie jest do końca przekonujący. Jest to bowiem tylko hipoteza, która przy bliższym rozważeniu bywa często kwestionowana¹².

W świecie przednowożytnym istniało kilka typów prawa społeczności międzynarodowych. W nauce można spotkać różne, mniej lub bardziej szczegółowe, klasyfikacje. Paul Vinogradoff¹³ na przykład wyróżnił w rozwoju historycznym (do końca I wojny światowej) jedynie społeczność greckich *polis*, społeczność w okresie imperium rzymskiego, społeczność średniowiecznego chrześcijaństwa i społeczność państw nowożytnych. Baron Michel Taube¹⁴ przedstawił bardziej złożoną systematykę wyróżniając 10 typów społeczności międzynarodowej: 1) starożytną społeczność Bliskiego Wschodu; 2) starożytną społeczność Dalekiego Wschodu; 3) starożytną społeczność Indii Wschodnich; 4) antyczną społeczność helleńską; 5) społeczność śródziemnomorską w okresie istnienia państwa rzymskiego; 6) katolicką wspólnotę średniowieczną; 7) społeczność świata islamskiego; 8) średniowieczną społeczność wschodnioeuropejską; 9) nowożytną europejską społeczność międzynarodową rozszerzoną później na kontynent amerykański; 10) społeczność międzynarodową po I wojnie światowej. Z kolei Yasuaki Onuma¹⁵ proponuje znacznie skromniejszą ilościowo, ale zarazem szeroką podmiotowo i przedmiotowo klasyfikację, dzieląc w rozwoju historycznym społeczności międzynarodowe na trzy obszary cywilizacyjne: 1) system Dalekiego Wschodu oparty na chińskim systemie lennym; 2) świat islamu; 3) świat cywilizacji europejskiej.

Bez względu na kryteria klasyfikacyjne rzeczą charakterystyczną pozostaje swoistość stosunków politycznych i prawnych w obrębie społeczności istniejących w różnych częściach świata. Determinował je układ sił w obrębie danej społeczności.

12. NUSSBAUM, *A Concise History* (wyżej przyp. 1) 4-5 podważa np. tezę o istnieniu w starożytnym świecie utrwalonego zwyczaju nietykliwości posłów. W Indiach nie była ona powszechnie uznana, w Grecji miała charakter względny, to znaczy istniała tylko pod pewnymi warunkami, w Egipcie natomiast posel traktowany był jako rodzaj zakładnika.

13. P. VINOGRADOFF, *Historical Types of International Law*, Bibliotheca Viseriana 1 (1923) 3-70. Podobnie europocentryczną periodyzację stosuje GREWE, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte* (wyżej przyp. 7) i STEIGER, *From the International Law of Christianity* (wyżej przyp. 7).

14. M. TAUBE, *Études sur le développement historique du droit international dans l'Europe Orientale*, 11 Recueil des Cours l'Académie de Droit International de la Haye 1 (1926) 341, 349. Podobny podział stosuje TRUYOL Y SERRA, *Genèse et structure* (wyżej przyp. 10) 578.

15. ONUMA, *When was the Law* (wyżej przyp. 5) *passim*.

Na Dalekim Wschodzie społeczność międzynarodowa od starożytności do końca XIX wieku opierała się na dominującej pozycji Cesarstwa Chińskiego, którego stosunki z sąsiadami normowane były przez prerogatywy, rozkazy i przywileje cesarza¹⁶. Był to więc układ wertykalny, a nie horyzontalny cechujący stosunki równych sobie podmiotów. Świat Indii Wschodnich charakteryzował specyficzny układ „rozproszonej suwerenności” podobny do ustroju średniowiecznej Europy. Był to więc układ wertykalno-horyzontalny¹⁷. Z kolei społeczność islamska, w której przez długi czas wiodącą rolę odgrywało Cesarstwo Otomańskie, wprost przyjęła podwójne standardy prawne rządzące stosunkami międzynarodowymi: *Dar al-Islam* regulował stosunki między muzułmanami, *Dar al-Harb* dotyczył kontaktów muzułmanów z niemuzułmanami¹⁸. Świat islamu, analogicznie do aspiracji równolegle kształtującej się *republica christiana*, pretendował do nadania własnym zasadom wymiaru uniwersalnego, co na marginesie stanowiło jedną z przyczyn długowiecznego antagonizmu między chrześcijaństwem i islamem.

Zauważmy, że dla niemal całego świata antycznego i dla średniowiecza znamienne było opieranie stosunków między społecznościami politycznymi nie na zasadzie równości, ale na uprzywilejowaniu jednego podmiotu. Cechował on starożytne stosunki międzynarodowe w basenie Morza Śródziemnego zdominowane od II wieku przed Chr. przez państwo rzymskie, średniowieczną Europę, której historię polityczną wyznaczał spór o *dominium mundi*, świat islamu oraz Daleki Wschód. Nie były to z pewnością relacje oparte na prawie międzynarodowym w jego współczesnym rozumieniu. Nie uprawnia to jednak do odmawiania im charakteru prawa ówczesnych społeczności międzynarodowych. Przemawia raczej za wspomnianym wyżej pluralizmem form prawa społeczności międzynarodowych.

Zbliżona do prawa dzisiejszej społeczności międzynarodowej postać relacji prawnych, włącznie z zasadą równości, istniała w okresie helleńskich *polis*. Pierwotnie idea równości *polis* miała charakter moralny. Później zaczęto z nią wiązać znaczenie prawne. Umożliwiło to w świecie helleńskim rozwój instytucji z zakresu prawa traktatów, rozstrzygania sporów, prawa dyplomatycznego oraz prawa konsularnego w związku z potrzebą zapewnienia ochrony cudzoziemcom utrzymującym z obywatelami *polis* szerokie kontakty handlowe¹⁹. Zasadny jest

16. ONUMA, *When was the Law* (wyżej przyp. 5) 11-18. Por. też E.Y.-J. LEE, *Early Development of Modern International Law in East Asia – with Special Reference to China, Japan and Korea*, JHIL 4 (2002) 42 nn; S. MIYAZAKI, *History of the Law of Nations. Regional Developments: Far East*, w: *Encyclopedia of Public International Law*, red. R. BERNHARDT, t. 2 (1995) 802 nn.

17. Por. ALEXANDROWICZ, *Treaty and Diplomatic Relations* (wyżej przyp. 6) 207-215.

18. Por. ALEXANDROWICZ, *Treaty and Diplomatic Relations* (wyżej przyp. 6) 231-250; A.S. EL-KOSHERI, *History of the Law of Nations. Regional Developments: Islam*, w: EPIL (wyżej przyp. 16) 809 nn; ONUMA, *When was the Law* (wyżej przyp. 5) 18-22; CH. A. STUMPF, *Christian and Islamic Traditions of Public International Law*, JHIL 7 (2005) 69, zwł. 73-74, 77-80.

19. Por. BEDERMAN, *International Law in Antiquity* (wyżej przyp. 6) 120-134, 154-183; HUBERT, *Zarys* (wyżej przyp. 10) 12; G. TĒNÉKIDÈS, *Droit international et communautés fédérales dans la Grèce des Cités (V-III siècles avant J.C.)*, 90 Recueil des Cours l'Académie de Droit International de la Haye 2 (1956) 467, 532-535.

pogląd upatrujący w podziale świata helleńskiego na niezależne państwa-miasta początku prawa społeczności międzynarodowej jako prawa międzynarodowego²⁰. Było to bowiem prawo oparte na pluralistycznym związku niezależnych jednostek politycznych. Tym niemniej należy pamiętać o stosowaniu podwójnych standardów w stosunkach międzynarodowych przez społeczność greckich *polis*. Stosunki wzajemne między *polis* rządzone były przez „reguły wspólne dla wszystkich Hellenów” – zwyczajowe reguły postępowania w stosunkach międzypaństwowych (*agraphos nomos*). Wobec innych ludów uznawanych przez Greków za „barbarzyńców” stosowano natomiast odmienne standardy prawne²¹. W szczególności greckie *polis* odmawiały układania wzajemnych relacji z niehellenami na zasadzie równości. Mimo silnego intelektualnego oddziaływania w schyłkowym okresie helleńskiej społeczności międzynarodowej, tj. w IV wieku przed Chr., kosmopolitycznych szkół cynickiej i stoickiej zrywających z utrwalonym przeciwstawieniem Hellenów i „barbarzyńców”, idea praw równych dla wszystkich ludzi i narodów nie znalazła w świecie greckich *polis* praktycznego odzwierciedlenia. Wciąż żywe było postrzeganie stosunków Greków z innymi narodami (*barbaroi*) jako stanu „naturalnej wojny”²².

Szczególne miejsce w historii prawa społeczności międzynarodowej zajmuje państwo rzymskie. Tym niemniej, w literaturze przedmiotu spotkać można poglądy podważające znaczenie Rzymu dla rozwoju prawa społeczności międzynarodowej. Uzasadnia się to imperialną polityką państwa rzymskiego widząc w niej przeciwieństwo „międzynarodowości”²³. Do pewnego stopnia pogląd ten jest trafny. Historię państwa rzymskiego należy jednak ze względu na jego znaczenie dla rozwoju prawa międzynarodowego podzielić na dwa okresy. Do czasu ukształtowania się imperium rzymskiego – rok zakończenia trzeciej wojny macedońskiej (168 przed Chr.) uznaje się tu za datę przełomową, stosunki między Rzymem a sąsiednimi państwami (zwłaszcza Kartaginą, Egiptem, Macedonią) układane były na zasadzie równości. Przypominały stosunki wzajemne greckich *poleis*. Po upadku państwa macedońskiego Rzym uzyskał pozycję hegemonu

20. R. AGO, *The First International Communities in the Mediterranean World*, BYIL 53 (1982) 213, 220-222; BEDERMAN, *International Law in Antiquity* (wyżej przyp. 6) 34-35, 38-40; C. PHILIPSON, *The International Law and Custom of Ancient Greece and Rome*, t. 1, London 1911, 30-31; W. PREISER, *History of the Law of Nations. Basic Question and Problems*, w: *Encyclopedia Of Public International Law* (wyżej przyp. 16) 716, 717; TENZE, *Zum Völkerrecht der vorklassischen Antike*, Archiv des Völkerrechts 4 (1954) 269, 280.

21. AGO, *The First International Communities* (wyżej przyp. 20) 222; BEDERMAN, *International Law in Antiquity* (wyżej przyp. 6) 36-37; NUSSBAUM, *A Concise History* (wyżej przyp. 1) 5. Odmienne TÉNÉKIDÈS, *Droit international* (wyżej przyp. 19) 476-477 oraz PREISER, *History* (wyżej przyp. 20), który podkreśla otwieranie się w IV wieku przed Chr. świata greckiego na „barbarzyńców” (720).

22. Panhellenizm obecny jest również w myśli Platona. W *Państwie* czytamy: „Więc kiedy się Hellenowie z barbarzyńcami biją i barbarzyńcy z Hellenami, to powiemy, że to jest wojna i że to są wrogowie z natury. (...) A kiedy Hellenowie z Hellenami coś podobnego robią – a są przecież z natury przyjaciółmi – to powiemy, że to jest choroba Hellady i rozpad wewnętrzny”. Plat. *rep.* 5,16, przeł. W. Witwicki, t. 2, Warszawa 1994, 247.

23. Np. HUBERT, *Zarys* (wyżej przyp. 10) 12-13 upatruje w powstaniu imperium rzymskiego przerwanie ciągłości między prawem starożytnych społeczności międzynarodowych a społecznością średniowieczną, ponieważ jego idea panowania nad całością podbitych ziem stanowiła zaprzeczenie internacjonalizmu, którego istota sprowadza się do współdziałania niezależnych od siebie jednostek politycznych.

w śródziemnomorskiej społeczności międzynarodowej, co okazało się równoznaczne ze zmianą relacji prawnych z sąsiadami. Miejsce zasady równości w ich kształtowaniu zajęła wola hegemonu wobec zależnych od niego społeczności politycznych (*clientelae*). Innymi słowy, z relacji horyzontalnych stały się one stosunkami wertykalnymi, co należy poczytywać za regres wobec wcześniejszych form prawa międzynarodowego²⁴.

Po okrzepnięciu granic *Imperium Romanum* śródziemnomorska społeczność międzynarodowa opierała się na systemie quasiwasalnym podobnym do systemu istniejącego na Dalekim Wschodzie z centralną pozycją Chin i w Azji Mniejszej, w której główną rolę odgrywała Persja. *Pax Romana* koncentrowała się przede wszystkim na utrzymaniu terytorialnego *status quo*. W ramach koegzystencji świata śródziemnomorskiego, jaką państwo rzymskie usiłowało ustanowić i utrwalić, było jednak miejsce na ograniczoną niezależność sąsiednich społeczności politycznych. W każdym razie rzymska praktyka i myśl prawnicza dowodzi świadomości niezależności zorganizowanych społeczności politycznych. Wyraża to np. określenie Prokulusa: *Liber autem populus est is, qui nullius alterius populi potestati est subiectus*²⁵. Tym niemniej, w okresie cesarstwa rzymskiego brakowało świadomości równości podmiotów politycznych pod względem ich niezależności. Niezależność była po prostu stopniowalna, a jej zakres wyznaczały jednostronnie przywileje nadawane przez władze Rzymu. W konsekwencji w prawie tamtejszej społeczności międzynarodowej wyróżnić możemy szczątkowe relacje oparte na zasadzie równości (przede wszystkim: Rzym-Persja) oraz przeważające stosunki prawnego podporządkowania zbliżone do systemu wasalnego. Ten odmienny charakter relacji prawnych znajdował wyraz w praktyce traktatowej opartej na rzymskim *ius belli ac pacis*. Z podmiotami sobie równymi Rzym zawierał traktaty przymierza lub neutralności (*amicitia*) oraz traktaty obronne (*foedus*). Ze społecznościami, których nie uznawał za równe sobie wiązał się umowami podkreślającymi zależność drugiej strony (*deditio in fidem, clientela*)²⁶.

W republikańskim okresie istnienia państwa rzymskiego zaczęły się kształtować idee prawne, które dla rozwoju późniejszych form prawa społeczności międzynarodowych miały znaczenie fundamentalne. Mowa naturalnie o *ius gentium*. W prawie rzymskim miało ono dwojakie znaczenie. Rozumiane było jako prawo prywatne albo jako prawo obowiązujące między politycznie zorganizowanymi narodami²⁷. W swej genezie *ius gentium* to, jak wiadomo,

24. Por. AGO, *The First International Communities* (wyżej przyp. 20) 231-232; BEDERMAN, *International Law in Antiquity* (wyżej przyp. 6) 41-47; PREISER, *History* (wyżej przyp. 20) 721.

25. D. 49,15,7,1 (Prokulus 8 *epist.*).

26. Por. AGO, *The First International Communities* (wyżej przyp. 20) 228; BEDERMAN, *International Law in Antiquity* (wyżej przyp. 6) 194-202; NUSSBAUM, *A Concise History* (wyżej przyp. 1) 11-12; S. VEROSTA, *International Law in Europe and Western Asia between 100 and 650 A.D.*, 113 *Recueil des Cours l'Académie de Droit International de la Haye* 3 (1961) 485, 501-503.

27. M. KASER, *Ius gentium*, Köln-Weimar-Wien 1993, 4-5, 10-22.

prawo cywilne formowane i stosowane w praktyce pretora peregrynów (*praetor peregrinus*) w celu regulacji stosunków prawnych obywateli rzymskich z cudzoziemcami przebywającymi na terytorium państwa rzymskiego. Było więc prawem wszystkich narodów rozumianych jednak nie jako podmioty publiczne, lecz jako suma jednostek utrzymujących wzajemne stosunki cywilnoprawne. W tym ujęciu stanowiło prawo wszystkich wolnych ludzi przebywających na terytorium państwa rzymskiego²⁸. Jego intensywny rozwój związany pozostaje z szerokimi kontaktami handlowymi obywateli rzymskich z cudzoziemcami.

Z punktu widzenia dzisiejszego prawa międzynarodowego można zasadnie wątpić w to, czy tak rozumiane rzymskie *ius gentium* było, jako prawo prywatne, prawem społeczności międzynarodowej. Wątpliwość ta pozostaje natomiast bezzasadna wobec drugiego znaczenia *ius gentium* na gruncie prawa rzymskiego, to znaczy jako prawa regulującego stosunki wzajemne społeczności politycznych. Jego początki związane były z *ius fetiale* – prawem sakralnym kształtującym podstawy oficjalnych stosunków Rzymu z innymi narodami. W ramach tak rozumianego *ius gentium* ukształtowały się w rzymskiej kulturze prawnej reguły prowadzenia wojen, w tym doktryna *bellum iustum*, prawa dyplomatycznego oraz zasada dobrej wiary w stosunkach międzynarodowych²⁹. Praktyka *ius gentium* zmierzała do urzeczywistnienia ideałów obecnych w klasycznej myśli greckiej recypowanej przez kulturę rzymską. Ontycznego uzasadnienia *ius gentium* upatrywano w uniwersalnym, wspólnym wszystkim istotom żyjącym prawie naturalnym, którego ideę rzymscy prawnicy i pisarze (zwłaszcza Cycero) przejęli z filozofii greckiej, szczególnie ze stoickiej etyki społecznej. W racjonalistycznej myśli grecko-rzymskiej *ius naturale* określało porządek całego świata, zaś *ius gentium*, jako jego część, stanowiło prawo powszechne rządzące stosunkami między wszystkimi ludźmi i narodami³⁰. Ten uniwersalistyczny wymiar *ius gentium* dobrze oddaje definicja Gaiusa (112-180 po Chr.):

G. 1,1: *Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur: nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est vocatur- que ius civile, quasi ius proprium civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur*³¹.

28. KASER, *Ius gentium* (wyżej przyp. 27) 4-5; M. KURYŁOWICZ, *Prawa antyczne. Wykłady z historii najstarszych praw świata*, Lublin 2006, 164-165.

29. Por. KASER, *Ius gentium* (wyżej przyp. 27) 23-39.

30. Por. KASER, *Ius gentium* (wyżej przyp. 27) 22, 37-39; K. KOLAŃCZYK, *Prawo rzymskie*, wyd. 4, Warszawa 1986, 63; NEFF, *A Short History* (wyżej przyp. 3) 5; NUSSBAUM, *A Concise History* (wyżej przyp. 1) 15-16.

31. „Wszystkie ludy, które rządzą się ustawami i zwyczajami posługują się częściowo prawem własnym, częściowo prawem wspólnym wszystkim ludom; to bowiem prawo, które każdy lud ustanowił dla siebie, jest jego własnym prawem i zwie się *ius civile* jako własne prawo obywateli; to natomiast, które wrodzony rozsądek ustanowił pomiędzy wszystkimi ludźmi, jest jednakowo przestrzegane przez wszystkie ludy i zwie się *ius gentium*, jako prawo, którym posługują się wszystkie narody”.

Uniwersalizm rzymskiego *ius gentium* odcisnął wyraźny ślad na rozwoju prawa społeczności międzynarodowej w średniowiecznej i nowożytnej Europie. Miał też znaczący wpływ, dzięki sukcesorowi Rzymu – Cesarstwu Bizantyjskiemu, na prawo narodów w Europie Wschodniej³². Nie sposób również współcześnie przeceniać jego znaczenia dla ukształtowania ogólnych zasad prawa wiążących w stosunkach wewnętrznych i międzynarodowych.

W obrębie europejskiej średniowiecznej społeczności międzynarodowej wykształcił się unikalny porządek prawny. Jego podstawy cechował ideowy pluralizm tkwiący w rzymskim *ius civile*, filozofii greckiej i oczywiście w religii i doktrynie chrześcijańskiej.

Średniowieczne *ius gentium* ujmowane w perspektywie prawa naturalnego miało wyraźne aspiracje uniwersalistyczne. Nie było to prawo narodowe, ani prawo międzynarodowe w dzisiejszym rozumieniu tego terminu, lecz prawo powszechne całego świata chrześcijańskiego. Świadomość przynależności do *christianitas* była znacznie silniejsza niż świadomość narodowa i państwowa. Jeśli uwzględni się ponadto dysponowanie przez Kościół Katolicki środkami egzekwowania prawa, takimi jako ekskomunika czy interdykt, łatwo zrozumiałby okazuje się nie tylko intelektualny, ale i praktyczny wpływ doktryny i władzy kościelnej na średniowieczne stosunki międzynarodowe.

Res publica universae christianitatis cechowała daleko idąca decentralizacja zarówno w wymiarze przestrzennym, jak i politycznym. Porządek średniowiecznej społeczności międzynarodowej nie opierał się na granicach geograficznych, etnicznych i politycznych. Cechowały go płynne, zmieniające się strefy graniczne, współistnienie różnych tożsamości lokalnych, wzajemne przenikanie się przynależności politycznych, różne strefy władzy podzielone funkcjonalnie i terytorialnie, wielość wzajemnie się uzupełniających rozmaitych instytucji politycznych, religijnych i militarnych. Polityczna i prawna organizacja skupiona była wokół różnych kręgów władzy: włości senioralnych, wspólnot plemiennych, miast, korporacji zawodowych, stanów społecznych, biskupstw, księstw, królestw, cesarstwa, papieństwa. Średniowieczna społeczność międzynarodowa opierała się nie tyle na tożsamości politycznej i państwowej, co na fundamencie wspólnych, klarownych wartości oraz wzajemnie przenikających się interesów³³. Była czymś więcej niż tylko społecznością – stanowiła spójną wspólnotę międzynarodową budującą tożsamość kulturowo-ideową Europy. Zdecentralizowana organizacja, wielopoziomowe wykonywanie władzy i silna więź aksjologiczna to przyczyny szukania w średniowiecznej organizacji politycznej przez niektórych współczesnych badaczy integracji europejskiej

32. TAUBE, *Études* (wyżej przyp. 14) 350 nn.

33. Por. np. M.A. CICHOCKI, *Nowe Średniowiecze*, Nowa Europa 5 (2007) 310 nn; J. ZIELONKA, *Europa jako Imperium. Nowe spojrzenie na Unię Europejską*, przeł. A. i J. Maziarscy, Warszawa 2007, 12-15.

inspiracji dla optymalnego określenia dzisiejszego i przyszłego kształtu politycznoprawnego Europy³⁴.

Niewątpliwie średniowieczna wspólnota międzynarodowa stanowiła dojrzałą postać integracji bez wykształcenia się w jej obrębie superpaństwa. Cechowała ją, niekiedy daleko posunięta, autonomia lokalnych podmiotów politycznych, a nawet stanów społecznych (duchowieństwa i rycerstwa). Prawo *Repubblica Christiana* istniało obok i zarazem ponad prawami poszczególnych politycznych jednostek terytorialnych (miast, księstw, królestw). Określało ono status władz całej wspólnoty, w tym status papieża, cesarza, soborów powszechnych oraz instytucji kościelnych, wojskowych, naukowych i sądowych służących realizacji jej celów³⁵. Jednocześnie średniowieczny świat polityczny charakteryzowały zmagania o *dominium mundi*, które stały się przyczyną jego rozpadu. Dążenia papieżstwa i cesarstwa do „władztwa światowego” prowadziły początkowo do rozproszenia suwerenności w średniowiecznej Europie i tym samym hamowały rozwój prawa *Repubblica Christiana* jako prawa międzynarodowego³⁶. Spór ten okazał się w końcu katalizatorem działań emancypacyjnych w poszczególnych społecznościach politycznych. Umacnianie się idei suwerenności państwa stanowiło jedną z głównych przyczyn rozpadu średniowiecznej wspólnoty międzynarodowej. Zmniejszająca się rola religii katolickiej osłabionej dodatkowo w XVI wieku ekspansją ruchu reformatorskiego nie pozostały tu również bez znaczenia³⁷.

Wykształcenie i ugruntowanie się idei suwerenności w stosunkach międzynarodowych tworzy cezurę oddzielającą przednowożytne prawo narodów od prawa kulminującego we współczesnym systemie prawa międzynarodowego. Tej cezury szukać należy u schyłku średniowiecza; w każdym razie w XVI wieku mówić możemy o utrwaleniu się idei suwerenności w stosunkach międzynarodowych, choć w doktrynie wskazuje się tu najczęściej dopiero na pokój westfalski jako na moment przełomowy³⁸.

Zmiany struktury i intelektualnych podstaw wspólnoty średniowiecznej miały duży wpływ na prawo narodów i jego naukę. Dawne teologiczne uza-

34. Por. np. P. KOSŁOWSKI, *Unia Europejska a koniec jedności narodu i państwa*, Nowa Europa 5 (2007) 273 nn; M. WIND, *The European Union as a Polycentric Polity: Return to a Neo-Medieval Europe?*, w: *European Constitutionalism Beyond the State*, red. J.H.H. WEILER, M. WIND, Cambridge 2003, 103 nn; ZIELONKA, *Europa jako Imperium* (wyżej przyp. 33) 222-255.

35. Por. szerzej W. SAWICKI, *Prawo międzynarodowe średniowiecznej 'Christianitas'*, 14 Roczniki Teologiczne-Kanoniczne 5 (1967) 21-40.

36. K. KORANYI, *Ze studiów nad międzynarodowymi traktatami w średniowieczu*, Lwów 1936, 1-5.

37. Por. M. BOEGNER, *L'influence de la Réforme sur le développement du droit international*, 6 Recueil des Cours l'Académie de Droit International de la Haye 1 (1925) 245, *passim*; M. ZIMMERMAN, *La crise de l'organisation internationale a la fin du Moyen Age*, 44 Recueil des Cours l'Académie de Droit International de la Haye 2 (1933) 319, *zvl.* 394-437.

38. Warto jednak odnotować pojawiające się ostatnio próby rewizji znaczenia pewnych powszechnie akceptowanych, wydawałoby się, faktów w historii prawa międzynarodowego. Dotyczy to również kwestionowania znaczenia pokoju westfalskiego dla ugruntowania się idei suwerenności państwa i umiejscawiania jej początków w późniejszym okresie. Tak np. S. BEAULAC, *The Westphalian Legal Orthodoxy – Myth or Reality?*, JHIL 2 (2000) 148 nn; A. OSLANDER, *Sovereignty, International Relations and the Westphalian Myth*, 55 International Organization 2 (2001) 251 nn.

sadnienia prawa okazały się niewystarczające dla potrzeb nowej społeczności międzynarodowej, w której suwerenne państwa zaczęły odgrywać główną rolę i która u progu epoki nowożytnej zapoczątkowała okres intensywnej ekspansji terytorialnej, politycznej i kulturowej. Prawo narodów zaczęło się sekularyzować i tym samym uniezależniać od wpływów doktryny katolickiej. *Ius gentium* w Europie nie przestało jednak rościć sobie pretensji do uniwersalizmu. Jego podstaw zaczęto upatrywać, podobnie jak miało to miejsce w prawie antycznej społeczności śródziemnomorskiej, w racjonalistycznie pojmowanym prawie naturalnym. Oczywiście ta emancypacja nie dokonała się w ciągu kilku lat. Faktem stała się na przełomie wieków XVI i XVII. Trudno w gruncie rzeczy wskazać na jednego autora, który swym dziełem dokonał wyemancypowania nauki prawa narodów. Grocjusz, cieszący się sławą „ojca prawa międzynarodowego” w dużej mierze był eklektykiem. Na przykład swój wykład prawa wojny oparł na dziele Alberico Gentiliego. Ten z kolei szeroko korzystał z prac Francesco Vitorii zbieżnych z tezami głoszonymi ponad wiek wcześniej przez polską XV-wieczną szkołę prawa narodów. Faktem jest, że wszyscy klasycy prawa narodów ujmowali je w perspektywie prawa naturalnego, co, jak już wspomniano, utożsamiane było wówczas z jego uniwersalizmem. Ten uniwersalizm nabrał szczególnego znaczenia jako intelektualny oręż w kontaktach Europy z innymi częściami świata³⁹.

Jeśli zwrócimy uwagę na ideę prawa narodów w myśli jego nowożytnych „ojców-założycieli” skonstatujemy jej zakorzenienie, pomimo wyodrębnienia się z doktryny Kościoła Katolickiego, w chrześcijańskim dziedzictwie intelektualnym. Chrześcijaństwo stanowiło zarówno pozytywny, jak i negatywny, czyli właściwie jedyny punkt odniesienia dla początków tej nauki i dlatego geneza nauki prawa narodów była jednoznacznie europejska. Stąd brało się przekonanie o kulturowej niższości narodów niechrześcijańskich, a później, w XIX wieku, przekonanie o ich niezdolności do przyjęcia „cywilizowanego” prawa narodów. W tym znaczeniu chrześcijański europocentryzm pozostaje odpowiedzialny za wykluczenie w czasach nowożytnych narodów niechrześcijańskich utożsamionych z narodami „niecywilizowanymi” poza krąg beneficjentów prawa narodów. Europocentryzm stanowił w konsekwencji istotną przeszkodę oparcia społeczności międzynarodowej na zasadzie pluralizmu.

Powstaje jednak pytanie, czy deklarowany uniwersalizm ówczesnego prawa narodów nie był fałszywym uniwersalizmem? Formułując inaczej to pytanie – czy nowożytne europejskie prawo narodów nie służyło uzasadnianiu imperialnej polityki państw europejskich? Patrząc na ówczesną praktykę można odnaleźć argumenty na rzecz, niestety, twierdzącej na nie odpowiedzi.

39. Por. zwł. ALEXANDROWICZ, *Treaty and Diplomatic Relations* (wyżej przyp. 6) 309-310; TENŹE, *The Afro-Asian World and the Law of Nations (Historical Aspects)*, 123 Recueil des Cours l'Académie de Droit International de la Haye 1 (1968) 117, 126-128.

Od początków kształtowania się prawa nowożytnej społeczności międzynarodowej prawo to spełniało funkcję regulacyjną w stosunkach międzynarodowych w perspektywie ładu definiowanego przez przywileje i interesy wielkich mocarstw. Diagnoza ta znajduje, dodajmy na marginesie, również zastosowanie do prawa międzynarodowego pod rządami *Karty Narodów Zjednoczonych*. W tym znaczeniu tzw. system westfalski opierający się na legalizacji hegemonialnej pozycji mocarstw nie jest, jak się czasami dziś sądzi, jedynie reliktem przeszłości. Późniejszym wyrazem instytucjonalnym tej pozycji było Święte Przymierze i Koncert Europejski, po I wojnie światowej pozycja tzw. mocarstw sprzymierzonych i stowarzyszonych, a współcześnie instytucja stałych członków Rada Bezpieczeństwa⁴⁰.

Nowożytne prawo międzynarodowe stworzyło podstawy prawne stosunków państw europejskich z innymi częściami świata, które możemy określić mianem „toksycznej historii prawa międzynarodowego”. Dwa z jej przejawów zasługują na podkreślenie szczególne. Po pierwsze, prawo to nie tworzyło właściwie żadnej bariery dla mocarstwowych aspiracji państw europejskich w obrębie samej Europy. Układ wzajemnych stosunków między nimi nie był określany przez normy zakazujące określonych działań, lecz jedynie przez „sprawiedliwą równowagę mocarstw”, do której odwołał się wprost po raz pierwszy Traktat pokoju z Utrechtu (1713) kończący wojnę o sukcesję hiszpańską. Równowaga mocarstw w połączeniu z ich uprzywilejowaną pozycją stała się głównym wektorem nowożytnego ładu międzynarodowego. Nie było w nim miejsca na równość wszystkich państw pod względem ich suwerenności. Ten stan rzeczy w drugiej połowie XVIII wieku zaczął dodatkowo uzyskiwać prawne uzasadnienie za sprawą ekspansji pozytywizmu prawniczego, który przyczynił się do absolutyzacji suwerenności w międzynarodowym porządku prawnym. *Ius publicum Europeum* było prawem ufundowanym na woli mocarstw, dla których po Kongresie Wiedeńskim forum współpracy tworzył Koncert Europejski⁴¹. Po drugie, niedoskonałość nowożytnego prawa narodów przejawiała się w nierównoprawnych stosunkach państw europejskich z państwami nieeuropejskimi. W szczególności to europejskie mocarstwa decydowały o uznawaniu podmiotów z innych kręgów cywilizacyjnych za członków kształtującej się w XIX wieku powszechnej społeczności międzynarodowej.

Przewycięzenie tej europocentrycznej perspektywy związane pozostaje z pojawieniem się w międzynarodowym porządku prawnym zasady równości państw

40. Por. np. R. BIERZANEK, *Stanowisko wielkich mocarstw w prawie międzynarodowym*, Państwo i Prawo 5-6 (1946) 57; K. WOLFKE, *Great and Small Powers in International Law from 1814 to 1920*, Wrocław 1961, *passim*; G. SIMPSON, *Great Powers and Outlaw States. Unequal Sovereigns in the International Legal Order*, Cambridge 2004, *passim*; U.K. PREUSS, J. SCHMIERER, P.-T. STOLL, *Rola prawa międzynarodowego w zglobalizowanym świecie*, Warszawa 2006, 11-15.

41. Por. szerzej GREWE, *Epochen* (wyżej przyp. 7) 323 nn; H.-U. SCUPIN, *History of the Law of Nations. 1815 to World War I*, w: *Encyclopedia Of Public International Law* (wyżej przyp. 16) 767 nn.

pod względem ich suwerenności. Zasadę suwerennej równości państw, na którą oficjalnie zaczęto się powoływać od II konferencji pokojowej w Hadze (1907)⁴², można poczytywać za czynnik przełomowy w procesie przejścia od okresu nowożytnej anarchii w stosunkach międzynarodowych charakteryzowanej przez brak prawnych granic dla suwerenności państwowej do etapu zorganizowanej społeczności międzynarodowej ufundowanej na normach peremptoryjnych⁴³. Pod rządami Karty Narodów Zjednoczonych społeczność międzynarodowa nie jest już społecznością „narodów chrześcijańskich”, ani nawet „narodów cywilizowanych”, lecz uniwersalną społecznością narodów „miłujących pokój” (art. 4 ust. 1 Karty)⁴⁴. Tym niemniej uniwersalizm współczesnego prawa międzynarodowego może być kwestionowany z powodu jego europejskich korzeni. Europejskie początki prawa międzynarodowego są dzisiaj oceniane albo jako dziedzictwo warte ochrony, albo, pejoratywnie, jako balast. Europocentryzm odegrał niepodważalnie decydującą rolę w historycznym rozwoju prawa międzynarodowego. Jego rola wyrażała się między innymi w utożsamianiu zasad cywilizacji europejskiej z ogólnymi standardami cywilizacyjnymi w czasie formowania się powszechnej społeczności międzynarodowej, czyli w drugiej połowie XIX wieku. Narody niezdolne, w ocenie państw europejskich, lub niechące sprostać tym standardom uznane zostały wówczas za narody „niecywilizowane” i tym samym postawione poza nawiasem powszechnej społeczności międzynarodowej. W XIX wieku utrwaliło się przekonanie o prawie międzynarodowym jako o europejskim fenomenie i wyższości *ius publicum Europaeum* nad analogicznym prawem obecnym w innych częściach świata⁴⁵.

Europocentryzm oceniany dziś bywa coraz częściej jako krzywdzący dla innych kultur. Samą ideologię europejskiego prawa międzynarodowego posądza się o uprzedzenie i szowinizm oparte na przekonaniu o rasowej, kulturowej i religijnej wyższości Europy⁴⁶. Konsekwencją dominacji europejskich wartości i instytucji prawnych jest współcześnie wspomniana już problematyczność uni-

42. P. J. BAKER, *The Doctrine of Legal Equality of States*, BYIL 4 (1923-1924) 1.

43. Tak np. L. LE FUR, *Le développement historique du droit international. De l'anarchie internationale à une communauté internationale organisée*, 41 Recueil des Cours l'Académie de Droit International de la Haye 3 (1932) 501, 549-556. Por. też A. TRUYOL Y SERRA, *L'expansion de la société internationale aux XIX et XX siècles*, 116 Recueil des Cours l'Académie de Droit International de la Haye 3 (1965) 89, 155-171.

44. Dobrą charakterystykę tych etapów w rozwoju nowożytnej i współczesnej społeczności międzynarodowej daje B.V.A. RÖLING, *International Law in an Expanded World*, Amsterdam 1969, 17-99.

45. Był to powszechny pogląd w niemal całej ówczesnej nauce prawa międzynarodowego. Można go znaleźć w pracach Wheatona, Lorimera, Westlaka, von Martensa, Blumtschligo, Heffera, Riviera, Nysa czy Oppenheima. Szerzej por. M. KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge 2001, 11-97.

46. Tak np. A. ANGHIE, *Imperialism, Sovereignty, and the Making of International Law*, Cambridge 2005, *passim*, zwł. 13-31; O.V. BUTKEYCH, *History of Ancient International Law: Challenges and Prospects*, JHIL 5 (2003), 189, 208-217; E. JOUANNET, *Universalism and Imperialism: The True-False Paradox of International Law?*, 18 EJIL 3 (2007) 379, 380-385; M. KOSKENNIEMI, *International Law in Europe: Between Tradition and Renewal*, 16 EJIL 1 (2005) 113, 114-118; ONUMA, *When was the Law* (wyżej przyp. 5) 22-27, 39-50; A. ORAKHELASHVILI, *The Idea of European International Law*, 17 EJIL 2 (2006) 315, *passim*; RÖLING, *International Law* (wyżej przyp. 44) 5-16.

wersalizmu prawa międzynarodowego. Podnoszona bywa wątpliwość, czy prawo międzynarodowe to wyraz rzeczywistego uniwersalizmu, czy tylko uniwersalizmu „fałszywego”⁴⁷. Kwestia ta prowokuje do postawienia pytania o potrzebę rewizji historii prawa międzynarodowego w oparciu o intercywilizacyjną perspektywę, co postuluje i przekonująco uzasadnia Onuma Yasuaki⁴⁸.

Rzeczywiście, europejski punkt widzenia skłonny do prezentowania europejskich wartości jako wartości uniwersalnych może budzić uzasadnione zastrzeżenia. Trzeba jednak pamiętać, że choć i pozaeuropejskie cywilizacje stworzyły prawne podstawy wzajemnych relacji, to w ich obrębie nie powstały instytucje i zasady zdolne do ukształtowania podstaw współczesnego powszechnego prawa międzynarodowego. Faktem pozostaje przystąpienie narodów nieeuropejskich do powszechnej społeczności międzynarodowej na zasadach stworzonych przez europejską kulturę prawną⁴⁹. To w tej kulturze tkwią korzenie wielu dzisiejszych instytucji i zasad prawnomiędzynarodowych, zaś inspiracje i kamienie milowe intelektualnej panoramy prawa międzynarodowego tworzą dzieła Europejczyków: Włódkowica, Vitorii, Gentilio, Suáreza, Grocjusza, Puffendorfa, Wolffa czy Vattela. Choć prawdą pozostaje, że do czasu powstania powszechnej społeczności międzynarodowej Europa stworzyła tylko jeden z kilku systemów normatywnych w stosunkach międzynarodowych – w tym sensie europocentryzm aspirujący do uniwersalizmu jest fałszywym stanowiskiem poznawczym – to jednak system europejski okazał się najsilniejszy i najbardziej wpływowy. Wykład historii prawa międzynarodowego i jego nauki marginalizujący czy wręcz pomijający dokonania Europy byłby więc w istotnym zakresie niepełny⁵⁰. Europejskie korzenie powszechnego prawa międzynarodowego pozostają faktem, którego „polityczna poprawność” nie może zakwestionować. Nie jest to gloryfikacja europocentryzmu, a jedynie konstatacja okoliczności, która we współczesnym prawie międzynarodowym odpowiedzialna pozostaje za szereg, również negatywnych, zjawisk.

Dyskusja wokół genezy powszechnego prawa międzynarodowego dowodzi przewagi ideowego pluralizmu nad partykularyzmem w utrwalaniu powszechności i normatywnej jedności prawa międzynarodowego. Nie oznacza to równej wartości

47. Por. np. KOSKENNIEMI, *International Law* (wyżej przyp. 46) 116; TENŽE, *What is International Law for?*, w: *International Law*, red. M.D. EVANS, Oxford 2010, 50-51.

48. ONUMA, *When was the Law* (wyżej przyp. 5) 61-66.

49. Podkreślał to np. HUBERT, *Zarys* (wyżej przyp. 10) 9. Potwierdza to również Yasuaki Onuma w ramach swej intercywilizacyjnej perspektywy wskazując jednocześnie na pułapki europocentryzmu, zwłaszcza tę związaną z projekcją w przeszłość stanu prawnego z czasu pojawienia się powszechnej społeczności międzynarodowej. Por. ONUMA, *When was the Law* (wyżej przyp. 5) 54-57. Zob. też polemikę wokół tez Onumy, *Symposium. Onuma Yasuaki's 'When was the Law of International Society Born?'*, JHIL 6 (2004) 1-149.

50. Por. W.G. GREWE, *Vom europäischen zum universellen Völkerrecht. Zur Frage der Revision des 'europazentrischen' Bildes der Völkerrechtsgeschichte*, ZaöRV 42 (1982) 449 nn; J.M. KELLY, *Historia zachodniej teorii prawa*, przekł. zb., Kraków 2006, 178-180; MOSLER, *International Society* (wyżej przyp. 9) 21; M. SHAW, *International Law*, wyd. 6, Cambridge 2008, 13; PREISER, *History* (wyżej przyp. 20) 718; STEIGER, *From the International Law of Christianity* (wyżej przyp. 7) 180; J.H.W. VERZIJL, *Western European Influence on the Foundation of International Law*, w: TENŽE, *International Law in Historical Perspective*, t. 1, Leyden 1968, 435 nn.

i jednakowego stopnia uzasadnienia każdego punktu widzenia prezentowanego przez członków pluralistycznej społeczności międzynarodowej. Wskazuje jedynie na wyższość pluralistycznego dyskursu w przyjmowaniu rozwiązań prawnych kształtujących status tej społeczności i jej członków nad arbitralnymi decyzjami podejmowanymi pod sztandarem „misji cywilizacyjnej”.

Stosunki konsularne Państwa Kościelnego ze Stanami Zjednoczonymi w latach 1797-1870

W przeciwieństwie do obszernej literatury dotyczącej dyplomacji papieskiej i jej specyfiki wobec USA, stosunki konsularne między Państwem Kościelnym a Stanami Zjednoczonymi stanowią jedynie pewien epizod w historii jednej i drugiej dyplomacji. W literaturze i dokumentach pojawiają się na ten temat jedynie nieliczne, krótkie wzmianki. Ten temat – jak myślę – mógłby zainteresować śp. Andrzeja Kremera, prawnika i historyka, romanistę i erudytę, który przez lata pozostawał w służbie konsularnej RP i jako wybitny dyplomata, Podsekretarz Stanu w MSZ, w młodym wieku zginął w tragicznej katastrofie pod Smoleńskiem.

Kościół Katolicki jako Kościół Powszechny¹ od wielu stuleci – co najmniej od czasów wczesnego średniowiecza – odgrywał na arenie międzynarodowej istotną rolę. Wtedy, kiedy kształtowały się normy prawa poselstw, które obecnie nazwalibyśmy prawem dyplomatycznym, oraz instytucje konsulatu, współcześnie określane prawem konsularnym, przedstawiciele papieży pełnili swoje misje w różnych krajach europejskich. Stanowiło to jeden z elementów wykształcającej się praktyki w stosunkach międzypaństwowych. Stąd, gdy powstało Państwo Kościelne², uważano powszechnie że jego przedstawiciele reprezentują zarówno duchowe, religijne, jak i „ziemskie”, świeckie interesy Kościoła.

Stosunki konsularne ze swojej natury dotyczą spraw, które można określić jako „ziemskie” i świeckie, tzn. dotyczące wymiany handlowej, pomocy prawnej cudzoziemcom przebywającym na obcym terytorium, *etc*³. Mimo, że z punktu widzenia współczesnego prawa dyplomatycznego i konsularnego, opartego o dwie różne konwencje wiedeńskie z lat 1961 i 1963, nawiązanie stosunków konsularnych nie jest uzależnione od uprzedniego nawiązania stosunków dyplomatycznych, to praktyka państw w tym zakresie w poprzednich wiekach, także na przełomie XVIII i XIX wieku, była inna. Uważano, że stosunki konsularne z Państwem

1. *Katholikos* w języku greckim – powszechny.

2. Państwo Kościelne, inaczej *Patrimonium Sancti Petri*, powstało w połowie VIII wieku.

3. Obszerne monografie w języku polskim ogłosili na ten temat m.in. J. SUTOR, *Prawo dyplomatyczne i konsularne* (kilka wydań) oraz S. SAWICKI, *Prawo konsularne. Studium prawnomiędzynarodowe*, wyd. 1, Warszawa 1998.

Kościelnym (Stolicą Apostolską) możliwe są w sytuacji, kiedy nawiązywane są równocześnie lub istnieją już wzajemne stosunki na szczeblu dyplomatycznym. Zagadnienia związane z prawnomiędzynarodową podmiotowością Stolicy Apostolskiej jako tworu odrębnego od Państwa Kościelnego nie stanowiły zatem przedmiotu większego zainteresowania prawników i dyplomatów⁴. Można jednak wskazać na szczególnie przypadek, prawdopodobnie jedyny, kiedy w okresie istnienia Państwa Kościelnego nawiązało ono wyłącznie stosunki konsularne nie mając nawiązanych stosunków dyplomatycznych⁵.

Gdy państwa Ameryki Północnej deklarowały swoją niepodległość i powstawały Stany Zjednoczone, Kościół Katolicki na ich terenie był stosunkowo niewielką instytucją misyjną liczącą około 30 tys. wiernych mieszkających głównie w stanach Maryland i Pensylwania. Tylko 16 księży katolickich działało na terenie Stanów Zjednoczonych, gdy John Carrol objął godność pierwszego biskupa w Baltimore w 1789 roku. Natomiast tzw. Ojcowie Założyciele Stanów Zjednoczonych, świadomi w owym czasie tragicznych skutków wojen religijnych w Europie, pozostający pod wpływem idei Oświecenia i ideałów rewolucji francuskiej, pragnęli utworzenia państwa świeckiego, a nawet, jak to obrazowo określano, oddzielonego murem od spraw wyznaniowych⁶. Wyraża to m.in. pierwsza poprawka do Konstytucji Stanów Zjednoczonych:

„Żadna ustawa Kongresu nie może wprowadzić religii ani zabronić swobodnego praktykowania jej, ograniczać wolności słowa lub prasy ani prawa ludu do spokojnych zgromadzeń lub do składania naczelnym władzom petycji o naprawianie krzywd.”

John Adams, jeden z Ojców Założycieli, którym często przypisuje się przynależność do loży masońskiej⁷, był przekonany, że Kongres nigdy nie nawiąże stosunków dyplomatycznych ze Stolicą Apostolską, gdyż mogłoby to otworzyć drzwi Stanów Zjednoczonych przed „tyranem w sutannie” („ecclesiastical tyrant”) jak wyobrażał sobie reprezentanta Państwa Kościelnego⁸. Mimo jego płomiennych

4. Na temat istoty i statusu prawnego Stolicy Apostolskiej jako odrębnego podmiotu zarówno od Państwa Kościelnego jak i Państwa Miasta Watykańskiego (potocznie nazywanego Watykanem) istnieje bardzo obszerna literatura. W publicystyce i języku mediów często terminy te używane są zamiennie, co powodować może pewną dezorientację. Z punktu widzenia prawnego Stolica Apostolska, aparat kierowniczy władzy Kościoła Rzymskokatolickiego na czele z papieżem oznacza bezterytorialną suwerenną instytucję mającą atrybuty podmiotowości prawnomiędzynarodowej przynależną państwu. Szczegółowe wyjaśnienie pojęcia wymaga uwzględnienia m.in. prawa wewnętrznego Kościoła rzymskokatolickiego tj. prawa kanonicznego, co przekraczałoby znacznie ramy niniejszego opracowania.

5. „Wszyscy konsulowie na danym obszarze byli podporządkowani przedstawicielstwu dyplomatycznemu Stolicy Apostolskiej. Tam, gdzie nie było przedstawicielstwa dyplomatycznego (np. w USA), konsulowie spełniali, w ograniczonym zakresie, funkcje polityczne”. Tak w swojej monografii krótko zaznacza J. CZAJA, *Prawnomiędzynarodowy status Watykanu*, Warszawa 1983, 210.

6. Wyrażenia *wall of separation* użył Thomas Jefferson w liście adresowanym do Komitetu Danbury Baptists Association of Connecticut, przedrukowanym w: S. PADOVER, *The Complete Jefferson*, New York 1943. Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych w sprawie Reynolds vs Stany Zjednoczone uznał Jeffersona za autora tych słów.

7. J. Adams był człowiekiem wierzącym, choć jawnie demonstrował swoje antyklerykalne poglądy, por. m.in. DAVID L. HOLMES, *The Faiths of the Founding Fathers*, Oxford University Press, 2006.

8. L. PEEFFER, *Church, State and Freedom*, Boston 1953, cyt. za M.T. VAN DER MOLEN, *Diplomatic Relations Between the United States and the Holy See: Another Trick from the Wall*, 19 Valparaiso University Law Review 197 (1984) 205. Dokument dostępny w wersji cyfrowej na <http://scholar.valpo.edu/vultr/vol19/iss1/8> (dostęp: 10.10.2011).

ostrzeżeń kierowanych do członków Kongresu, prezydent George Washington zdecydował o nawiązaniu oficjalnych stosunków z Państwem Kościelnym, aczkolwiek nie dyplomatycznych, a wyłącznie o charakterze konsularnym. O ironio, prezydentem, który kilka dni po swojej elekcji zawarł 17 marca 1797 roku oficjalne stosunki konsularne z Państwem Kościelnym, był właśnie John Adams. Przeważały argumenty zarówno polityczne, jak i gospodarcze. Stany Zjednoczone szukały w świecie, a szczególnie w Europie, świadectw uznania za nowo powstałe suwerenne państwo, a ponadto zależało im na szerokim dostępie do portów znajdujących się na terenie Państwa Kościelnego.

Pierwszym konsulem Stanów Zjednoczonych w Rzymie (jak to określano w dokumentach amerykańskich) został John B. Sartori. Konsulat Stanów Zjednoczonych w Rzymie działał aż do 1870 roku, to znaczy do czasu likwidacji Państwa Kościelnego, jakie nastąpiło w wyniku procesu zjednoczenia Włoch pod rządami Wiktora Emanuela. Konsulaty Stanów Zjednoczonych w latach 1797 do 1870 działały również w Anconie, Rawennie, Civitavecchia, Ceperano, Comaccio, Fiumicino, Ostii i Porto d'Anzio. Świadczy to o istotnym znaczeniu, które Stany Zjednoczone przywiązywały do dobrych stosunków gospodarczych z Państwem Kościelnym. Podkreślając swoisty charakter nawiązanych stosunków konsularnych, a zarazem aby w żadnym stopniu nie obciążać budżetu federalnego, konsulowie Stanów Zjednoczonych mogli pobierać wynagrodzenie wyłącznie pochodzące z opłat za dokonywane przez nich czynności urzędowe⁹.

Głównym zadaniem powstałych urzędów konsularnych było rozwijanie stosunków handlowych między Stanami Zjednoczonymi a Państwem Kościelnym a ponadto – zgodnie z otrzymanymi instrukcjami – składanie raportów o istotnych wydarzeniach Departamentowi Stanu. Natomiast Państwo Kościelne wysyłało swoich konsuli do Stanów Zjednoczonych (konsulat został ustanowiony w Nowym Jorku) w latach 1826 do 1895¹⁰. Ponieważ po 1870 roku nie istniało już Państwo Kościelne, *exequatur* udzielone przez Stolicę Apostolską w 1876 roku Louisowi B. Binsse zakwestionowane zostało przez Włochy. Powstała sytuacja, którą komentatorzy określają jako „nierozwiązana” aż po rok 1895, czyli aż do śmierci nominata.

Wzajemne stosunki pomiędzy Państwem Kościelnym a Stanami Zjednoczonymi zyskały większą rangę wtedy, gdy w 1848 roku, na wniosek prezydenta Jamesa Polka, Stany Zjednoczone nawiązały z Państwem Kościelnym stosunki dyplomatyczne (a zatem nie wyłącznie konsularne). Przy tej okazji Sekretarz Stanu James Buchanan zaznaczył wyraźnie, że stosunki dyplomatyczne zostają

9. Por. J. A. CORIDEN, *Diplomatic Recognition of the Holy See*, *The Jurist* 48 (1988) 484.

10. Porównanie ilości otwartych i działających konsulatów, a także fakt ustanowienia konsulatu w Nowym Jorku dopiero w 1826 roku (a więc w 29 lat po zawarciu stosownego porozumienia) świadczyć może o większym zainteresowaniu Stanów Zjednoczonych niż Państwa Kościelnego wzajemnymi stosunkami.

nawiązane z Państwem Kościelnym, a nie z „papieżem jako głową Kościoła Katolickiego”. Instrukcja pierwszego ministra pełnomocnego Stanów Zjednoczonych w Państwie Kościelnym brzmiała:

„Większość rządów, jeżeli nie wszystkie, mających w Rzymie swoje przedstawicielstwa dyplomatyczne związanych jest z papieżem jako głową Kościoła Katolickiego. W tej kwestii stanowisko Rządu Stanów Zjednoczonych jest całkowicie odmienne. Bez względu na wszystko Rząd Stanów Zjednoczonych nie ma żadnej władzy nad kwestiami religijnymi. A zatem wasze wysiłki mają być poświęcone wyłącznie rozwijaniu jak najlepszych cywilnych stosunków z Rządem Papieskim i rozwojem handlu pomiędzy dwoma krajami... Być może, o ile uznacie to za słuszne, właściwe będzie podać to stanowisko do wiadomości Rządu Papieskiego przy jakiejś stosownej okazji, aby uniknąć w tej kwestii jakichkolwiek błędów czy nieporozumień”¹¹.

Stosunki dyplomatyczne w 1848 nawiązano na najniższym szczeblu, *chargé d'affairs*. Kształtowały się one różnie, w zależności od sytuacji politycznej, np. w czasie wojny secesyjnej, kiedy korespondencja papieska z przedstawicielami Konfederatów wyraźnie zaostrzyła stosunki z rządem Unii. Po 1870 roku przybierały one różną formę, zazwyczaj kontaktów nieoficjalnych prowadzonych przez tzw. delegatów lub osobistych wysłanników¹². Dopiero 10 stycznia 1984 roku Stany Zjednoczone jako 107 państwo, ale zarazem pierwsze wielkie mocarstwo, nawiązały oficjalne stosunki dyplomatyczne ze Stolicą Apostolską¹³ a nie, jak piszą niektórzy autorzy, z Watykanem czy Państwem Miasta Watykańskiego¹⁴. Napotkało to na głosy protestu niektórych kościołów w Stanach Zjednoczonych, a także przywróciło dyskusję nad zgodnością faktu nawiązania stosunków dyplomatycznych w kontekście I Poprawki do Konstytucji Stanów Zjednoczonych¹⁵. O podjęciu decyzji nawiązania pełnych stosunków dyplomatycznych ze Stolicą Apostolską zadecydowała nie tylko określona sytuacja geo-polityczna i deter-

11. „Most, if not all, the Governments which have diplomatic representation at Rome are connected with the Pope as the head of the Catholic Church. In his respect the Government of the United States occupies an entirely different position. It possesses no power whatever over the question of religion. ... Your efforts therefore will be devoted exclusively to the cultivation of the most friendly civil relation with the Papal Government, and to the extension of the commerce between the two countries. ... It might be proper, should you deem it advisable, to make these views known, on some suitable occasion, to the Papal Government, so that there may be no mistake or misunderstanding on this subject”. Memorandum Sekretarza Stanu Buchanana do Jacoba L. Martina z 5 kwietnia 1848 w: J. MOORE, „Digest of International Law” 130 (1906).

12. Obserną monografię poświęca dyplomacji papieskiej E.J. PAŁYGA, *Dyplomacja papieska 1914-1989. Specyfika własnej podmiotowości i form stosunków z państwami*, Warszawa 1993.

13. Jednoznacznie określa ten fakt tekst oficjalnego oświadczenia Białego Domu: „The United States of America and the Holy See, in the desire to further promote the existing mutual friendly relations, have decided by common agreement to establish diplomatic relations between them at the level of embassy on the part of the United States of America, and nunciature on the part of the Holy See, as of today, January 10, 1984”. Tego samego dnia podobne oświadczenie wydała Stolica Apostolska. Por. np. S.W. BETTGWY, *United States – Vatican Recognition: Background and Issues*, Catholic Lawyer 29 (1984) 225 nn oraz CORIDEN, *Diplomatic Recognition* (wyżej przyp. 9) 490 nn.

14. Wł. *Città del Vaticano, Stato della Città del Vaticano*, łac. *Status Civitatis Vaticanae*.

15. CORIDEN, *Diplomatic Recognition* (wyżej przyp. 9) 491 nn (*Challenges to Recognition in the American Courts*).

minacja Stanów Zjednoczonych ograniczenia ideologicznych i terytorialnych wpływów „Imperium Zła”, ale także wzrost znaczenia Stolicy Apostolskiej w stosunkach międzynarodowych, możliwość lepszych kontaktów ze znakomicie zorganizowaną służbą zagraniczną Stolicy Apostolskiej, możliwość zwrócenia się do legatów papieskich w sprawach mediacji i różnych nieoficjalnych misji, czy wreszcie przyjmowany z olbrzymim entuzjazmem w wielu krajach świata pontyfikat i wybitna osobowość papieża-pielgrzyma Jana Pawła II.

Szlachecka wizja stosunków międzynarodowych w Pierwszej Rzeczypospolitej

Tragiczne doświadczenia pierwszej i drugiej wojny światowej, wybuchających w krótkim, dwudziestopięcioletnim, odstępie czasu, pochłaniających miliony ofiar, siejących niebywałe zniszczenia materialne, przekonały społeczność międzynarodową do najwyższej wartości jaką jest pokój między narodami i państwami. Pokojowe stosunki umożliwiają także wewnętrzny rozwój państw; jednym z warunków demokracji jest stan pokoju w stosunkach międzynarodowych, podobnie jak rządy prawa¹. Już Rzymianie mawiali *inter arma silent leges*. Cechą charakterystyczną ustroju demokratycznego są długotrwałe procesy decyzyjne, powolne podejmowanie wszelkich rozstrzygnięć². Nie jest możliwe zachowanie tych reguł w warunkach wojny.

Z zasad tych doskonale zdawała sobie sprawę szlachta w okresie staropolskim, w dobie rozstrzygania sporów międzynarodowych na drodze wojennej. Unikając wojen, krytykując zbrojne przedsięwzięcia monarchów, nie okazywała braku odwagi, lecz rozważę konieczną do rozwoju ustroju, który uważano za epokowe osiągnięcie niemające precedensu w ówczesnym świecie. Gdy poznał go bliżej słynny francuski myśliciel Jan Jakub Rousseau, nie krył swego szacunku pomimo wszelkich ujawnionych wówczas wad ustrojowych Rzeczypospolitej. Pisał z początkiem lat siedemdziesiątych XVIII stulecia, u progu pierwszego rozbioru: „Dzielni Polacy, uważajcie! Uważajcie, byście chcąc, żeby wam było za dobrze, nie pogorszyli swego położenia. Myśląc o tem, co chcecie zyskać, nie zapominajcie o tem, co byście mogli utracić. O ile można naprawiajcie wady swej konstytucji, ale nie gardźcie tą, która zrobiła was tem, czem jesteście”. Rozumiał, że „forma ustroju” nie dopuszcza wojen zaczepnych; „Kto chce być wolnym, nie może chcieć być zdobywcą”³.

1. „(...) demokracje nie prowadzą między sobą wojen”, A. KRZECZUNOWICZ, *Zapobieganie kryzysom i rozwiązywanie konfliktów*, Częstochowa 2006, 6; por. także R. ARTYMIAK, *Problematyka demokracji a ład międzynarodowy*, w: *Demokracja. Teoria. Idee. Instytucje*, red. T. BIERNAT, A. SIWIK, Toruń 2003, 85-86.

2. Por. I. MOLASY, *Poglądy na demokrację głównych ugrupowań opozycji politycznej w Polsce lat osiemdziesiątych*, w: *Demokracja* (wyżej przyp. 1) 166.

3. J. J. ROUSSEAU, *Uwagi nad rządem Polski*, przeł. M. Starzewski, Kraków 1924, 4, 73.

Czasy te warto przypomnieć; wszak to w tej dalekiej przeszłości usytuowane są tradycje demokratyczne, do których powinniśmy sięgać chętniej, niż do czyniono dotychczas. Demokrację staropolską oceniano bowiem jako anarchię, prowadzącą do nierządu, chaosu w państwie. Przez wieki odżegnywano się od niej niemalże z obrzydzeniem lub pomijano z obojętnym milczeniem. Wielkość tamtej demokracji zaczęto zauważać, na przekór oficjalnej propagandzie i literaturze, już w czasach PRL. Obecnie, gdy z końcem XX wieku rozbrzmiewa krytyka współczesnej demokracji i dostrzega się poważne zagrożenia dla jej istnienia, zainteresowanie budzą tradycje demokratyczne w różnych krajach. W ostatnim dziesięcioleciu XX wieku rozgłos uzyskała koncepcja demokracji deliberacyjnej, choć wskazuje się na fakt, że debata, dyskurs publiczny nie jest wynalazkiem współczesnej doby – znany był wszak od starożytności, gdy na zgromadzeniu ludowym dorośli Ateńczycy debatowali nad zewnętrzną i wewnętrzną polityką państwa-miasta⁴. Niektórzy badacze, jak Giovanni Sartori widzą następnie liczącą prawie 2000 lat lukę, gdy termin demokracja wyszedł z użycia⁵. Co najwyżej dostrzegają pewne jej elementy w ustroju średniowiecznych miast włoskich czy kantonów szwajcarskich. Rzadko w pracach socjologów, politologów i filozofów polityki wspomina się demokrację szlachecką⁶. Warto jednak przypominać ją współczesności, gdyż jej charakter był na owe czasy ewenementem, a jej cechy mogą skłaniać do zaskakujących refleksji.

1. Rycerskie wychowanie szlachcica

Hieronim Lippomano, wenecki poseł przebywający w latach 70-tych XVI wieku w Polsce, tak scharakteryzował szlachtę polską: „Polacy (...) są po większej części wzrostu więcej niż miernego. Będąc silnej budowy ciała łatwo się hartują do trudu i znoszenia wszelkich niewygód tak, iż wielu z nich sypia na deskach albo gołej ziemi, podślawszy pod siebie własne odzienie, a siodło pod głowę”⁷. Szkolenie się w „rycerskim rzemiośle” było obowiązkiem każdego młodzieńca szlacheckiej krwi. Potrzeba, jak pisał Łukasz Górnicki w „Dworzaninie polskim”, aby „męstwem, siłą, ochotą i przeważnością (...) między drugimi słynął, czyniąc temu dosyć po wszelki czas i na każdym miejscu a najmniejszej rzeczy nie puszc-

4. Por. M. RACHWAŁ, *Demokracja bezpośrednia w procesie kształtowania się społeczeństwa obywatelskiego w Polsce*, Warszawa 2010, 62.

5. Za M. MARCZEWSKA-RYTKO, *Demokracja bezpośrednia w teorii i praktyce politycznej*, Lublin 2001, 69.

6. Por. CH. TILLY, *Demokracja*, przeł. M. Szczubiałka, Warszawa 2008; J. JAKUBOWSKI, *Warunki wstępne demokracji*, w: *Demokracja – samorządność – prawo*, red. T. BUKSIŃSKI, K. BONDYRA, J. JAKUBOWSKI, „Pisma Filozoficzne” 101 (2007); M. GRABOWSKA, *Demokracja – teorie i społeczne nastawienia*, Civitas. Studia z filozofii polityki 2 (1998); A. BŁASZCZYK, *Demokracja w myśleniu i działaniu. Z historii demokracji – jej perspektywy*, Warszawa 2004; R. BORKOWSKI, *Definiowanie demokracji*, w: *Demokracja* (wyżej przyp. 1); MARCZEWSKA-RYTKO, *Demokracja bezpośrednia* (wyżej przyp. 5); P. ŚPIEWAK, *Obietnice demokracji*, Warszawa 2004; P. UZIĘBŁO, *Demokracja partycypacyjna*, Gdańsk 2009; L. RAJCA, *Demokracja. Studium polityczne*, Toruń 2007; B. PAJĄK, *Demokracja polska i niemiecka. Tradycja, teraźniejszość, perspektywy*, Poznań 2008.

7. Za: S. PŁAZA, *Wielkie bezkrólewia*, Kraków 1988, 11, 2 „Dzieje Narodu i Państwa Polskiego” 22.

czając mimo się, która by mu niesławę przynieść miała, bo szwank w tej mierze a ustąpienie na lewo, by o włos, wieczną sromotą pachnie (...)”⁸. Stan rycerski uchodził za poważniejszy niż dworski; kandydat na dworzanina był narażony na różne pokusy. Mikołaj Rej w „Żywocie człowieka poczciwego” radził: „A jeśliby cię też w stan rycerski albo ten żołnierski myśl wiodła, wierz mi, i tam byś się nie prawie źle udał. Bo tam znajdziesz i dworstwo, i towarzystwo, i ćwiczenie, a snąć mało nie potrzebniejsze niżli u dwora”⁹. Szabla jako dowód rycerskości była przekazywana z ojca na syna jak najdroższy klejnot¹⁰.

2. Umiłowanie pokoju

Umiłowanie ojczyzny było w sposób szczególny zakorzenione w świadomości ówczesnej szlachty. Uważano, że najwyższą wartością jest dobro Rzeczypospolitej, którą szlachta jako jej synowie bronić muszą od wszelkich niebezpieczeństw. Porównywano więc Rzeczpospolitą do matki karmiącej swoje dzieci, dbającej o nie troskliwie. Gdy znajdzie się w potrzebie, wówczas to jej należy się pomoc. Szlachta wierzyła, że ojczyzna i oni sami kwitnąć będą wspólnie dzięki harmonii wewnętrznej i pokojowym stosunkom z sąsiadami. Jak podkreśla Edward Opałiński w książce o kulturze politycznej szlachty polskiej w latach 1587-1652, w zakresie polityki zagranicznej „(...) preferowano postawę pasywną, połączoną przy tym z daleko posuniętym pacyfizmem”¹¹.

3. Pokojowe współistnienie w dobie wojen

Polityka zagraniczna Królestwa Polskiego w czasach jagiellońskich była skierowana na obronę pozycji nad Bałtykiem. Walka o *dominium maris Baltici* w czasach gdy wszczęcie wojny było normalnym narzędziem prowadzenia polityki nie miała jednak charakteru ekspansywnego; raczej chodziło o zachowanie *status quo*, osiągnięte jako wynik rewindykacji wcześniej utraconych ziem, z poszanowaniem praw innych państw bałtyckich¹². Gdy w 1570 r. posłowie polscy negocjowali z wysłannikami króla duńskiego kwestie dotyczące władztwa nad Sundem, wyrażali wolę współistnienia: „co do władztwa tego morza, które sobie snadź król duński samemu przywłaszcza, opowiemy się ile możemy, a nie będzie mogło być inaczej, niechaj czyni, co chce na swoim morzu, tylko aby na morze Waszej

8. Ł. GÓRNICKI, *Dworzanin polski*, t. 1, red. R. POLAK, Wrocław 2004, 53.

9. M. REJ, *Żywot człowieka poczciwego*, t. 1, red. J. KRZYŻANOWSKI, Wrocław 2003, 101-102.

10. J. KITOWICZ, *Opis obyczajów za panowania Augusta III*, t. 2, red. R. POLAK, Wrocław 2003, 505.

11. E. OPAŁIŃSKI, *Kultura polityczna szlachty polskiej w latach 1587-1652*, Warszawa 1995, 120.

12. Por. M. JASKÓLSKI, *Kilka uwag 'O wojnie'*, w: *Krakowskie studia z historii państwa i prawa*, t. 3, red. W. URUSZCZAK, D. MALEC, M. MIKUŁA, Kraków 2010, 317-318.

Królewskiej Mości i Książąt Pomorskich jurysdykcji nie rozciągając¹³. Państwo polsko-litewskie, od 1569 r. będące Rzeczypospolitą Obojga Narodów, nie było jednak wolne od zagrożeń wojennych, spowodowanych dążeniami innych państw do obalenia władztwa Polski nad Bałtykiem. Jeszcze na sejmie w 1570 r. Zygmunt August, uważany za „niewojennego pana”, uświadamiał zebranym, że wojna jest nieuchronna¹⁴. Nie była ona wszakże wynikiem dążeń polskiej polityki; wręcz przeciwnie – głównym jej celem była współpraca z Królestwem Szwedzkim oraz zachowanie pokoju z Rosją i Turcją. Wydawało się, że pierwszy z kierunków zostanie osiągnięty na trwałe, gdy w 1587 r. w wyniku elekcji władcą Rzeczypospolitej został królewicz szwedzki Zygmunt Waza. W paktach konwentach zagwarantował przyłączenie na powrót Estonii, zagarniętej wcześniej przez Szwecję¹⁵. Ostatecznie uczynił to po utracie korony szwedzkiej, którą przejął uzurpator, jego stryj Karol Sudermański. Rzeczypospolita nie dążyła do wojny – została jej ona narzucona. Retoryka monarchy mającego swoje dynastyczne plany, ujawniana w kontaktach ze szlachtą, skupiała się na opisie wysiłków podejmowanych w celu zachowania pokoju. W styczniu 1600 r. Zygmunt III informował w legacji skierowanej na sejmiki przedsejmowe, że „Niem odjechał do Szwecyj, rozesłał poselstwa, zniósł się z pp. postronnemi około zatrzymania pokoju i bezpieczeństwa państw tych i a to za błogosławieństwem Pańskim zostawa wszystko w mierze swy i w pokoju, z czego niechaj będzie pochwalone imię Pańskie”¹⁶. W sytuacji, gdy Rzeczypospolitej groziło niebezpieczeństwo, szlachta miała dwa wyjścia – ustanowić pobór na zaciągnięcie wojska albo uchwalić pospolite ruszenie. Z rzadka decydowano się na drugie rozwiązanie, uważając je za ostateczność. Kompetencje zarówno w tej sprawie, jak i w sprawie wszczynania wojen, należały do sejmu. Zgodnie z postanowieniem Artykułów henrykowskich król przyrzekał „O wojnie albo ruszeniu pospolitym nic zaczynać nie mamy mimo pozwolenie sejmowe wszech stanów (...)”¹⁷. Jednak, jak podkreślił Zbigniew Wójcik: „Wiek XVII w historii stosunków międzynarodowych Polski związany jest jak najściślej z objęciem tronu przez Wazów, którzy w osobie Zygmunta III zadecydowali w pewnym sensie o dalszym kierunku polskiej polityki zagranicznej”¹⁸. Nie byli pierwsi; wcześniej uczynił tak Stefan Batory, organizując wyprawę przeciwko Moskwie. Szlachta,

13. J. EKES, *Złota demokracja*, Warszawa 1987, 161.

14. *Ibidem*, 172.

15. *Livonia partem, quam serenissimus Sveciae Rex nunc possidet, ad reliquum corpus Livoniae Regnum Poloniae, et Magnum Ducatum Lithuaniae adiungere et incorporare tenebitur (...), Volumina Constitutionum*, t. 2, 1550-1609, cz. 2. 1587-1609, red. S. GRODZISKI, Warszawa 2008, 56.

16. *Akta sejmikowe województw poznańskiego i kaliskiego*, t. 1 (1572-1632), cz. 1. (1572-1616), red. W. DWORZACZEK, Poznań 1957, 212.

17. *Volumina Constitutionum*, t. 2. 1550-1609, cz. 1. 1550-1585, red. S. GRODZISKI, I. DWORNICKA, W. URUSZCZAK, Warszawa 2005, 367.

18. Z. WÓJCIK, *Międzynarodowe położenie Rzeczypospolitej*, w: *Polska XVII wieku. Państwo – społeczeństwo – kultura*, red. J. TAZBIR, Warszawa 1969, 14.

pomimo świetnych zwycięstw, nie szczędziła słów krytyki swemu królowi. Już na sejmie w 1579 r. odzywały się głosy przeciwne wojnie, w dwa lata później w tym samym tonie przemawiał podkomorzy sieradzki Ponętowski, że „wolał w tamtych krajach niż wojnę taki pokój widzieć, który by był dla Rzeczypospolitej i dla Króla Jegomości uczciwym i pożytecznym”¹⁹.

Szlachta, a w jej imieniu posłowie zgromadzeni na sejmie, skłaniali się nawet w sytuacji, gdy wojna wydawała się nieuchronna lub była w toku, do starań o pokojowe rozstrzygnięcie sporu. Szczególnie unikano konfliktów z Turcją. Szlachta poznańska i kaliska, zebrana na sejmiku w Środzie 22 września 1620 r. napominała swych posłów, aby „(...) omni cura o to się starali, jeżeliby jakiekolwiek sposoby et honeste ac tute rationes mogły być wynalezione, żebyśmy w tę niebezpieczną, i który się przodkowie naszy barzo strzegli [wojnę], nie implikowali”²⁰. Wyraźnie odróżniano wojnę zaczepną od obronnej. Problem ten pojawił się, gdy Zygmunt III wyruszył na wojnę z Moskwą angażując się w sprawę obsady tamtejszego tronu. Zwycięstwo w postaci odzyskania Smoleńska uchroniło polskiego monarchę od zdecydowanego ataku na sejmie, odbywającym się w 1611 r., choć nie szczędzono mu słów krytyki. Posłowie, zadowoleni z powrotu ziemi smoleńskiej do Rzeczypospolitej, uchwalili konstytucję pod jednoznacznym tytułem „Poparcie wojny Moskiewskiej”, jednak z drugiej strony zaznaczyli w uchwale sejmowej, że: „(...) Król bella offensiva sąsiadom inferre nie ma sine consensu omnium ordinum, ieśliby jednak iakim przymierza zgwałceniem, abo niespodziewanym a nagłym impetem okazyą dali: na ten czas, według przysięgi swoiey, y praw dawnych, staraniem swoim obronę obmyśliwszy, za zdaniem Senatu znosić się będzie”²¹. Niekorzystny dla Rzeczypospolitej obrót zdarzeń wojennych zniechęcił szlachtę zupełnie do dalszego prowadzenia działań zbrojnych przeciwko Moskwie. Na kolejnym sejmie w 1613 r. nie była już tak pobłażliwa; król został zmuszony do zapewnienia w formie uchwały sejmowej, że „(...) gdzieżby Nam abo offensivum bellum zacząć przyszło, abo gdyby niebezpieczeństwo iakie na Rzpltą przyszło przez Nas upatrywane, y potrzeba było ludzie służebne przyjmować, a pogotowie, gdyby pospolite ruszenie uchwalone bydź miało: czynić tego, y prorsus żadney wojny nullo praetextu wszczynać nie mamy, bez proponowania na Sejmiki, y bez pozwolenia zgodnego, iawnego, a wyraźnego na Sejmie wszech Stanow: a to pod obowiązkiem w prawie wyrażonym”. Jedynie nagły, niespodziewany najazd i potrzeba obrony uzasadniała użycie przez króla siły, lecz po wcześniejszym porozumieniu się z senatorami²². W przeciwnym razie króla straszono wręcz konsekwencjami w

19. Cyt. za: EKES, *Złota demokracja* (wyżej przyp. 13) 183.

20. Instrukcja, Środa 22.09.1620, *Akta sejmikowe województw poznańskiego i kaliskiego*, t. 1. (1572-1632), cz. 2. (1616-1632), red. W. DWORZACZEK, Poznań 1962, 88.

21. 1611, pkt 2, *Volumina Legum*, t. 3, red. J. OHRYZKO, Petersburg 1859, 5-6.

22. 1613, pkt 2, *Volumina Legum*, t. 3, 80.

postaci odpowiedzialności prawnej za wszczęcie wojny bez zgody sejmu. Środek prawny był zawarty w Artykułach henrykowskich – szlachta mogła królowi wypowiedzieć posłuszeństwo²³.

Nadto upominano, aby prowadzono wojnę „(...) a bez niszczenia tych krajów, przez które żołnierz pójdzie”²⁴. Znamienne było to, że prowadząc wojnę jednocześnie dążono do zawarcia pokoju – był to priorytet w podjętych działaniach. Sejm w 1616 roku przyjął tajny skrypt *in archivum*, w którym znalazły się wskazówki jakie poczynić kroki w wojnie z Moskwą; oficjalnie zezwolono na jej prowadzenie²⁵, jednak na podstawie owego tajnego pisma komisarze mieli podjąć negocjacje pokojowe jeszcze w tym samym roku: „Chociaż publicznie dozwolono królewicowi popierać tę wojnę: gdyby iednak z lepszym Rzpltey widzieli, starać się maia skończyć ią Traktatami i to w tym roku koniecznie (...)”²⁶.

Starannie unikano zdrażnień i konfliktów przygranicznych, do których przyczyniali się Kozacy i „swawolnicy”. Jeszcze pod koniec XVI wieku jedna z konstytucji sejmowych wspominała o „(...) ludziach swowolnych woiewódtw ruskiego i podolskiego y inszych, którzy przeieżdżaiąc granice koronne, zagranicznikom gwałty i szkody czynią, pakta z postronnemi Państw y sąsiady koronnemi wzruszaią, nic nie bacząc na niebezpieczeństwo Rzeczypospolitey, któryby za czasem stąd urósć mogli”²⁷. Podkreślano, że tych, którzy ważą się w celach głównie rabunkowych zapuszczać za granicę, trzeba traktować jako wrogów ojczyzny i zdrajców²⁸. Pomimo zakazów, powtarzanych w następnych latach, wciąż dochodziło do najazdów na tereny przygraniczne; samowolne wyprawy magnatów na Mołdawię notowano w latach 1612-1616²⁹. W 1618 r. ostro odniósł się do tego sejm w dwóch uchwałach, dotyczących się „kup” szlacheckich i Kozaków; pierwsza z nich stwierdzała: „Acz są dawne prawa o najeżdżaniu Wołoską y Maltańską Ziemię, y przez to gwałcenie przymierza z cesarzem Tureckim uczynione, y ostremi penami obwarowane: iednak że się przedsię tak zuchwali obywatele tey Korony nayduia, którzy tamte oboie prowincje infestis signis naieżdżaią, y pokóy z Cesarzem Tureckim łamać się ważą. Chcąc temu iako naybardziej e efficacius zabieżeć, uchwałą Sejmu tego (...) takowego każdego pozwać powinien Instygator nasz na Trybunał, a tam zaraz poena infamiae et confiscationis bonorum, na pozwanym skazana być ma”, druga zaś odnosiła się do najazdów kozackich: „Tak daleko zaszła Kozacka swawola, że

23. *Declaratio articuli de obedientia, Volumina Constitutionum*, t. II.1, 370.

24. Proszowice, 2.01.1603, *Akta sejmikowe województwa krakowskiego*, t. 1. 1572-1620, red. S. KUTRZEBA, Kraków 1932, 244.

25. 1616, pkt 3, O Moskwie: „Przeto My nie chcąc deesse y bezpieczeństwa, y sławie Rzpltey, y daley szkod y krzywd takich ponosić, pozwoliliśmy Królewicowi IMci Władysławowi Synowi naszemu, przy prawie iego, wszelakiemi sposoby Rzeczypospolitą od tego nieprzyjaciela z tym zaciągiem uspokoić”, *Volumina Legum*, t. 3, 132.

26. Biblioteka Muzeum Książąt Czartoryskich 2726, k. 3.

27. 1589, pkt 81, Zahamowanie ukraińskiego swowoleństwa, *Volumina Constitutionum*, t. II.2, 115.

28. 1593, pkt 11, O Niżowcach, *Volumina Constitutionum*, t. II.2, 200.

29. OPALIŃSKI, *Kultura polityczna szlachty* (wyżej przyp. 11) 111.

mimo to, iż obywatele Ukraini wielki od nich ucisk y ukrzywdzenie cierpią, ale za częstym swowolnym naieżdżaniem Państw sąsiednich nad wolę naszą, pakt starożytnych naruszają (...), tedy takich nieposłusznych, tą konstytucją, pro hostibus patriae rebellibus peduellibus deklaruiemy (...)”³⁰.

Szczególną troską otaczano traktaty i przymierza, które ratyfikował sejm, a nadto dbano o ich przestrzeganie. Na sejmie koronacyjnym Zygmunta III potwierdzono wszystkie pakt i przymierza „z pany postronnemi, zwłaszcza pogranicznymi”³¹. Rzeczpospolita utrzymywała kontakty dyplomatyczne z innymi krajami, wysyłano poselstwa aby zbadać na miejscu sytuację i nastroje na sąsiednich dworach, ale również starano się zapobiegać ewentualnemu konfliktowi. Do Rzeczypospolitej przybywały również poselstwa, w stosunku do których stosowano określone reguły postępowania; protokół przewidywał skierowanie pod eskortą posłów przez przygranicznego starostę do stolicy, gdzie witał ich marszałek, a następnie przyjmował na audiencji król w otoczeniu senatorów³².

4. Uwagi końcowe

Staropolska demokracja, choć ograniczona do „narodu politycznego” głównie o szlacheckiej proveniencji, była pięknym przykładem realizacji wielu idei, które stanowią podwaliny współczesnej demokracji. Miał rację Norman Davies, pisząc w „Bożym Igrzysku”, że „(...) ideały polskiej szlachty pobrzmiewają nutą zadziwiająco współczesną. W epoce, w której większość Europejczyków wychwalała zalety monarchizmu, absolutyzmu czy władzy państwowej, szlacheccy obywatele Polski i Litwy głosili chwałę swej ‘złotej wolności’, prawa do wypowiedzenia posłuszeństwa, umowy społecznej, swobód jednostki, zasady rządów w oparciu o powszechną zgodę, zalet niezależności. Koncepcje te występują powszechnie w ideologii współczesnych liberalnych demokracji”³³. Formułę demokracji Polacy przed wiekami rozumieli bardzo dobrze. Duży zakres wolności i pojęcie równości łączyli z rządami prawa oraz umiłowaniem pokoju i zgody, która łączy dając szansę na eliminację lub znaczące ograniczenie konfliktów. Tolerancja w stosunkach między ludami zamieszkalymi w tym wielkim kraju spowodowała badaczy do nazywania go Rzeczpospolitą Wielu Narodów³⁴, zaś uwagę współczesnego świata przyciągać może idea pokojowego współistnienia w stosunkach z innymi krajami i chęć zachowania z nimi pokoju dla wspólnego dobra.

30. 1618, pkt 3 i 4, *Volumina Legum*, t. 3, 157.

31. 1588, pkt 3, *De pactis et foederibus, Volumina Constitutionum*, t. II.2, 63.

32. N. DAVIES, *Boże Igrzysko. Historia Polski*, przeł. E. Tabakowska, Kraków 1991, 503-504.

33. *Ibidem*, 489.

34. Por. A.S. KAMIŃSKI, *Imponderabilia społeczeństwa obywatelskiego Rzeczypospolitej Wielu Narodów*, w: *Rzeczpospolita wielu narodów i jej tradycje. Materiały z konferencji ‘Trzysta lat unii polsko-saskiej – Rzeczpospolita wielu narodów i jej tradycje, Kraków 15-16.09.1997’*, red. A.K. LINK-LENCZOWSKI, M. MARKIEWICZ, Kraków 1999.

Kultura bezkarności

W literaturze światowej ostatnio wiele mówi i pisze się o kulturze bezkarności (*culture of impunity*). Zwykle pojęcie to pada w publicystyce i literaturze popularnonaukowej, natomiast rzadko staje się przedmiotem publikacji naukowych, w których o ile jest używane, to bez definiowania. Nic dziwnego zatem, że znaczenie tego terminu rekonstruujemy dopiero w kontekście rozważań. Warto zatem przybliżyć to pojęcie proponując jakiś sposób jego rozumienia.

1. Pojęcie „kultury bezkarności”

Dla zdefiniowania „kultury bezkarności” przydatne będzie sięgnięcie do innego pojęcia, dobrze znanego w literaturze prawniczej, które choć nie wydaje się być bezpośrednio związane z „kulturą bezkarności” może być pomocne. Mam tu na myśli bardzo dobrze znane prawnikom pojęcie „kultury prawnej”.

Badacze w zależności od założonego celu badawczego rozmaicie definiują pojęcie „kultury prawnej”. Nie będziemy tu jednak przytaczać rozmaitych definicji, gdyż na potrzeby niniejszego opracowania wystarczy przyjąć – oddając intuicję znaczeniową szeregu badaczy – że przez kulturę prawną rozumiemy przede wszystkim pewne dominujące w danej społeczności (państwie) postawy jego członków (jednostek, obywateli) wobec prawa. Obejmuje ono także sposób funkcjonowania organów i instytucji zobowiązanych do tworzenia, przestrzegania i egzekwowania obowiązującego prawa, a także jakość stanowionego prawa.

Zaproponowane powyżej rozumienie kultury prawnej odwołując się do pojęcia postawy oddaje pewną powtarzalność, wysoką częstotliwość występowania, wręcz nawyk pewnych zachowań wobec prawa. I właśnie ten element znaczeniowy niewątpliwie istotny jest też dla zdefiniowania „kultury bezkarności”. Parafrazując bowiem pojęcie kultury prawnej możemy powiedzieć, że „kultura bezkarności” to rozpowszechnienie się zarówno w społeczeństwie, jak i pośród organów, instytucji i funkcjonariuszy państwowych postaw bierności, milczącej akceptacji lub wręcz przyzwalania na nagminnie pojawiające się w różnych dziedzinach życia społecznego przypadki naruszania prawa. I tu, podobne jak w przypadku pojęcia „kultura prawna”, znamieną jest powtarzalność, wysoka częstotliwość, wręcz

nawyk pewnych zachowań i działań – w tym przypadku działań bezprawnych – co sprawia, że takie określone zachowania są przewidywalne.

Przy powyższym rozumieniu „kultury bezkarności” rodzi się pytanie, jak to pojęcie odnosi się do dobrze znanego nie tylko prawnikom pojęcia „praworządność”. Intuicja językowa podpowiada bowiem, że „kultura bezkarności” jest jakimś antonimem do „praworządności”, gdyż praworządność, pomijając cały bogaty politycznoprawny bagaż tego pojęcia, jest potocznie rozumiana jako pewien stan przestrzegania i poszanowania prawa przez organy i instytucje państwa, a w szerszym znaczeniu także przez obywateli. Analiza sposobów używania tego pojęcia w literaturze i publicystyce potwierdza, że choć „kultura bezkarności” z pewnością nie jest jakimś prostym zaprzeczeniem „praworządności”, to jednak przeciwstawianie „praworządności” i „kultury bezkarności”, przynajmniej w potocznym języku, jest przyjęte.

2. Gdzie pojawia się kultura bezkarności?

Kultura bezkarności może pojawić się we wszystkich obszarach życia społecznego, które regulowane są prawem lub innymi normami. Wytwarza się w administracji publicznej, zakładach pracy, szkołach, wojsku, policji, w gospodarce, sporcie. Wszędzie tam możemy wskazać zachowania, których sprawcy, choć naruszają prawo, są bezkarni, a instytucje, organy czy funkcjonariusze mający z tym walczyć pozostają beczynne lub działają całkowicie nieskutecznie, pozorują tylko pewne działania, a w skrajnych przypadkach nawet im sprzyjają. Warto jednak odnotować, że początkowo termin ten pojawił się publicystyce międzynarodowej i dotyczył bezkarności zachowań podmiotów prawa międzynarodowego: państw lub rozmaitych organizacji międzynarodowych. Społeczność międzynarodowa tym mianem zwykła nazywać bezkarność państw lub ich agend dopuszczających się naruszania prawa międzynarodowego. Świat patrzył i nierzadko nadal patrzy beczynnie na rażące naruszanie prawa międzynarodowego, w tym m. in. na ludobójstwo, zbrodnie przeciw ludzkości, zbrodnie wojenne, tortury czy inne naruszanie fundamentalnych praw człowieka. Pewnym pocieszeniem jest fakt, że w ostatnim stuleciu rozwija się dość dynamicznie sądownictwo międzynarodowe o charakterze globalnym i regionalnym, które choć jeszcze nie ma zbyt wiele sukcesów, rodzi jednak nadzieję na poprawę tej sytuacji. Wykształcają się też pewne instrumenty prawa międzynarodowego, jak systemy sankcji stosowanych przez rozmaite organizacje międzynarodowe. Obiecująco zapowiada się również implementacja do światowego porządku prawnego koncepcji uniwersalnej jurysdykcji. Wszystko to jednak nie zmienia faktu, że nadal zarówno na arenie

międzynarodowej, jak i w poszczególnych państwach mamy do czynienia z mniej lub bardziej uciążliwymi przejawami kultury bezkarności.

3. O czyjej bezkarności mówimy, czyli kto najczęściej narusza prawo i uchodzi mu to bezkarnie?

Na arenie międzynarodowej prawo naruszają najczęściej państwa (akty agresji zbrojnej, naruszania granic lądowych, morskich i powietrznych, *targeted killings* czy też inne przypadki naruszające suwerenność państwa), organizacje międzynarodowe lub inne podmioty, jak np. potężne korporacje przemysłowe rabunkowo eksploatujące ludzi i środowisko czy też międzynarodowe organizacje przestępcze (np. w przypadku zorganizowanego piractwa, przemytu, handlu ludźmi). Zachowania takie ze względu na niedoskonałość prawa międzynarodowego, nieefektywność sądownictwa międzynarodowego lub brak skutecznych środków egzekucji zwykle uchodzą bezkarnie przy bierności lub nawet milczącej akceptacji innych podmiotów międzynarodowych. Bezkarność takich działań jest wysoce przewidywalna zwłaszcza wówczas, gdy naruszania prawa międzynarodowego dokonują podmioty o potężnej sile militarnej lub ekonomicznej.

Pomijając kontekst międzynarodowy należy stwierdzić, że bezkarnie naruszają prawo przede wszystkim jednostki. To one nagminnie naruszają zasady ruchu drogowego, jeżdżą pod wpływem alkoholu, palą w miejscach zakazanych, nie płacą abonamentu telewizyjnego, dopuszczają się przemocy w rodzinie, mobbingu czy molestowania seksualnego. To tylko nieliczne przykłady z całej gamy zachowań naruszających prawo, przy których odnotowujemy brak lub nieskuteczność reakcji instytucji stojących na straży przestrzegania prawa. Ale nie tylko jednostki wpisują się w rozpowszechniającą się w pewnych dziedzinach kulturę bezkarności. Robią to także podmioty gospodarcze, organizacje społeczne, fundacje, firmy ochroniarskie, korporacje, a także wojsko („fala”), policja, czy służby specjalne uciekające się do nieusprawiedliwionego użycia siły lub do metod operacyjnych naruszających prawa i wolności obywatelskie. Również urzędy administracji publicznej, a nawet instytucje wymiaru sprawiedliwości (sady, prokuratury) nie są wolne od zjawiska „kultury bezkarności”.

4. Skąd się bierze kultura bezkarności – co ją powoduje ?

Nie można wskazać jakiegś jednej przyczyny wytwarzania się kultury bezkarności. W każdym przypadku mogą być one różne i są zwykle uzależnione od wielu czynników o charakterze społecznym, religijnym, politycznym czy ekonomicznym. Dopiero dogłębna, wielopłaszczyznowa analiza tych zjawisk pozwala ujawnić

przyczyny kultury bezkarności w konkretnym przypadku. Można jednak wskazać te czynniki, które sprzyjają wytwarzaniu i utrwalaniu się kultury bezkarności wobec pewnych zachowań. Należą do nich:

Bierność instytucji państwa i jego funkcjonariuszy może przejawiać się w wielu obszarach – na przykład na arenie międzynarodowej, gdy państwo nie realizuje zobowiązań międzynarodowych, nie reaguje na rażące naruszenia prawa międzynarodowego, w szczególności na notoryczne naruszanie praw człowieka w niektórych krajach, na przypadki zbrodni wojennych, zbrodni przeciw ludzkości lub ludobójstwa, na degradację środowiska naturalnego (zatrucie środowiska, niszczenie zasobów roślinnych i zwierzęcych na lądach, w morzach i oceanach *etc.*). Jednak bierność ta szczególnie jest dokuczliwa, gdy państwo nie reaguje na przypadki naruszania prawa wewnętrznego. Ranga tych naruszeń niespotykających się z właściwą reakcją organów państwa jest różna. Przejawami kultury bezkarności są bowiem zarówno brak reakcji organów państwa i funkcjonariuszy na lekceważenie zakazu palenia w miejscach publicznych czy nakazu ograniczenia prędkości, jak też brak reakcji agend państwowych na niszczenie środowiska naturalnego, naruszanie praw pracowniczych lub samowolę budowlaną.

Od bierności państwa trudno zwykle odróżnić inny czynnik sprzyjający wytwarzaniu i rozpowszechnianiu się kultury bezkarności, jakim jest nieskuteczność lub bezsilność państwa w zwalczaniu przypadków naruszania prawa. Słabe państwo, które nie daje sobie rady z wandalizmem stadionowym, pijaństwem kierowców, niepłaceniem abonamentu telewizyjnego – to państwo w którym świetnie rozwija się kultura bezkarności.

Bierności państwa lub nieskuteczności jego aparatu nierzadko towarzyszy (i przyczynia się doń) złe prawo: niejasne, nieprecyzyjne, wieloznaczne, pełne luk i sprzeczności.

Kulturze bezkarności sprzyjają też: źle funkcjonujący system wymiaru sprawiedliwości, niesprawny aparat administracyjny, brak środków dla ścigania sprawców notorycznego naruszania norm prawnych, a często brak woli politycznej do zdecydowanej walki z bezkarnością pewnych zachowań.

Obok bierności, nieskuteczności, niesprawności aparatu państwa, czy złego prawa niezwykle istotnym czynnikiem wpływającym na wytwarzanie się kultury bezkarności jest bierność społeczeństwa. Społeczeństwo, które nie przeciwstawia się, toleruje lub wręcz dozwala na zachowania naruszające prawo tworzy środowisko w którym kultura bezkarności rozwija się najbujniej. Odpowiedzialne za to są rozmaite czynniki: osłabienie pozaprawnych systemów normatywnych (moralnego, obyczajowego), niewłaściwy system edukacji, rozluźnienie więzi lokalnych, anonimowość i atomizacja społeczeństwa – to tylko niektóre z nich. Najbardziej niebezpiecznym zjawiskiem, które przyczynia się do rozwoju kul-

tury bezkarności, jest społeczne dozwoleństwo lub wręcz akceptacja przypadków naruszania prawa i kształtowania się niepożądanych zachowań. Taka „kultura przyzwolenia” społecznego przejawia się zarówno wówczas gdy środowisko toleruje i akceptuje kradzież węgla z wagonów lub drzewa z lasu, wandalizm, kłusownictwo, prostytucję dzieci, jazdę „na dwóch gazach”, czy unikanie płacenia podatków poprzez wykorzystywanie złych regulacji prawnych, luk prawnych lub niejasności przepisów. W niektórych społecznościach sprawcy pewnych naruszających prawo zachowań są wręcz otoczeni podziwem i uznaniem dla ich zaradności i sprytu.

Nierzadko wytworzenie się „kultury bezkarności” w pewnej społeczności wynika z historycznie ugruntowanego braku szacunku dla instytucji państwa. W przypadku polskiego społeczeństwa brak poszanowania dla instytucji państwa i prawa wyrastał na podłożu niepodległościowym i podłożu wielopokoleniowej walki z zaborcami lub okupantami. W takich wypadkach naruszanie prawa spotykało się z powszechną aprobatą, czyny takie oceniano jako patriotyczne, a sprawcy stawali się bohaterami w swych społecznościach. Niestety ukształtowanej przez pokolenia postawy „anty państwowej” nie można zmienić w krótkim czasie i w konsekwencji – nawet po ustaniu przyczyn do negowania autorytetu państwa i jego instytucji – przez długie lata zachowania godzące w państwo i jego porządek są traktowane pobłaźliwie.

Nietrudno zauważyć, że kultura bezkarności szczególnie szybko wyrasta w okresie gwałtownych przemian społeczno-ekonomiczno-politycznych jakim podlega państwo i społeczeństwo. Okresy rewolucji, gwałtownych walk politycznych, religijnych, czy etnicznych lub radykalnych przeobrażeń ekonomicznych nacechowane są szczególnie częstymi aktami bezkarnego bezprawia. Rozchwianie systemu wartości na których oparty jest porządek społeczny, zanik lub gwałtowne przeobrażenia utrwalonej stratyfikacji („klasowości”) społecznej, rosnąca anonimowość ludzi, zanik pozaprawnych mechanizmów kontroli społecznej – wszystko to tworzy dobrą pożywkę dla kultury bezkarności.

5. Kto pada ofiarą kultury bezkarności?

Ofiarami kultury bezkarności w najogólniejszym rozumieniu są wszyscy. Cierpi państwo – bo traci zaufanie obywateli, a naruszanie prawa godzi w jego system ekonomiczny i polityczny; cierpi prawo – bo nieskuteczność jego stosowania koroduje system wartości mających być przezeń chroniony i podważa jego sens; cierpi wreszcie społeczeństwo – bo jego członkowie tracą poczucie bezpieczeństwa i gubią się w świecie, w którym lekceważone są dotychczasowe wartości, zasady i reguły, stanowiące fundament współżycia społecznego.

Rozpowszechniająca się w społeczeństwie kultura bezkarności nie dotyka wszystkich w równym stopniu. Łatwo bowiem możemy wskazać te grupy, które najczęściej są jej ofiarami. Przedstawiciele związków wyznaniowych czy grup etnicznych lub rasowych od setek lat byli atakowani przy bierności instytucji państwowych i nierzadko milczącej akceptacji reszty społeczeństwa. Również przedstawiciele orientacji seksualnych często bywają ofiarami zachowań, które naruszają prawo – przy bezczynności lub nieskuteczności działań organów zobowiązanych do reagowania.

Innymi grupami narażonymi na złe, niezgodne z prawem traktowanie są dzieci, kobiety, ludzie starsi i niepełnosprawni. Przemoc, wykorzystywanie seksualne dzieci i kobiet bardzo często w wielu społeczeństwach uchodzi bezkarnie. Mobbing, molestowanie jest tolerowane nawet w społecznościach aspirujących do miana wysoce rozwiniętych w zakresie przestrzegania praw człowieka. Podobnie jest z nagminnym naruszaniem praw przysługującym ludziom starszym lub niepełnosprawnym.

Jeszcze inną grupę ofiar kultury bezkarności stanowią funkcjonariusze i wolontariusze rozmaitych organizacji międzynarodowych, walczących o rozmaite istotne cele i wartości. Najczęściej są to aktywiści ochrony praw człowieka i ochrony środowiska. Również dziennikarze i naukowcy zajmujący się tymi problemami nie są bezpieczni. Media nieustannie donoszą o takich przypadkach pokazując bezsilność, bierność, a nierzadko mniej lub bardziej czynną akceptację takiego stanu rzeczy ze strony instytucji i funkcjonariuszy państwowych. Nic dziwnego, że corocznie na świecie ginie w wyniku nieudzielenia im należytej ochrony przed atakującymi ich ekstremistami kilkudziesięciu działaczy rozmaitych organizacji pozarządowych i dziennikarzy.

6. Skutki kultury bezkarności.

Utrzymująca się kultura bezkarności przynosi dewastujące skutki w wielu obszarach życia społecznego. Skutki te mają wymiar społeczno-polityczny, kulturowy, ekonomiczny i psychologiczny. Nagminne i bezkarne naruszanie prawa podważa zaufanie społeczeństwa we wszystkie instytucje państwowe, w system wymiaru sprawiedliwości, a bardziej ogólnie – w cały system społeczno-polityczny. Zanika poczucie bezpieczeństwa. Obniża się dramatycznie ocena prawa i całego systemu aksjologicznego (norm, wartości, wzorców osobowych). W ich miejsce wytwarzają się swoiste systemy wartości i reguły „kultury przestępczej”. Zmieniają się modele wychowawcze i edukacyjne – dzieci i młodzież wyrastające w kulturze bezkarności traktują ten stan jako naturalny, akceptują go i przystosowują się do niego.

Zachowania bezkarne rozpowszechniające się w społeczeństwie mają również określone konsekwencje ekonomiczne. Unikanie płacenia podatków, abonamentu czy innych danin publicznych, korupcja, naruszanie dyscypliny pracy, wykorzystywanie sprzętu i materiałów biurowych do celów prywatnych – to przykłady działań, które mają wymierne skutki ekonomiczne, w skali całego państwa znaczące, choć trudne do oszacowania.

Najtrudniejsze do oszacowania są skutki psychologiczne, jakie kultura bezkarności wywołuje w ludziach w niej żyjących, zwłaszcza że brak jest jakiś wyczerpujących badań w tym zakresie. Niewątpliwie jednak wpływa ona na psychikę osób poszkodowanych. Wpływa też na psychikę osób, które tylko pośrednio uczestniczą w kulturze bezkarności, będąc zastraszonymi jej świadkami lub milcząco ją akceptując.

7. Jak walczyć z kulturą bezkarności?

Odpowiedzi na to pytanie dostarczyć może analiza wspomnianych powyżej przyczyn i czynników sprzyjających tworzeniu się kultury bezkarności. Bardzo często u podstaw tworzenia się kultury bezkarności tkwi bardzo niska jakość obowiązującego prawa. Niejasność, nieostrość, kazuistyczność to najczęstsze wady przepisów prawnych. Towarzyszą temu zwykle wady całego systemu prawnego jak niespójność, sprzeczność czy luki. Wszystko to stanowi zwykle dobre podłoże dla wytwarzania się kultury bezkarności. Stąd pierwszym etapem walki z kulturą bezkarności winno być stałe dokonywanie przeglądu aktów prawnych i eliminowanie wskazanych wyżej niedoskonałości i błędów.

Jednak nawet najlepsze prawo nie poradzi sobie z bezkarnością, gdy nie będzie wsparte przez pozaprawne systemy normatywne. Normy moralne, obyczajowe, religijne są bardzo efektywnym sprzymierzeńcem prawa w budowaniu szacunku dla porządku społecznego. Należy zatem pielegnować, wspierać i utrzymywać takie systemy. Efektem takich zabiegów jest bowiem wytwarzanie się efektywnych mechanizmów kontroli społecznej, które już na poziomie pozaprawnych systemów normatywnych zapobiegają naruszaniu prawa i ogólnie pojętego porządku społecznego. Niezwykle istotne dla zwalczania kultury bezkarności jest też przeciwdziałanie bierności agend i funkcjonariuszy państwa mających walczyć z bezprawiem. Istotne tu będzie stworzenie systemu zachęt, motywacji i kar dla funkcjonariuszy takich służb. Równie ważne jest też ich wyposażenie w stosowne instrumenty prawne oraz środki i sprzęt niezbędny dla realizacji ich zadań, a także wypracowanie efektywnej współpracy pomiędzy nimi, w tym szczególnie w zakresie przekazywania informacji. Istotne jest też stworzenie efektywnego systemu ochrony funkcjonariuszy, by nie obawiali się wykonywania swoich zadań.

Nieudolność, nieskuteczność organów, które nie radzą sobie z kulturą bezkarności, często jest skrywana pod pretekstem tajemnicy państwowej. Dlatego tak ważne jest stworzenie dobrego prawa o dostępie do informacji publicznej zapewniającego z jednej strony przejrzystość działań organów państwa, a z drugiej – zachowanie w tajemnicy tego, czego ujawnienie mogłoby godzić w interes i bezpieczeństwo państwa i jego obywateli.

Wszystkie powyższe środki, choć niezbędne, nie zapobiegą tworzeniu się kultury bezkarności, gdy nie „wychowamy” odpowiednio społeczeństwa. W szczególności chodzi o taką edukację, która będzie sprzyjać wytworzeniu się społeczeństwa obywatelskiego, o postawach legalistycznych, aktywnie współpracującego w organizowaniu, utrzymywaniu i poprawianiu jakości swego bytu i bezpieczeństwa na poziomie lokalnym, regionalnym oraz globalnym. Kształtowanie takich aktywnych proobywatelskich postaw społecznych jest jednak procesem żmudnym, zwykle wielopokoleniowym, wymagającym wysiłku państwa i społeczeństwa, ale koniecznym jeżeli chcemy żyć w państwie i świecie prawa.

Clausula rebus sic stantibus a zasadnicza zmiana okoliczności jako przesłanka wygaśnięcia traktatu w świetle Konwencji Wiedeńskiej z 1969 roku

Komentarz Komisji Prawa Międzynarodowego ONZ do ostatecznej wersji art. 59 projektu konwencji o prawie traktatów z 1966 roku, który stanowił podstawę dla rozważań podjętych w tym zakresie na konferencji wiedeńskiej w latach 1968-1969 i ostatecznie z niewielkimi zmianami został przyjęty jako art. 62 konwencji¹, zaczyna się od niezwykle ciekawego spostrzeżenia. Stwierdza on bowiem, iż „prawie wszyscy współcześni prawnicy, aczkolwiek niechętnie, przyznają że istnieje w prawie międzynarodowym zasada, której poświęcono niniejszy artykuł i którą powszechnie określa się doktryną *rebus sic stantibus*”². Komisja dodała także, iż większość prawników jest zdania, że ze względu na bezpieczeństwo traktatów zasadę tę należy ująć możliwie wąsko wraz ze szczegółowym określeniem przesłanek pozwalających na skorzystanie z tej reguły. Komentarz podkreśla ponadto, że precyzyjne ujęcie klauzuli jest szczególnie istotne ze względu na brak obowiązkowego systemu sądownictwa międzynarodowego³. Precyzja przepisu ma więc według Komisji stanowić tamę dla nadużywania tej możliwości położenia kresu bytowi prawnemu traktatów w praktyce państw.

Trzeba przyznać, że ostrożność Członków Komisji nie była nieuzasadniona. Doktryna *rebus sic stantibus* ma bowiem bardzo długą historię, a w niej zarówno zwolenników, jak i przeciwników o znamienitych, nie tylko dla doktryny prawa międzynarodowego ale dla doktryny prawa w ogóle, nazwiskach. Co więcej

1. Art. 62 konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów (tekst polski: DzU 1990, nr 74, poz. 439):

1. Zasadnicza zmiana okoliczności, jaka nastąpiła w stosunku do tych, które istniały w czasie zawarcia traktatu, i jaka nie była przewidziana przez strony, nie może być powołana jako podstawa wygaśnięcia lub wycofania się z traktatu, chyba że:

a) istnienie tych okoliczności stanowiło istotną podstawę zgody stron na związanie się traktatem oraz

b) wskutek tej zmiany radykalnie przekształcił się zakres obowiązków pozostałych jeszcze do wykonania na podstawie traktatu.

2. Zasadnicza zmiana okoliczności nie może być powoływana jako podstawa do wygaśnięcia traktatu lub wycofania się z niego:

a) jeżeli traktat ustanawia granicę lub

b) jeżeli zasadnicza zmiana jest wynikiem naruszenia przez stronę, która się na nią powołuje, obowiązku wynikającego z traktatu bądź jakiegokolwiek innego międzynarodowego obowiązku wobec którejkolwiek innej strony traktatu.

3. Jeżeli na podstawie poprzednich ustępów strona może powołać się na zasadniczą zmianę okoliczności jako podstawę wygaśnięcia lub wycofania się z traktatu, może ona także powołać się na tę zmianę jako na podstawę zawieszenia działania traktatu.

2. *The International Law Commission 1949-1998*, t. II.2. *The Treaties*, red. A. WATTS, Oxford 1999, 759.

3. *The International Law Commission* (wyżej przyp. 2) 759-760.

praktyka wskazywała na dość swobodne posługiwanie się nią przez państwa dla uzasadnienia, niekiedy, czysto siłowych posunięć na arenie międzynarodowej. Członkowie Komisji mieli z pewnością w pamięci ochocze szermowanie klauzulą przez reżim hitlerowski dla zwolnienia Niemiec z ograniczeń nałożonych przez Traktat Wersalski.

Warto zwrócić uwagę, że rodowód klauzuli jest sporny⁴. Zdaniem niektórych autorów wywodzi się ona ze średniowiecznej glosy cywilnej, inni zaś upatrują jej początków „(...) w glosie kanonicznej. Jako źródło koncepcji klauzuli wskazywane są też prace nieprawnicze – zwłaszcza filozoficzne i religijne oraz pisma (*quaestiones*) pochodzące od cywilistów, teoretyków prawa rzymskiego, wyrosłe na terenie uniwersyteckim”⁵. I tak początki doktryny odnajdujemy w średniowieczu w pracach autorytetów z dziedziny prawa kanonicznego. James Gordley wskazuje na „Dekret Gracjana” z 1140 r., który omawiając zagadnienie depozytu przytacza zdanie Św. Augustyna stwierdzającego za Ciceronem, że nie zawsze trzeba dotrzymywać przyrzeczeń podając przykład odmowy zwrotu miecza osobie, która postradała zmysły⁶. Natomiast glosa do tego Dekretu wyjaśniała, że „warunek ten należy tłumaczyć: jeśli sprawy pozostają w tym samym stanie”⁷. J. Gordley wskazuje, że następnie Baldus de Ubaldis wprowadził doktrynę *rebus...* do prawa cywilnego⁸. Adam Brzozowski natomiast umiejscawia początki klauzuli o jedno pokolenie prawników włoskich wcześniej stwierdzając, że ci z autorów, którzy łączą kształtowanie się klauzuli z glosą cywilną powołują się najczęściej na Bartolusa de Saxoferrato, „który komentując glosę do Digestów, sformułował ogólną regułę dotyczącą interpretacji każdego zrzeczenia się praw według zasady *rebus sic stantibus*”⁹.

Należy też wspomnieć o św. Tomaszu z Akwinu, który w drugiej połowie XIII wieku poruszył analizowane zagadnienie w swojej „Sumie Teologicznej”. Omawiając kwestię niedotrzymania przyrzeczenia stwierdza on, że można „(...) nie dotrzymać obietnicy, gdy warunki osób oraz zobowiązań uległy zmianie, gdyż, jak mówi Seneka, by człowiek był zobowiązany zrobić to, co obiecał, potrzeba

4. Por. szerzej K. PRZYBYŁOWSKI, *Klauzula 'rebus sic stantibus' w rozwoju historycznym*, 3 Pamiętnik historyczno-prawny 1 (1926) 15 nn.

5. A. BRZÓZOWSKI, *Wpływ zmiany okoliczności na zobowiązania w prawie polskim (na tle prawa niektórych państw obcych)*, Warszawa 1992, 17.

6. „A przeto i obietnic nie trzeba czasem dotrzymywać i nie zawsze zwracać to, co nam powierzono do przechowania. Gdyby ci ktoś przy zdrowych zmysłach oddał miecz do przechowania, a w szaleństwie domagał się jego zwrotu, byłoby niesłusznie oddawać mu takowy, a obowiązkiem nie oddawać. Dalej, gdyby ten co u ciebie pieniądze złożył do przechowania, wojnę rozpoczął przeciw ojczyźnie, czybyś mu oddał powierzone pieniądze? Wątpię; bobyś w takim razie działał przeciw rzeczypospolitej, która nam powinna być najdroższa. Tym sposobem niejedno, co się z przyrodzenia zdaje być uczciwym, czynią okoliczności nieuczciwym. Dotrzymywanie obietnic, ściśle przestrzeganie umowy, zwracanie powierzonych przedmiotów staje się nieuczciwością, kiedyby stąd wynikała nie korzyść, lecz szkoda”. M.T. CICERON, *O wrośieniu; O przeznaczeniu; O starości; O przyjaźni; O powinnościach; O wynalezieniu retorycznym*, przeł. E. Rykaczewski, Poznań 1879, 375.

7. J. GORDLEY, *Impossibility and Changed and Unforeseen Circumstances*, AJCL 52 (2004) 525.

8. GORDLEY, *Impossibility* (wyżej przyp. 7) 526.

9. BRZÓZOWSKI, *Wpływ zmiany okoliczności* (wyżej przyp. 5) 17.

by wszystkie okoliczności pozostały te same”¹⁰. Co ciekawe oba dzieła prawa kanonicznego odwołują się w omawianym zakresie do autorów klasycznych. Nie wydaje się jednak aby doktryna ta, w przeciwieństwie do zasady *pacta sunt servanda*, była już znana prawu rzymskiemu, choć poglądy w tej kwestii są podzielone. Historycznych korzeni omawianej doktryny w prawie rzymskim upatruje np. Heribert Franz Koeck¹¹. Analizę tego zagadnienia przeprowadza również György Haraszti, który przytacza poglądy lokujące podstawy doktryny nie tylko w prawie rzymskim, ale również w praktyce państw-miast starożytnej Grecji. Odnosi się do nich jednak krytycznie podkreślając, że prawo rzymskie nie wypracowało żadnej usystematyzowanej teorii w tej kwestii¹². Mark Villiger w swoim komentarzu do Konwencji Wiedeńskiej z 1969 roku w ogóle nie wspomina już o rzekomych rzymskich początkach doktryny cofając się tylko do prac św. Tomasza z Akwinu¹³. Warto dodać, że podobne poglądy w polskiej doktrynie prawa prywatnego prezentuje Kazimierz Przybyłowski, który początków doktryny upatruje w pracach średniowiecznych glosatorów, choć podkreśla, że „teoria o dorozumiewanej we wszystkich oświadczeniach klauzuli „*rebus sic stantibus*” nie jest znaną źródłom prawnym rzymskim”, choć już w czasach glosatorów, „(...) a głównie później w dobie postglossatorskiej i w literaturze prawa pospolitego usiłowano wykazać, że jest ona uznana we wspomnianych źródłach”¹⁴. Podobnego zdania jest również A. Brzozowski, który wskazuje, że „(...) choć koncepcja klauzuli nie była znana źródłom rzymskim, to jednak istniały tam pewne elementy dla późniejszego jej rozwinięcia”¹⁵.

Wśród teoretyków prawa narodów pierwszym zdecydowanie wskazującym na doktrynę *rebus...* jako na dopuszczalny wyjątek od obowiązku wykonania traktatu był Alberico Gentili w wydanej pod koniec XVI wieku pracy *De iure belli libri tres*¹⁶. Możliwość zwolnienia się z przyrzeczenia z powołaniem się na zmianę okoliczności została również odnotowana przez Grocjusza. Porusza on to zagadnienie w rozdziale „O interpretacji” i co ciekawe jest co do zasady przeciwny domniemaniu obowiązywania przyrzeczenia pod warunkiem niezmiennych okoliczności, dopuszczając jego istnienie tylko wyjątkowo, gdy „(...) byłoby rzeczą najbardziej oczywistą, iż jedyna racja (...) obejmuje obecny stan rzeczy”¹⁷,

10. Św. TOMASZ Z AKWINU, *Suma Teologiczna*, t. 20. *Cnoty społeczne pokrewnie sprawiedliwości*, Londyn 1972, 2-2, Q. 110, art. 3, pkt 5, 66.

11. H. F. KOECK, *The 'Changed Circumstances' Clause After The United Nations Conference On The Law Of Treaties (1968-69)*, Georgia Journal of International and Comparative Law 4 (1974) 94-95.

12. G. HARASZTI, *Treaties and the Fundamental Change of Circumstances*, Recueil des Cours 146 (1974) 10.

13. M. E. VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden-Boston 2009, 766-767.

14. PRZYBYŁOWSKI, *Klauzula 'rebus sic stantibus'* (wyżej przyp. 4) 4. Por. także BRZÓZOWSKI, *Wpływ zmiany okoliczności* (wyżej przyp. 5) 14.

15. BRZÓZOWSKI, *Wpływ zmiany okoliczności* (wyżej przyp. 5) 16.

16. Warto dodać, że wskazywał on m.in. Baldusa de Ubaldis jako twórcę omawianej reguły. Por. HARASZTI, *Treaties* (wyżej przyp. 12) 10.

17. H. GROTIUS, *Trzy księgi O prawie wojny i pokoju, w których znajdują wyjaśnienie Prawo Natury i Prawo Narodów a także główne zasady prawa publicznego*, przekł. i red. R. BIERZANEK, Warszawa 1957, t. 1, 561 [xxv].

a stan ten uległ zmianie. Ta „jedyna racja” stojąca za przyrzeczeniem, to taka, która była „(...) jedynym pełnym i skutecznym motywem wyrażenia woli”¹⁸, a co więcej „(...) została podana albo nie budzi wątpliwości”¹⁹. Można więc stwierdzić, że Grocjusz zdecydowanie ograniczał zakres klauzuli dopuszczając jej stosowanie tylko wówczas, gdy niezmiennosc okoliczności jako warunek obowiązywania przyrzeczenia była wyraźnie wskazana w jego treści, bądź też była oczywista. Nic dziwnego, że omawiając ten akapit G. Haraszi podkreślił, że Grocjusz nie przywiązywał szczególnej wagi do klauzuli i uznawał dopuszczalność jej zastosowania w wyjątkowo ograniczonym zakresie²⁰. Jako przykład uprawnionego powołania się na zmianę okoliczności Grocjusz podaje sytuację gdy „(...) posłowie zawrócili z drogi do domu i zaprzestali wykonywania swej misji, ponieważ uważali, że stan rzeczy do tego stopnia się zmienił, że odpadł przedmiot lub przyczyna misji poselskiej”²¹.

W XVIII wieku powstają prace zarówno w obronie jak i ku potępieniu klauzuli. Wybitnym przedstawicielem pierwszego nurtu jest Emer de Vattel²², który w swoim dziele wydanym w 1758 roku stwierdzał, że „(...) kiedy stan rzeczy istotny dla przyrzeczenia, stan rzeczy, bez którego przyrzeczenie nie byłoby zostało dane, zmienia się, przyrzeczenie upada wraz ze swą podstawą”²³. Autor ten dopuszczał więc wygaśnięcie przyrzeczenia w wyniku zaistnienia zdecydowanej zmiany stanu rzeczy istniejącego w chwili jego składania. Zwolnienie ze zobowiązania było w świetle tej koncepcji skutkiem aktu jednostronnego, to jest powołania się na zmianę stosunków przez jedną ze stron. Dla złagodzenia efektu E. de Vattel dodawał, że stosowanie tej zasady powinno mieć miejsce w sposób rozważny, albowiem korzystanie z każdej zmiany dla zwolnienia się z zobowiązania „(...) byłoby haniebnym nadużyciem”²⁴. Dopuszczalność powołania się na klauzulę uznaje również Georg Friedrich von Martens, w podobnie szeroko jak książka E. de Vattela komentowanej, wznawianej i tłumaczonej na obce języki pracy poświęconej prawu narodów, wydanej pod koniec XVIII wieku. Zamieszcza on klauzulę wśród przesłanek wygaśnięcia praw i stwierdza, że traktat przestaje obowiązywać jeżeli dojdzie do całkowitej zmiany okoliczności, które posiadały moc warunkującą jego zawarcie²⁵.

18. GROTIUS, *Trzy księgi* (wyżej przyp. 17) 560 [xxii].

19. *Ibidem*, 560 [xxiii].

20. HARASZI, *Treaties* (wyżej przyp. 12) 10.

21. GROTIUS, *Trzy księgi* (wyżej przyp. 17) 561 [xxv].

22. G. Haraszi nazywa go zdeklarowanym obrońcą klauzuli. Por. HARASZI, *Treaties* (wyżej przyp. 12) 11.

23. E. DE VATTEL, *Prawo Narodów czyli zasady prawa naturalnego zastosowane do postępowania i spraw narodów i monarchów*, przekł. i red. B. WINIARSKI, Warszawa 1958, t. 1, 553.

24. DE VATTEL, *Prawo Narodów* (wyżej przyp. 23) 555.

25. G. F. MARTENS, *The Law of Nations: Being the Science of National Law, Covenants, Power, & C. Founded upon the Treaties and Customs of Modern Nations in Europe*, przekł. W. Cobbett, wyd. 4, London 1829, 352.

Zagorzałym przeciwnikiem klauzuli był natomiast Cornelius van Bynkershoek, który w pracy pt. *Quaestiones Juris Publici* z 1737 r. porównywał wręcz rozwiązanie przyjęte w klauzuli do sytuacji klienta, który kupuje towar, a następnie kwestionuje ważność umowy gdy cena towaru spadnie²⁶. Określał ją również mianem zamaskowanej perfidii, zaś temu kto zdecydowałby się z niej skorzystać przypisywał cechy makiawelistyczne²⁷.

Krytyczne nastawienie do klauzuli zostało następnie przejęte przez pozytywistów. G. Haraszi wskazuje, że o ile w XVIII wieku kodyfikacje uznawały, choć w ograniczonym zakresie, obowiązywanie klauzuli w odniesieniu do kontraktów prawa prywatnego, to już XIX-wieczne kodyfikacje prawa cywilnego całkowicie odrzucają to pojęcie. Co ciekawe fakt, że w przeciwieństwie do prawa cywilnego klauzula dalej jest w tym czasie wspominana przez autorów z dziedziny prawa narodów autor ten przypisuje sile oddziaływania dzieła E. de Vattela²⁸. Na ogromną siłę oddziaływania jego poglądów wskazuje również Bohdan Winiarski stwierdzając, że o popularności pracy E. de Vattela może świadczyć fakt, że „Prawo Narodów” zostało jeszcze w 1759 roku przetłumaczone na język angielski, a w 1760 roku na niemiecki. Ponadto do 1863 roku, kiedy ukazało się ostateczne francuskie wydanie, książka została wznowiona około 20 razy, wersja brytyjska do końca XIX wieku ukazała się 10 razy, a w USA wydawano Vattela w tym samym czasie kolejne 12 razy. Nie wypada pominąć również sześciu wydań hiszpańskojęzycznych. Nic dziwnego, że dzieło to mogło wywrzeć znaczący wpływ na praktykę międzynarodową także w kwestii doktryny *rebus sic stantibus* niejako przechowując ją i w wieku XIX pomimo niechętnego nastawienia ówczesnych systemów prawa krajowego²⁹.

Dokonując przeglądu praktyki państw należy zauważyć, że przypadki powoływania się na doktrynę *rebus sic stantibus* pojawiają się sporadycznie aż do drugiej połowy XIX wieku. Wydaje się, że zwiększająca się wówczas ilość przykładów wynika nie tylko z przyspieszenia historycznego ale również z pojawiającej się na większą skalę w Europie doby pozytywizmu prawniczego potrzeby poszukiwania prawnego uzasadnienia dla działań politycznych pociągających za sobą wypowiedzanie czy też stwierdzanie wygaśnięcia umów międzynarodowych.

Wśród wcześniejszych przypadków zastosowania klauzuli warto zwrócić uwagę na sytuację z 1585 roku, kiedy brytyjska królowa Elżbieta I powołała się na nią dla uzasadnienia zmiany brytyjsko-holenderskiej konwencji o pomocy wojskowej i subsydiach. Przedłużający się konflikt z Hiszpanią skutkujący

26. D. F. VAGTS, *Rebus Revisited: Changed Circumstances in Treaty Law*, Columbia Journal of Transnational Law 43 (2004-2005) 465.

27. HARASZI, *Treaties* (wyżej przyp. 12) 11.

28. *Ibidem*, 12.

29. O wpływie *Prawa Narodów* E. de Vattela na argumentację prawną może świadczyć fakt, że jeszcze w 1928 roku powołał się nie M. Huber w słynnym wyroku arbitrażowym w sporze o wyspę Las Palmas. POR. DE VATTEL, *Prawo Narodów* (wyżej przyp. 23) viii-xiii.

nadmiernym wzrostem kosztów był powodem oświadczenia królowej wskazującego, że „konwencje powinny być traktowane jako obowiązujące tak długo, jak stan rzeczy nie ulegnie zmianie”. Detlev F. Vagts dodaje, że zmiana zakresu zobowiązań nastąpiła wówczas w wyniku porozumienia osiągniętego pomiędzy zainteresowanymi państwami³⁰. G. Harashti oprócz powyżej opisanego przypadku wskazuje jeszcze na kolejne sytuacje, w tym gdy w 1741 roku pruski król Fryderyk II zawarł z ówczesnym miastem Breslau traktat o neutralności, w którym stwierdzano *expressis verbis*, że jego postanowienia będą obowiązywały tak długo jak niezmienna będzie sytuacja mająca miejsce w momencie zawierania umowy. Po kilku miesiącach powołując się na zmianę okoliczności król położył kres traktatowi i miasto zajął. Przykład jest zaś o tyle ciekawy, że dotyczy sytuacji gdy klauzula *rebus sic stantibus* była zawarta bezpośrednio w umowie. Pozostałe przykłady przytoczone przez G. Harashtiego dotyczą powołania się na klauzulę przez cesarzową austriacką Marię Teresę w 1748 roku oraz kwestionowania w początkach XIX wieku przez Saksonię ważności postanowień traktatu praskiego z 1635 roku, w których cesarz Ferdynand II zastrzegał sobie możliwość powrotu do niego lub jego sukcesorów Łużyc, które zostały przyznane Saksonii na mocy tej umowy. Spór ten został zakończony na podstawie kompromisu zawartego w roku 1845³¹.

W pierwszej połowie XIX wieku powoływaniu się na klauzulę w praktyce państw nie sprzyjała stabilna sytuacja polityczna w Europie, będąca wynikiem ustaleń Kongresu Wiedeńskiego z 1815 roku. Stąd też przypadki jej zastosowania pojawiają się na szerszą skalę dopiero w drugiej połowie XIX wieku, kiedy wyczerpuje się porozumienie osiągnięte po wojnach napoleońskich, a najważniejszym z nich jest podjęta w 1870 roku przez Rosję próba zwolnienia się z zobowiązań narzuconych Traktatem Paryskim z 1856 roku w wyniku przegranej Wojny Krymskiej. David J. Bederman słusznie wskazuje, że wojna ta była pierwszym większym naruszeniem pokoju na skalę Europejską po 1815 roku. Przy koncercie mocarstw europejskich nie mogło bowiem dochodzić do zdecydowanej zmiany stosunków politycznych warunkujących zastosowanie klauzuli do traktatów politycznych. Należy również pamiętać, że w XIX wieku przeważał pogląd odmawiający doktrynie *rebus sic stantibus* charakteru prawnego. Przyznawano jej raczej walor polityczny i podkreślano jej pochodzenie z pism Cyserona i Św. Tomasza z Akwinu³².

Wydarzenia polityczne w Europie zaczęły jednak wówczas stopniowo przyspieszać, na tyle, że często w powstającym zamieszaniu chęć jednostronnego

30. VAGTS, *Rebus Revisited* (wyżej przyp. 26) 466.

31. HARASHTI, *Treaties* (wyżej przyp. 12) 13.

32. D. J. BEDERMAN, *The 1871 London Declaration, Rebus Sic Stantibus And The Primitivist View of the Law of Nations*, AJIL 82 (1988) 7-8.

zwolnienia się z ciężących uregulowań traktatowych stawała się znowu atrakcyjna. Na taki efekt właśnie obliczone było rosyjskie stanowisko z dnia 31 października 1870 roku przesłane przez ministra spraw zagranicznych Rosji księcia Aleksandra Gorczakowa stwierdzające, że Rosja nie czuje się już związana postanowieniami paryskiego traktatu pokojowego z dnia 30 marca 1856 r. i dołączonej do niego konwencji o cieśninach czarnomorskich odnośnie określonej przez te dokumenty demilitaryzacji Morza Czarnego. Rosyjskie wystąpienie powoływało się na zmianę okoliczności, która miała polegać między innymi na powstaniu Rumunii jako nowego aktora sceny międzynarodowej posiadającego dostęp do Morza Czarnego oraz nowych technologiach wykorzystywanych w wojnie morskiej polegających na wprowadzeniu pancerników do służby w marynarce wojennej³³. W doktrynie podkreśla się, że moment na wypowiedzenie klauzul czarnomorskich został przez Rosję doskonale obliczony³⁴. Armia francuska została rozbita w bitwie pod Sedanem, a Napoleon III znajdował się w pruskiej niewoli. Dotychczasowi sojusznicy Turcji mieli więc sporo własnych problemów, a ponadto Prusy zobowiązały się poprzeć rosyjski plan³⁵. Niemniej jednak wystąpienie rosyjskie spotkało się z protestem brytyjskim i w efekcie zabiegów dyplomatycznych doszło do zwołania w styczniu 1871 roku konferencji w Londynie, która już na wstępie przyjęła deklarację przypominającą, że ogólną zasadą jest, iż rozwiązanie traktatu może nastąpić wyłącznie w wyniku wspólnego porozumienia wszystkich jego stron³⁶. Nie zmienia to jednak faktu, że Turcja była w zasadzie osamotniona w swych staraniach o zachowanie spornych postanowień traktatu z 1856 roku, którego treść zmieniono na konferencji londyńskiej w dużym stopniu respektując żądania rosyjskie. Niemniej jednak doszło do tego za porozumieniem stron, a klauzula była tylko argumentem podniesionym przez Rosję, choć pierwotnie wskazywała ona, że wypowiedzenie ma charakter jednostronny, a decyzja podjęta przez cara jest niezmienna. Stwierdzenie tej treści znalazło się w jednym z listów ministra A. Gorczakowa do brytyjskiego ministra spraw zagranicznych Lorda Granville. Dodawał on ponadto, że byłoby lepiej dla Turcji aby zaakceptowała decyzję cara gdyż „inaczej zostanie narażona na najpoważniejsze z niebezpieczeństw”³⁷. Trudno to kwalifikować inaczej, jak niespecjalnie zawołowaną groźbę użycia siły.

Stanisław Edward Nahlik wskazuje, że deklaracja londyńska „(...)” powoływana była odtąd stale jako klasyczny przykład formalnego proklamowania przez

33. BEDERMAN, *The 1871 London Declaration* (wyżej przyp. 32) 10.

34. *Ibidem*, 11.

35. *Ibidem*.

36. Treść deklaracji brzmiała: „Mocarstwa uznają, że jest istotną zasadą prawa narodów, iż żadne mocarstwo nie może zrzucić się z zobowiązań traktatu ani zmienić jego postanowień inaczej, jak po uzyskaniu zgody umawiających się stron w drodze przyjaznego porozumienia”. Por. S. E. NAHLIK, *Wstęp do nauki prawa międzynarodowego*, Warszawa 1967, 313.

37. BEDERMAN, *The 1871 London Declaration* (wyżej przyp. 32) 13.

miarodajne mocarstwa zasady *pacta sunt servanda*, co więcej – zastosowanie jej w praktyce, i to z udziałem państwa, które wystąpiło zrazu z tezą przeciwną³⁸. M. Villiger natomiast dodaje, że od tego czasu możemy mówić o pojawieniu się nowej koncepcji, a mianowicie o zastąpieniu tezy o domniemanym warunku zawartym w każdej umowie, który zakłada jej trwanie tylko przy niezmiennych okolicznościach i pozwala na jej jednostronne wypowiedzenie na rzecz wyraźnie przewidzianego w deklaracji obowiązku uprzedniego wdania się w negocjacje z pozostałymi stronami umowy co do osiągnięcia przyjaznego porozumienia w tej sprawie³⁹. W tym świetle deklaracja londyńska zmieniałaby istotę klauzuli *rebus...* w kierunku obiektywnej reguły o zasadniczej zmianie okoliczności, która to koncepcja została ostatecznie przyjęta w Konwencji Wiedeńskiej z 1969 roku.

Nie wydaje się jednak aby ta zmiana była jakoś specjalnie wyczuwalna dla polityków. Świadczyć może o tym wypowiedź kanclerza Prus Otto von Bismarcka, który uznał kwestię remilitaryzacji Morza Czarnego za dyplomatyczną, a nie prawną i podkreślił, że powoływanie się na zmianę okoliczności jako podstawę wygaśnięcia traktatu należy do wyłącznej domeny mocarstw i stanowi atrybut ich pierwszoplanowej roli w utrzymywaniu równowagi sił w Europie⁴⁰. O nieprzywiązywaniu nadmiernej wagi do stabilności traktatów przez wielkie mocarstwa może także świadczyć o kilka lat późniejsza wypowiedź kanclerza, który zauważył, że tam gdzie dochodzi do walki o byt państwa, żaden z wielkich narodów nie będzie skłonny do poświęcenia swojego istnienia na ołtarzu wierności traktatom, jeżeli zostanie zmuszony do dokonania takiego wyboru⁴¹. Co ciekawe w podobnym duchu prawie sto lat później wypowiedział się prezydent Francji Charles de Gaulle, który komentując umowę zawieraną z Niemcami raczył zauważyć, że „traktaty są jak róże i młode dziewczęta, trwają tyle ile trwają”⁴².

Późniejsza praktyka państw (do 1969 roku) również nie daje jednoznacznej odpowiedzi na pytanie czy powołanie się na klauzulę aktem jednostronnym kładło z mocy tego aktu kres umowie, czy też jego skutek następował dopiero w przypadku braku sprzeciwu pozostałych stron traktatu. Pewne jest, że państwa – strony umów, które miały być wypowiedziane, zawieszone lub zmienione w wyniku zastosowania klauzuli, zajmowały często stanowisko w postaci złożenia protestu. Wówczas kwestia wygaśnięcia umowy mogła stać się przedmiotem negocjacji prowadzących do rozwiązania osiągniętego, jak stwierdza deklaracja

38. NAHLIK, *Wstęp* (wyżej przyp. 36) 313.

39. VILLIGER, *Commentary* (wyżej przyp. 13) 767.

40. BEDERMAN, *The 1871 London Declaration* (wyżej przyp. 32) 20. Klauzula nie była jednak wykorzystywana tylko przez mocarstwa światowe. Przykładem może być wypowiedzenie przez Turcję system kapitulacyjnego w 1914 roku. Por. M. FRANKOWSKA, *Wypowiedzenie umowy międzynarodowej*, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk 1976, 160.

41. A. CASSESE, *International law*, wyd. 2, Oxford 2005, 180.

42. *Ibidem*.

londyńska, w drodze przyjaznego porozumienia. Protest mógł również pozostać bez odpowiedzi. W tej sytuacji powstaje pytanie o jego skutek prawny. I tak, jeżeli opowiemy się za koncepcją przyjętą w deklaracji londyńskiej, to będzie to jednoznaczne z uznaniem, że protest państwa lub państw wywierał skutki prawne, a więc dopiero jego brak oznaczał milczącą zgodę (przyzwolenie) państw – stron umowy na zastosowanie środków określonych w oświadczeniu państwa powołującego się na klauzulę. Warto również zauważyć, że Julian Makowski opisując kryzys czarnomorski, ocenia tę sytuację jednoznacznie, jako „(...) zerwanie przez Rosję traktatu paryskiego z roku 1856, co do neutralizacji Morza Czarnego, w roku 1871, zalegalizowane *ex post* przez konferencję londyńską”⁴³. Wydaje się, że takiemu wymogowi legalizacji czyni zadość także brak protestu państw – stron umowy, a nawet jego niepodtrzymywanie.

Inna sytuacja powstanie jeżeli opowiemy się za doktryną *rebus sic stantibus* w jej czystej postaci. Wówczas przyjmujemy, że wypowiedzenie umowy wywiera skutki prawne *per se*, zaś wszelkie protesty mają znaczenie czysto polityczne.

Przykłady praktyki państw, aczkolwiek często niejednoznaczne, jednak zdają się wskazywać na kształtowanie się koncepcji prawnomiędzynarodowych konsekwencji protestu i poszukiwania porozumienia stron. Za przykład może posłużyć ogłoszenie w 1907 roku przez Austro-Węgry rozciągnięcia suwerenności na Bośnię i Hercegowinę, okupowanej i administrowanej uprzednio przez to państwo na mocy traktatu berlińskiego z 1878 roku. Oświadczenie powoływało się na polityczne zmiany, które miały miejsce w ciągu 30 lat od zawarcia traktatu i spotkało się z protestem części państw-stron. Jednak w odróżnieniu od sytuacji z 1870 roku nie doszło do zwołania konferencji dyplomatycznej, a stanowiska państw były ustalane w rozmowach dwustronnych. Kres wątpliwościom położyło zaś podpisanie umowy z Turcją, która ostatecznie zgodziła się na zmiany w sytuacji prawnej danego obszaru w zamian za rekompensatę ze strony Austro-Węgier⁴⁴.

Z kolei J. Makowski za samowolne uznaje zniesienie przez Rosję „w r. 1886 porto franco w Batumi”⁴⁵. Natomiast G. Haraszi wskazuje, że w tym przypadku Rosja powołała się na zasadniczą zmianę okoliczności, która wystąpiła w ciągu 8 lat od zawarcia traktatu berlińskiego i miała polegać na utracie znaczenia handlowego Batumi jako portu w handlu z Persją. Powołano się również na chęć ulżenia ludności, która miała odczuwać istniejącą granicę celną naokoło miasta jako „ciężkie brzemię”. Autor ten dodaje jednak, że niezależnie od protestu brytyjskiego pozostałe państwa-strony podobnie jak 15 lat wcześniej przyjęły notę o położeniu kresu ważności art. 59 traktatu berlińskiego przez Rosję⁴⁶, co

43. J. MAKOWSKI, *Prawo międzynarodowe*, wyd. 2, Warszawa 1922, 397.

44. VAGTS, *Rebus Revisited* (wyżej przyp. 26) 467; HARASZI, *Treaties* (wyżej przyp. 12) 21.

45. MAKOWSKI, *Prawo międzynarodowe* (wyżej przyp. 43) 397.

46. HARASZI, *Treaties* (wyżej przyp. 12) 20.

można było uznać za ich milczące przyzwolenie na działania rosyjskie⁴⁷. Chociaż więc działanie Rosji zostało zatwierdzone *post factum*, to jednak punktem wyjścia było bez wątpienia działanie unilateralne. J. Makowski stwierdzał, że klauzula, którą uznawał za domyślną w każdym traktacie „(...) może być stosowana z wielką tylko ostrożnością i w razie ostatecznym; w żadnym jednak wypadku, jak to wyraźnie stwierdził protokół konferencji londyńskiej z r. 1871, nie wolno zrywać traktatu jednostronnie bez zgody kontrahenta”⁴⁸.

Warto podkreślić, że w powyższych przykładach państwa powołujące się na klauzulę wystosowywały akty jednostronne. To stanowiska innych państw dopisywały im historię. Punktem wyjścia było jednak zawsze działanie unilateralne, choć z pewnością poprzedzone pracą dyplomatyczną i „sondowaniem” potencjalnego stanowiska innych państw⁴⁹. Stąd historia zna zarówno przypadki, gdy jednostronne działania państw okazały się wystarczające, jak i oprotestowanie jednostronnych aktów przez społeczność międzynarodową. Do pierwszej kategorii można zaliczyć amerykańskie oświadczenie o zawieszeniu uczestnictwa w międzynarodowej konwencji o liniach ładunkowych z 1930 roku, złożone w sierpniu 1941 roku. W owym czasie USA nie brały jeszcze udziału w II wojnie światowej. Nie mogły więc powołać się na toczące się działania wojenne jako bezpośrednią podstawę zawieszenia wykonywania umowy. Wybór padł więc na zasadniczą zmianę okoliczności jako podstawę zawieszenia wykonywania konwencji. Warto też nadmienić, że USA powróciły do wykonywania konwencji kiedy ustała przyczyna jej zawieszenia⁵⁰. Z kolei jako przykład szeroko oprotestowanych działań państw powołujących się na doktrynę można wskazać jednostronne wypowiedzenie przez Niemcy w 1936 r. art. 42 i 43 Traktatu Wersalskiego⁵¹, czyli remilitaryzację Nadrenii, które zostało uznane za bezprawne przez Radę Ligi Narodów⁵².

Należy również nadmienić, że w okresie międzywojennym w kwestii klauzuli *rebus sic stantibus* miał okazję wypowiedzieć się Stały Trybunał Sprawiedliwości Międzynarodowej w sprawie stref wolnocłowych Górnej Sabaudii i Okręgu Gex. Jednak w wyroku z 1932 trybunał ograniczył się jedynie do stwierdzenia, że ustalone fakty w sprawie nie uzasadniały powołania się na klauzulę i w związku

47. L. OPPENHEIM, *International Law. A Treatise*, t. 1. *Peace*, wyd. 8, red. H. LAUTERPACHT, London-New York-Toronto 1958, 943-944.

48. MAKOWSKI, *Prawo międzynarodowe* (wyżej przyp. 43) 396-397.

49. Taka sytuacja miała miejsce zarówno przed kryzysem z 1870 roku, gdzie Rosja zapewniła sobie przychyłność Prus jako aktora wchodzącego właśnie „z mocnym przytupem” do pierwszej ligi mocarstw europejskich, jak i w roku 1907, gdy anektowanie Bośni i Hercegowiny było poprzedzone rozmowami ministrów spraw zagranicznych Austro-Węgier i Rosji o aktualnych problemach międzynarodowych.

50. Warto również zauważyć, że uczestnictwo USA zostało zawieszone ze skutkiem natychmiastowym, pomimo że jeden z przepisów przewidywał dopuszczalność wystąpienia z konwencji za 12-miesięcznym wypowiedzeniem. Por. O. J. LISSITZYN, *Treaties and Changed Circumstances (Rebus Sic Stantibus)*, AJIL 61 (1967) 908-911.

51. DzU 1920, nr 35, poz. 200 ze zm.

52. M. FRANKOWSKA, *Prawo traktatów*, Warszawa 1997, 158.

z powyższym jego zdaniem zbyt dużym było rozpatrywać którekolwiek z zagadnień jakie nasuwają się w związku z teorią o wygasaniu traktatów ze względu na zasadniczą zmianę okoliczności⁵³.

Tak więc Komisja Prawa Międzynarodowego ONZ w pracy nad projektem konwencji o prawie traktatów analizując kwestię doktryny *rebus sic stantibus* zetknęła się z teorią posiadającą prawie tysiącletnią tradycję, a przy tym wyjątkowo ściśle powiązaną z polityką państw, skutkiem czego niedookreśloną, z narosłymi przez wieki, często skrajnie różnymi, poglądami autorów. O tym, że kwestia budziła nie tylko zainteresowanie ale i niesłychane emocje może świadczyć wypowiedź Jamesa L. Brierly'ego, który jawi się jako zdecydowany przeciwnik doktryny podkreślając, że jeżeli traktat staje się zbyt uciążliwy wskutek zachodzących zmian w świecie, to państwa powinny wspólnie poszukiwać rozwiązań dopasowujących umowy do nowej sytuacji. Kładzie więc nacisk na konieczność politycznego rozwiązania problemu. Podkreśla też, że zadaniem prawa jest podtrzymywanie zasady o konieczności przestrzegania traktatów. Stwierdza jednak dalej, że nawet jeżeli z politycznych motywów państwa „traktują niekiedy traktaty jako świstki papieru, to nie należy tworzyć pseudoprawniczych teorii dla uzasadnienia takich działań”. Rozwiązania należałoby zaś szukać w działaniach politycznych, a nie prawnych⁵⁴. Dla odmiany Hersch Lauterpacht opowiadał się za ograniczoną dopuszczalnością stosowania doktryny w sytuacji pojawienia się nieprzewidzianej i zasadniczej zmiany okoliczności. Wówczas, jego zdaniem, państwo ma prawo żądać zwolnienia ze zobowiązań, co powinno doprowadzić do negocjacji z pozostałymi stronami umowy⁵⁵. W polskiej literaturze przedmiotu obawy co do stosowania klauzuli prezentował w owym czasie między innymi Cezary Berezowski. Kwestionował on status klauzuli jako instytucji powszechnego prawa międzynarodowego stwierdzając, że „obrona takiego poglądu jest trudna, prowadzi on bowiem do wniosków rażąco sprzecznych z zasadą dochowania zaciągniętych zobowiązań międzynarodowych, a oddawanie w ręce państwa stosującego klauzulę oceny, czy nastąpiła zasadnicza zmiana okoliczności, w których umowa doszła do skutku – może prowadzić do rozstrzygnięć arbitralnych”⁵⁶.

Na skutek braku jednolitego stanowiska doktryny i praktyki państw Komisja Prawa Międzynarodowego ONZ podjęła decyzję o odstąpieniu zarówno w tytule projektowanego artykułu, jak i w jego treści od określenia „klauzula *rebus sic*

53. M. FITZMAURICE, O. ELIAS, *Contemporary Issues in the Law of Treaties*, Utrecht 2005, 178-189.

54. J. L. BRIERLY, *The Law of Nations. An Introduction to the International Law of Peace*, wyd. 6, red. H. WALDOCK, Oxford 1963, 339.

55. OPPENHEIM, *International Law* (wyżej przyp. 47) 939-942.

56. C. BEREZOWSKI, *Prawo międzynarodowe publiczne*, t. 2, Warszawa 1969, 130. Wątpliwościami dzielą się również W. Góralczyk i S. Sawicki stwierdzając, że zmiana okoliczności, jakie istniały w czasie zawierania umowy, jako podstawa jednostronnego wycofania się z umowy jest jednym z najbardziej spornych zagadnień oraz po analizie postanowień konwencji wiedeńskiej z 1969 roku dodając, że „(...) można mieć wątpliwość, czy postanowienia o możliwości wypowiedzenia umowy ze względu na zmianę okoliczności są słuszne”. Por. W. GÓRALCZYK, S. SAWICKI, *Prawo międzynarodowe publiczne w zarysie*, wyd. 13, Warszawa 2009, 87-88.

stantibus” na rzecz sformułowania „zasadnicza zmiana okoliczności”. W uzasadnieniu podkreślono, że klauzula gwarantowała swoisty wentyl bezpieczeństwa umożliwiając zmianę traktatów, których postanowienia wskutek zasadniczej zmiany okoliczności stały się nadmiernie uciążliwe dla jednej ze stron, tym samym chroniąc przed stosowaniem rozwiązań pozaprawnych. Komisja uznała jednak, że fikcja prawna zakładająca istnienie w każdym traktacie „domniemanego warunku” niezmienności stosunków wzmaga ryzyko subiektywnej interpretacji i nadużyć. Receptą miała być zaproponowana przez Komisję obiektywna reguła prawna, określająca w założeniu ścisłe przesłanki, które powinny zostać wykazane aby można było powołać się na dany artykuł konwencji celem doprowadzenia do wygaśnięcia traktatu⁵⁷. Pogląd ten spotkał się z krytyką Olivera J. Lissitzyn’a, który wskazuje na dużą ilość nieostrych pojęć zamieszczonych w tekście przepisu i podsumowując stwierdza, że Komisja broniąc się przed fikcją „milczącego warunku”, stworzyła kolejną, czyli zasadniczą zmianę okoliczności jako „obiektywną regułę prawa”⁵⁸. Warto jednak zauważyć, że rozwiązanie zaproponowane przez Komisję ma pewne plusy. Wyrażne odcięcie się od dotychczasowego dorobku doktryny i praktyki państw pozwoliło bowiem na stworzenie reguły niejako od nowa, poszukując przede wszystkim rozwiązania akceptowalnego dla wszystkich zainteresowanych państw. Nie jest bowiem przypadkiem, że Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości w orzeczeniu kompetencyjnym z 1973 roku wydanym w sporze pomiędzy Wielką Brytanią a Islandią w sprawie rybołówstwa (*Fisheries Jurisdiction Case*) stwierdził, że art. 62 Konwencji Wiedeńskiej z 1969 roku jest bardziej restryktywny niż najszersza interpretacja normy zwyczajowej i „pod wieloma względami” może być traktowany jako kodyfikacja prawa zwyczajowego w zakresie wygaśnięcia umowy z powodu zmiany okoliczności⁵⁹. Co ciekawe, dwadzieścia parę lat później, w 1997 roku, w sprawie tam na Dunaju (projekt Gabcikovo – Nagymaros) MTS nie badał ponownie tego zagadnienia ograniczając się „(...) jedynie do prostego przytoczenia poglądu poczynionego w 1973 roku”⁶⁰. Sformułowanie to pozwala na postawienie tezy, że w momencie zawierania konwencji postanowienia art. 62 nie były tylko przejawem kodyfikacji prawa międzynarodowego ale i jego progresywnego rozwoju⁶¹. Nie zmienia to

57. *The International Law Commission* (wyżej przyp. 2) 763.

58. LISSITZYN, *Treaties and Changed Circumstances* (wyżej przyp. 50) 922.

59. *ICJ Reports 1974*, par. 36, 63.

60. T. KAMIŃSKI, K. KARSKI, *O umowach międzynarodowych niezgodnych z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej raz jeszcze*, Problemy współczesnego prawa międzynarodowego, europejskiego i porównawczego 5 (2007), 99.

61. Kolejnym argumentem jest podkreślany często fakt ograniczania przez przedstawicieli doktryny stosowania klauzuli tylko do umów wieczystych, czyli tych które nie zawierały postanowień co do ich wypowiedzenia. Takiego zdania był między innymi trzeci ze sprawozdawców Komisji, Sir G. Fitzmaurice. Ostatecznie jednak Komisja nie zgodziła się na takie ograniczenie stosowania klauzuli stwierdzając, że nie znajduje ono oparcia w praktyce państw. Podkreśliła przy tym jednak, że z oczywistych powodów zasadnicza zmiana okoliczności znajdzie zastosowanie „rzadko lub wcale” w stosunku do umów zawartych na czas oznaczony lub tych, które będą przewidywały możliwość ich rozwiązania w drodze wypowiedzenia. Por. szerzej KAMIŃSKI, KARSKI, *O umowach* (wyżej przyp. 60) 96-99.

faktu, że obecnie Konwencja Wiedeńska o prawie traktatów, między innymi ze względu na stale poszerzający się podmiotowy zakres jej stosowania (obecnie 111 państw jest jej stronami), jest co do zasady traktowana jako zestawienie obowiązujących norm prawa zwyczajowego⁶². Wydaje się więc, że to teza przeciwna wymaga obecnie dowodu⁶³.

Konwencja Wiedeńska z 1969 uznaje więc zasadniczą zmianę okoliczności za dopuszczalną przesłankę uznania umowy za wygasłą, wycofania się z niej lub zawieszenia. Jest to jednak możliwe tylko w sytuacjach wyjątkowych, jeżeli spełnione zostają „(...) równocześnie następujące warunki: zmiana okoliczności jest „zasadnicza” i nie była przewidziana przez strony; istnienie okoliczności, które uległy zmianie, stanowiło istotną podstawę zgody stron na związanie się umową; skutkiem zaszłej zmiany jest radykalne przekształcenie obowiązków, jakie na podstawie umowy pozostają jeszcze do wypełnienia”⁶⁴. Co więcej, nawet jeżeli powyższe warunki zostaną spełnione, na zmianę okoliczności nie można się powoływać w przypadku umów ustanawiających granicę lub też gdy zasadnicza zmiana jest wynikiem naruszenia przez powołującą się na nią stronę umowy, obowiązku z niej wynikającego, bądź też jakiegokolwiek innego międzynarodowego obowiązku wobec którejkolwiek innej strony tej umowy.

Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości miał dwukrotnie okazję analizować stany faktyczne pod kątem ich zgodności z postanowieniami art. 62 konwencji, przy czym w obydwu powołanych już wypadkach, to jest w orzeczeniach w sprawie łowisk islandzkich z 1973 roku oraz w sprawie tam na Dunaju z 1997, nie uznał aby powoływane sytuacje stanowiły zasadniczą zmianę okoliczności w rozumieniu Konwencji Wiedeńskiej z 1969 roku. Komentując zakres przepisu w pierwszym z tych orzeczeń Trybunał położył nacisk na dwie podstawowe przesłanki uzasadniające powołanie się określoną w nim zasadę. Pierwszą z nich jest fakt, zgodnie z którym musi chodzić o zasadniczą zmianę okoliczności w stosunku do tych – istniejących w momencie zawierania umowy⁶⁵. Po drugie zaś zdaniem MTS sama zmiana okoliczności, choćby zasadnicza, nie jest wystarczająca. Niezbędne jest bowiem „aby w

62. Za uznaniem art. 62 konwencji za przejaw prawa zwyczajowego wypowiedział się między innymi ETS w sprawie w sprawie Racke GmbH and Co v. Hauptzollamt Mainz (C-162/96). Por. A. WYROZUMSKA, *Umowy międzynarodowe. Teoria i praktyka*, Warszawa 2006, 455. Pogląd taki prezentuje również M. Frankowska: „Konwencja jest więc stosowana przez państwa będące jej stroną dwojako – w stosunku do innych stron Konwencji, jako traktat, w stosunku do państw nie będących jej stronami, jako kodeks norm prawa zwyczajowego (...). Z upływem czasu, a 40 lat to długi okres, wraz z formalnym rozszerzeniem zakresu podmiotowego Konwencji, następuje w ten sposób konsolidacja i umocnienie norm zwyczajowego prawa traktatów, tak jak sformułowano je w Konwencji. Por. M. FRANKOWSKA, *Konwencja wiedeńska o prawie traktatów z perspektywy 40-lecia*, w: *40 lat minęło – praktyka i perspektywy Konwencji Wiedeńskiej o prawie traktatów*, red. Z. GALICKI, T. KAMIŃSKI, K. MYSZONA-KOSTRZEWA, Warszawa 2009, 29.

63. I tak ETS w sprawie w sprawie Racke GmbH and Co v. Hauptzollamt Mainz (C-162/96) stwierdził, że „wymogi proceduralne określone w art. 65 konwencji nie stanowią części międzynarodowego prawa zwyczajowego”, a MTS w orzeczeniu wydanym w 2006 roku w sprawie pomiędzy Kongo a Rwandą dotyczącej działań zbrojnych na terytorium Kongo podkreślił, że „postanowienia art. 66 konwencji wiedeńskiej z 1969 roku nie posiadają charakteru norm zwyczajowych”. Por. T. KAMIŃSKI, *Nieważność traktatu w świetle art. 46 konwencji wiedeńskiej z 1969 roku a progresywny rozwój prawa międzynarodowego*, w: *40 lat minęło* (wyżej przyp. 62) 189-190.

64. GÓRALCZYK, SAWICKI, *Prawo międzynarodowe publiczne* (wyżej przyp. 56) 87.

65. *ICJ Reports* 1973, par. 37, 63.

jej wyniku doszło do radykalnego przekształcenia zakresu zobowiązań pozostałych jeszcze do wykonania. Zmiana musi zwiększyć ciężar zobowiązań pozostałych do wykonania w sposób czyniący wykonanie czymś z istoty swej różnym od pierwotnie uzgodnionego”⁶⁶. Ten element wydaje się kluczowy dla całej koncepcji. Chodzi w niej bowiem nie tylko o dalece posuniętą i nieprzewidzianą zmianę okoliczności, ale przede wszystkim o jej skutki w postaci zmiany zakresu obowiązków pozostałych jeszcze do wykonania na podstawie danej umowy. Wskazane orzeczenia naświetlają także pozostałe elementy roszczenia. I tak na przykład w orzeczeniu z 1973 roku za uprawniony rodzaj okoliczności mogących ulec zasadniczej zmianie MTS uznaje istotne zmiany w prawie międzynarodowym, które pojawiły się od czasu zawarcia umowy⁶⁷. Z kolei w drugim z nich Trybunał nie stwierdził, aby „gruntowne zmiany polityczne (ang. *profound political changes*), zanikające ekonomiczne uzasadnienie istnienia projektu, postęp wiedzy na temat środowiska oraz rozwój nowych norm międzynarodowego prawa ochrony środowiska stanowiły zasadniczą zmianę okoliczności”⁶⁸. Tak więc nawet gruntowne zmiany systemu politycznego państwa nie zostały przez Trybunał uznane za wystarczające dla skutecznego powołania się na zasadniczą zmianę okoliczności. Stało się tak z tego względu, że w tym przypadku umowa nie miała charakteru traktatu politycznego, a dotyczyła podjęcia wspólnych inwestycji mających na celu produkcję energii elektrycznej, umożliwienie kontroli wylewów rzeki oraz poprawy nawigacji na Dunaju⁶⁹. Warto tu przytoczyć zdanie Anthony’ego Austa, który nie przesądza czy istotne zmiany w systemie politycznym państwa mogą uzasadniać powołanie się na klauzulę stwierdzając, iż „(...) to czy zmiana polityki przez rząd jednej ze stron byłaby wystarczająca zależałoby całkowicie od okoliczności”⁷⁰. I tak w cytowanej już sprawie Racke (C-162/96) Europejski Trybunał Sprawiedliwości uznał, że rozpad Jugosławii i trwający tam konflikt zbrojny stanowią zasadniczą zmianę okoliczności i usprawiedliwiają zawieszenie przez Radę wykonywania umowy o współpracy między Wspólnotami Europejskimi a byłą Jugosławią⁷¹. Warto także zauważyć, że podobnie jak Komisja Prawa Międzynarodowego ONZ, tak również MTS wyraźnie pokreślił wagę stabilności stosunków traktatowych, skutkiem czego art. 62 Konwencji Wiedeńskiej powinien znajdować zastosowanie jedynie w wyjątkowych wypadkach⁷².

66. *ICJ Reports 1973*, par. 43, 159.

67. FRANKOWSKA, *Prawo traktatów* (wyżej przyp. 52) 159.

68. *ICJ Reports 1997*, par 104, 7.

69. Por. szerzej D. REICHERT-FACILIDES, *Down the Danube: The Vienna Convention on the Law of Treaties and the Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project*, *International and Comparative Law Quarterly* 47 (1998) 845.

70. A. AUST, *Modern Treaty Law and Practice*, wyd. 2, Cambridge 2008, 298.

71. WYROZUMSKA, *Umowy międzynarodowe* (wyżej przyp. 62) 455-456.

72. *ICJ Reports 1997*, par 104, 7.

Omawiając zasadniczą zmianę okoliczności w świetle Konwencji Wiedeńskiej z 1969 roku nie sposób nie odnieść się jeszcze do dwóch kwestii, a mianowicie uregulowanej w sąsiadujących ze sobą artykułach konwencji podzielności postanowień umowy (art. 44) i możliwości jej konwalidacji (art. 45), jak również o określonych w dziale 4 części V konwencji oraz w załączniku do niej kwestiach proceduralnych. Zgodnie z tymi przepisami przesłanka ta może być powołana także w celu doprowadzenia do wygaśnięcia lub zawieszenia jedynie części postanowień umowy. Oświadczenie państwa powinno natomiast zostać złożone w rozsądnym terminie od pojawienia się przesłanek pozwalających na powołanie się na zasadniczą zmianę okoliczności pod rygorem utraty skuteczności roszczenia. Zatwierdzenie skuteczności umowy może bowiem nastąpić nie tylko w postaci wyraźnego oświadczenia ale również w formie dorozumianej.

Konwencja Wiedeńska z 1969 roku zawiera również szczegółowe uregulowania dotyczące procedury, które co do zasady zgodne są z ideą propagowaną od czasów deklaracji londyńskiej z 1871 roku. Otóż w świetle postanowień art. 65 i 66 konwencji powołanie się na zasadniczą zmianę okoliczności nie tylko nie pozwala na automatyczne stwierdzenie wygaśnięcia lub wycofania się z traktatu, ale nawet na jego zawieszenie. Strona występująca z roszczeniem powinna notyfikować je pozostałym stronom umowy i dopiero jeżeli nie wniosą one sprzeciwu może przystąpić do działań w niej określonych. Termin na wniesienie sprzeciwu nie powinien być zaś, za wyjątkiem szczególnie pilnych przypadków, krótszy niż trzy miesiące. Wniesienie sprzeciwu powinno skutkować poszukiwaniem rozwiązania sytuacji spornej przez strony. Konwencja nie przewiduje jednak obowiązkowej procedury rozstrzygania sporów ze skutkiem wiążącym dla stron, co przy potencjalnym braku chęci współdziałania stron traktatu może grozić sytuacją patową. Z drugiej strony samo wprowadzenie do projektu konwencji postanowień dotyczących procedury zostało w świetle ówczesnej sytuacji międzynarodowej uznane przez Komisję Prawa Międzynarodowego za cenny krok naprzód⁷³, nawet jeżeli, jak pamiętamy, nie są one uważane za przejaw kodyfikacji prawa zwyczajowego, skutkiem czego nie są prawem obowiązującym dla państw niebędących stronami konwencji.

Co ciekawe konwencja nie daje odpowiedzi na pytanie czy państwo powołujące się na zasadniczą zmianę okoliczności może zawiesić wykonywanie traktatu w przypadku gdy inne strony ograniczą się jedynie do wniesienia sprzeciwu wobec przedstawionego roszczenia, uchylając się od współdziałania celem rozwiązania powstałego problemu. Nie można bowiem zmusić drugiej strony do współdziałania, choć państwa – strony traktatu powinny zgodnie z zasadą *pacta sunt servanda* (art. 26 konwencji) wykonywać go w dobrej wierze. Konwencja jednak milczy

73. *The International Law Commission* (wyżej przyp. 2) 772.

w tej kwestii. Wydaje się, że w takiej sytuacji ewentualne wiążące rozstrzygnięcie dla stron mogłoby w świetle systemu ONZ pojawić się tylko w przypadku, jeżeli narastający wokół danego traktatu spór zostałby uznany za zagrażający międzynarodowemu pokojowi i bezpieczeństwu przez Radę Bezpieczeństwa.

Możliwość jednostronnego odstąpienia od dalszego wykonywania traktatu była rozpatrywana w doktrynie. Koncepcja ta stanowi w końcu pokłosie pierwotnej wersji klauzuli. Jednak już przed Konwencją Wiedeńską w powoływanym wyżej podręczniku Lassy Oppenheima pod redakcją H. Lauterpachta znajdujemy wskazówkę, że w badanej sytuacji państwo mogłoby oświadczyć, iż nie uznaje się dłużej za związane traktatem, pod warunkiem jednak, że powołaniu się na zasadniczą zmianę okoliczności towarzyszyłaby oferta skierowania sporu na drogę sądową⁷⁴. Podobnego zdania był również G. Haraszi, który jednostronne działanie państw dopuszczał tylko w ostateczności, gdy zawiodą negocjacje. Słusznie wskazywał on bowiem, że odmówienie państwu jednostronnego stwierdzenia zawieszenia czy wygaśnięcia traktatu byłoby sprzeczne z samą istotą klauzuli, którą należałoby oceniać wyłącznie jako argument w dyskursie międzynarodowym⁷⁵. Kwestia ta wymaga jednak dalszej pogłębionej analizy i nie jest w stanie zmienić faktu, że brak stosownych uregulowań Konwencji Wiedeńskiej należy ocenić krytycznie jako otwierający pole do stosowania rozwiązań arbitralnych w praktyce międzynarodowej.

Podsumowując powyższe rozważania należy wskazać, że tradycyjna doktryna *rebus sic stantibus* posiadająca swoje źródła w koncepcjach filozoficznych i politycznych bywała nadużywana w praktyce państw, które często powoływały się na nią z mało przekonujących powodów dla zwolnienia się z niewygodnych zobowiązań międzynarodowych. Skutkiem tego współczesna wersja klauzuli przyjęta w Konwencji Wiedeńskiej z 1969 roku i określona mianem zasadniczej zmiany okoliczności zawężyła możliwość jej stosowania z pożytkiem dla zasady *pacta sunt servanda*.

74. OPPENHEIM, *International Law* (wyżej przyp. 47) 942.

75. HARASZI, *Treaties* (wyżej przyp. 12) 85.

Materiały do historii pobytu polskiego rządu na uchodźstwie w Angers w *Archives départementales de Maine-et-Loire*. Notatki z kwerendy w czerwcu 1982 roku

Św. p. Andrzejowi Kremerowi,
wybitnemu znawcy
prawa międzynarodowego publicznego
i historii prawa

1. W niedzielę 17 września 1939 r. wschodnią granicę Rzeczypospolitej przekroczyły oddziały Armii Czerwonej. Tym samym Związek Radziecki wypełnił zobowiązanie przyjęte na siebie w zawartym w dniu 23 sierpnia 1939 r. układzie z III Rzeszą Niemiecką, znanym jako pakt Ribbentrop – Mołotow. W obliczu nieuchronnej przegranej wojny obronnej Prezydent R.P. Ignacy Mościcki oraz rząd na czele z premierem Felicjanem Sławojem-Składkowskim powzięli decyzję o opuszczeniu kraju w zamiarze kontynuowania działań wojennych przy pomocy mocarstw zachodnich, w szczególności Francji, zapewniającej polskim władzom prawo rezydencji (*droit de résidence*), gdzie miała powstać nowa polska armia¹. Przekroczenie granicy rumuńskiej okazało się dla polskich władz pułapką². Pod presją Niemiec oraz Związku Radzieckiego władze rumuńskie zażądały natychmiastowej dymisji rządu polskiego³. Wobec odmowy dokonały internowania prezydenta i członków rządu Rzeczypospolitej, w tym także naczelnego wodza, marszałka Edwarda Rydza-Śmigłego. Pozbawionych wolności umieszczono w różnych miejscowościach, z wyraźnym zamiarem uniemożliwienia nawiązywania kontaktu między sobą. Powstała sytuacja zrodziła konieczność całkowitej zmiany

1. M. PESTKOWSKA, *Za kulisami rządu polskiego na emigracji*, Warszawa 2000, 8.

2. W. POBÓG-MALINOWSKI, *Najnowsza historia polityczna Polski*, t. III.2. *Okres 1939-1945*, London 1960, 66-71.

3. Według słów ministra Józefa Becka: „Rumuni pod wpływem tych czy innych mocarstw zamierzają uniemożliwić przejazd najwyższych legalnych władz polskich na teren państw sprzymierzonych”. Cyt. za: T. WYRWA, *Odbudowa władz Rzeczypospolitej w Paryżu i Angers wrzesień 1939-czerwiec 1940*, w: *Władze R.P. na obczyźnie podczas II wojny światowej 1939-1945*, t. 1, red. Z. BŁAŻYŃSKI, London 1994, 11. Por. też: E. DURACZYŃSKI, *Rząd Polski na uchodźstwie 1939-1945. Organizacja, personalia, polityka*, Warszawa 1993, 14-15, 20-21; PESTKOWSKA, *Za kulisami rządu polskiego* (wyżej przyp. 1) 8.

ekipy rządzącej, tym bardziej że domagali się tego także sojusznicy, w szczególności Francja⁴. Internowanie polskich władz było z pewnością częścią podjętego przez wrogów Polski – Niemcy i Rosję – planu całkowitej likwidacji polskiego niepodległego państwa. Niewykluczone, że władze hitlerowskich Niemiec zamierzały doprowadzić do utworzenia kolaboracyjnego rządu polskiego, który zawarłszy separatystyczny pokój zaaprobowałby narzucone zmiany terytorialne i ludnościowe⁵. Te i temu podobne zamiary spaliły jednak całkowicie na panewce, gdyż udało się doprowadzić do ustanowienia nowych władz w sposób zgodny z Konstytucją Rzeczypospolitej i tym samym stworzyć warunki do pełnej kontynuacji polskiej państwowości pomimo całkowitego zajęcia terytorium państwa przez wroga mocarstwa.

Główne fakty są dobrze znane. Korzystając z prerogatywy konstytucyjnej prezydent Mościcki w dniu 29 września 1939 r. ustanowił swoim następcą na urządzie prezydenckim Władysława Raczkiewicza, byłego marszałka Senatu, przebywającego w tym czasie w Paryżu⁶. W dniu następnym Mościcki podpisał akt swojej rezygnacji z urzędu⁷. Jeszcze tego samego dnia w siedzibie polskiej ambasady w Paryżu Władysław Raczkiewicz złożył przysięgę prezydencką⁸. Pierwszym jego aktem urzędowym było odwołanie wszystkich członków dotychczasowego rządu RP i mianowanie gen. Władysława Sikorskiego na stanowisko Prezesa Rady Ministrów Rzeczypospolitej. Zarazem gen. Sikorski objął tekę ministra spraw wojskowych. Równocześnie nominacje na stanowiska ministerialne uzyskali: wicepremier – Stanisław Stroński; minister spraw zagranicznych – August Zaleski; minister skarbu – Adam Koc⁹. Szefem Kancelarii Prezydenta RP został Stanisław Łepkowski¹⁰. Ustanowione w końcu września 1939 r. władze Rzeczypospolitej miały w obliczu prawa międzynarodowego status rządu emigracyjnego (na emigracji, na uchodźstwie, *gouvernement en exile*). Chodzi tutaj o rząd, a więc naczelne władze państwa, powołane w sposób w pełni legalny, które z powodu zajęcia i okupacji terytorium państwa przez wroga nie mogą wykonywać funkcji w swoim państwie. Miejsce rezydowania i bezpośredniego

4. PESTKOWSKA, *Za kulisami rządu polskiego* (wyżej przyp. 1) 9.

5. Por. notatkę sekretariatu MSZ Rzeszy o rozmowie kanclerza A. Hitlera z ministrem spraw zagranicznych Włoch G. Ciano z 2 X 1939 r., w której mowa była o utworzeniu polskiego „państwa szcztąkowego”, w: *Sprawa polska w czasie drugiej wojny światowej na arenie międzynarodowej. Zbiór dokumentów*, red. E. STANISŁAWSKA, Warszawa 1965, 105-106 nr 64.

6. Zarządzenie prezydenta I. Mościckiego w sprawie wyznaczenia W. Raczkiewicza na następcę prezydenta RP z 29 IX 1939 r. M.P. nr 214-217 z 29 IX 1939 r. (Paryż). W zarządzeniu tym anulowano wcześniejsze zarządzenie prezydenta o wyznaczeniu następcą Prezydenta RP gen. Bolesława Wieniawy-Długoszańskiego. Por. *Sprawa polska* (wyżej przyp. 5) 98, nr 57.

7. 30 IX 1939, Biczak – Akt rezygnacji prezydenta I. Mościckiego, *Sprawa polska* (wyżej przyp. 5) 99, nr 59.

8. 1 X 1939, Paryż – Akta dotyczące utworzenia i zaprzysiężenia władz naczelnych RP. *Sprawa polska* (wyżej przyp. 5) 100, nr 61. Por. WYKWA, *Odbudowa władz Rzeczypospolitej* (wyżej przyp. 3) 21-22.

9. *Sprawa polska* (wyżej przyp. 5) 100-103, nr 61. Por. też: J. SMOLIŃSKI, *Polskie władze państwowe i wojskowe na uchodźstwie*, Warszawa 1999, 7.

10. 30 IX 1939, Waszyngton – Nota ambasadora J. Potockiego do sekretarza stanu C. Hull. Por. *Sprawa polska* (wyżej przyp. 5) 99, nr 60.

działania rządu znajduje się w innym państwie na zasadach ustalonych z reguły w dwustronnej umowie. Podstawą rezydencji i działania rządu na uchodźstwie jest uznanie tego rządu przez państwo przyjmujące jako prawowitej i jedynej władzy danego państwa¹¹. Tak było też z rządem Rzeczypospolitej, który przez mocarstwa zachodnie został uznany za legalną władzę polskiego państwa, którego byt prawny w żadnym razie nie ulegał zmianie przez fakt okupacji niemiecko-sowieckiej¹².

Pierwotna siedziba rządu polskiego znajdowała się w Paryżu. W październiku 1939 r. rząd francuski, kierowany przez premiera Edouarda Daladiera, zdecydował się na przeniesienie siedziby rządu polskiego do Angers, miasta położonego nad Loarą, ok. 300 km od Paryża. Najprawdopodobniej uczyniono tak ze względów praktycznych. W Paryżu zagwarantowanie polskim instytucjom godziwych i bezpiecznych siedzib było bardzo trudne. Według Marii Pestkowskiej, powołującej się na informacje Stanisława Zabiełły¹³, rządowi francuskiemu chodziło o „zahamowanie ciągłych kontaktów różnych przedstawicieli polskiej administracji z urzędami francuskimi”, uniemożliwiające praktycznie funkcjonowanie polskich instytucji¹⁴. Z kolei zdaniem Tadeusza Wyrwy chodziło o „zepchnięcie rządu polskiego na boczne tory na samym już początku jego istnienia we Francji”¹⁵.

Organizacja i działalność polskiego rządu emigracyjnego od czasu jego utworzenia w końcu września 1939 r. i przeniesienia siedziby z Paryża do Angers, gdzie przebywał do czasu klęski Francji w wojnie z Niemcami w czerwcu 1940 roku, jest w ogólności dobrze znana przede wszystkim dzięki źródłom polskim, których główny zasób znajduje się w Instytucie Sikorskiego w Londynie. Interesującym, choć z natury rzeczy tylko przyczynkowym, uzupełnieniem posiadanych informacji mogą być opisane poniżej materiały wytworzone przez organy lokalnej administracji francuskiej związane z pobytom polskich władz emigracyjnych w Angers i okolicy. Wydarzenia, w następstwie których zainteresowałem się tym problemem były następujące.

W 1981 roku uzyskałem zaproszenie ze strony Wydziału Prawa i Nauk Ekonomicznych Uniwersytetu I w Montpellier (*Université de Montpellier I – Faculté de Droit et des Sciences Economiques*) na roczny pobyt w charakterze wykładowcy historii prawa. Zaoferowano mi posadę profesora kon-

11. P. GUGGENHEIM, *Traité de droit international public*, Librairie de l'Université Georg & Cie 1967, 209-210; O. FIEDOROWICZ, *Continuité de l'Etat*, *Revue de droit international* 24 (1939) 132; K. MAREK, *Identity and continuity of States in public international law*, Librairie Droz Genève 1968, 438-439; S. TALMON, *Recognition of Governments in International Law with Particular Reference to Governments in Exile*, Oxford 1998, 15.

12. Por. oświadczenie sekretarza stanu USA C. Hulla o uznaniu rządu RP przez USA z wyraźnym stwierdzeniem, że zagarnięcie terytorium przez obce wojska w toku trwającej wojny nie jest równoznaczne z utratą państwowości. Por. W. T. KOWALSKI, *Walka dyplomatyczna o miejsce Polski w Europie (1939-1945)*, Warszawa 1985, 107; SMOLIŃSKI, *Polskie władze* (wyżej przyp. 9) 12.

13. S. ZABIEŁŁO, *O rząd i granice. Walka dyplomatyczna o sprawę polską w II wojnie światowej*, wyd. 2, Warszawa 1965, 21.

14. PESTKOWSKA, *Za kulisami rządu polskiego* (wyżej przyp. 1) 26-27.

15. T. WYRWA, *Sikorski, de Gaulle i inni. Stosunki polsko-francuskie podczas II wojny światowej*, *Więź* 5 (1995) 146.

traktowego drugiej klasy (*professeur associé de la 2ème classe*). W tym czasie pracowałem w Uniwersytecie Jagiellońskim w Krakowie na Wydziale Prawa i Administracji na stanowisku docenta historii państwa i prawa polskiego w Instytucie Historyczno-Prawnym. Wraz z żoną Barbarą planowaliśmy wyjazd do Montpellier całą rodziną, a więc z dwójką naszych synów – Michałem i Adamem. Do Montpellier mieliśmy wyjechać w końcu stycznia 1982 roku, tuż przed rozpoczęciem semestru letniego. Ogłoszenie w nocy z 12 na 13 grudnia 1981 roku stanu wojennego przez gen. W. Jaruzelskiego pokrzyżowało te plany. Nasze paszporty straciły ważność i należało je zdeponować w Komendzie Miejskiej MO. Dodatkową przykrością dla mnie było także i to, że w dniu 13 grudnia 1981 roku nie mogła dojść do skutku uroczystość wręczenia przyznanej mi przez I Wydział Polskiej Akademii Nauk nagrody im. Joachima Lelewela za moją książkę o Sejmie walnym koronnym w latach 1506-1540¹⁶. Moje usilne starania, w tym zwłaszcza interwencje św. p. prof. Alojzego Gołębiewskiego, prorektora UJ do spraw współpracy z zagranicą, doprowadziły w końcu do uzyskania zgody Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego na mój wyjazd bez rodziny. Wyjechałem do Montpellier w końcu lutego 1982 r. Po dwóch miesiącach dołączyła do mnie żona Barbara oraz małoletni wówczas synowie Michał i Adam. W Uniwersytecie w Montpellier na Wydziale Prawa prowadziłem wykłady z historii prawa prywatnego dla słuchaczy drugiego roku oraz seminarium z prawa kościelnego dla doktorantów odbywających studia trzeciego stopnia z zakresu historii prawa. Podjąłem także badania naukowe nad nauczaniem prawa rzymskiego oraz papieskimi sądami delegowanymi w średniowiecznej Francji w ramach planów badawczych *Institut d'Histoire du Droit et des Institutions des Anciens Pays de Droit Ecrit* w Montpellier, kierowanego wówczas przez prof. André Gouron¹⁷. Po zakończeniu semestru w czerwcu 1982 r. mój przyjaciel, historyk prawa, prof. Christian Chêne, pracujący wówczas w Uniwersytecie w Angers, zaproponował mi spędzenie z rodziną wakacji w jego domu w Brain-sur-l'Authion. Żona moja i ja zaproszenie to przyjęliśmy z radością. W czasie bytności w tym miejscu, miałem okazję odwiedzić kilkakrotnie miasto Angers, a także przejeżdżać przez pobliskie miejscowości, w szczególności przez St. Barthélémy. Jako historyk ustroju Polski przywoływałem w pamięci fakt obecności w tym rejonie w latach 1939 i 1940 roku władz Rzeczypospolitej, w szczególności rządu gen. Władysława Sikorskiego, utworzonych po przegranej wojnie obronnej we wrześniu 1939 roku. Na miejscu przekonałem się, że pamięć o tym wydarzeniu jest w tym regionie Francji bardzo żywa,

16. W. URUSZCZAK, *Sejm walny koronny w latach 1506-1540*, Warszawa 1981.

17. Por. W. URUSZCZAK, *In memoriam. André Gouron (1931-2009)*, 62 CPH 1 (2010) 506-508.

o czym świadczą choćby miejscowe przewodniki turystyczne, opisujące historię Château Pignerolle i innych obiektów służących ongiś jako siedziby polskich władz na uchodźstwie. W czasie wspomnianego pobytu powziąłem zamiar odwiedzenia lokalnego archiwum w celu ustalenia, czy zachowały się jakieś materiały dotyczące pobytu rządu polskiego w Angers. Do wizyty tej doszło w samym końcu czerwca 1982 roku. Do *Archives départementales de Maine-et-Loire* udałem się w towarzystwie prof. Chêne'a. Udostępniono mi wówczas opisane poniżej akta lokalnej administracji departamentu Maine-et-Loire. Na teczce figurował napis: „Archives départementales de Maine-et-Loire – versement du Cabinet 5 avril 1946. Gouvernement Polonais à Angers, 1^{er} étage. H^e salle, 6^e travée”¹⁸. Przeglądając zawarte w niej materiały poczyniłem notatki, będące częściowo odpisem, a w większości streszczeniem przeglądanych dokumentów. Notatek tych nigdy wcześniej nie publikowałem, ani nie wykorzystałem w innej pracy naukowej. Sądzę, że warto z ich treścią zaznajomić wszystkich interesujących się historią najnowszą Polski, a zwłaszcza okresem II wojny światowej. Mogą one zainteresować także specjalistów od prawa międzynarodowego publicznego. Dotyczą doniosłej w stosunkach międzynarodowych kwestii rządu na uchodźstwie (*gouvernement en exil*) i roli państwa przyjmującego w zapewnieniu mu odpowiednich warunków istnienia i działania. Ich treść może stanowić przyczynek do poznania praktyki stosowania prawa międzynarodowego publicznego. Publikację tę poświęcam pamięci dra Andrzeja Kremera, kolegi z Instytutu Historyczno-Prawnego Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie, z którym łączyła mnie wieloletnia szczerza przyjaźń. Oddał on życie w służbie Rzeczypospolitej w dniu 10 kwietnia 2010 roku. Zginął w katastrofie lotniczej pod Smoleńskiem wraz z urzędującym Prezydentem RP Lechem Kaczyńskim, ostatnim prezydentem Rządu RP na uchodźstwie Ryszardem Kaczorowskim i innymi uczestnikami delegacji polskiej na uroczystości w Katyniu, zorganizowane dla uczczenia pamięci tysięcy oficerów polskich zamordowanych bestialsko przez funkcjonariuszy bezpieczeństwa państwa sowieckiego w 1940 roku.

II. Materiały do historii pobytu polskiego rządu na uchodźstwie w Angers w 1939/1940 r. w „Archives départementales de Maine-et-Loire – Versement du Cabinet 5 avril 1946. Gouvernement Polonais à Angers, 1^{er} ét. H^e salle, 6^e travée”¹⁹

18. Materiały te nie zostały ujęte w opracowaniu pt. *Gdy Paryż i Angers były stolicami Rzeczypospolitej. Wrzesień 1939 r. - czerwiec 1940 r. Prezydent Rzeczypospolitej, Rada Ministrów RP i jej program, polityka wewnętrzna i zagraniczna, Rada Narodowa RP, Partie polityczne. Dokumenty urzędowe, relacje prasowe*, red. M. M. DROZDOWSKI, J. SMOLIŃSKI, Warszawa 2001. Zostały natomiast wykorzystane w artykule T. WYRZYŃ, *Z dziejów rządu polskiego w Angers (listopad 1939-czerwiec 1940)*, *Zeszyty Historyczne*. Instytut Literacki 68 (1984) 214-227, w którym opublikowano w przekładzie polskim niektóre dokumenty. W szerszym zakresie posłużyły się nimi Louis Maucourt w pracy pt. *Angers, St. Barthélémy-d'Anjou: capitale de la Pologne 1939-1940*, Le Coudray-Macouard, Cheminement 2004.

19. Tekst pisany antykwą jest odpisem z oryginalnych dokumentów; tekst pisany kursywą pochodzi od autora niniejszej publikacji.

A. Pisma dotyczące zakwaterowania rządu polskiego

1) *Notatka o treści telefonogramu Controleur Général Perrier z Tours z 4 X 1939, godz. 20, w której podano, co należy przewidzieć dla zakwaterowania rządu polskiego, a mianowicie:*

1. Un château pour le Président avec 20 personnes
2. Un autre [château] pour le Président du Conseil avec 10 personnes
3. Un autre pour les Affaires Étrangères avec environs 10 personnes
4. Un hôtel dans le genre du „Cheval-Blanc” pour les autres ministères avec 20 personnes ou un autre château.

En plus, rechercher château ou grande ville à proximité du Gouvernement pour :

- L’Ambassade de France, 8 personnes
- ditto des Etats-Unis, 10 personnes
- ditto d’Angleterre, avec 8 personnes
- ditto de Roumanie, avec 8 personnes
- le Nonce
- divers legations

M. Perrier viendra le 6 Octobre dans la matinée avec le Chef du Gouvernement Polonais pour s’entretenir avec la Préfecture et visiter les locaux signalés.

2) *Pismo (kopia pisma) z 9 X 1939 r., premiera-ministra spraw zagranicznych Edouarda Daladiera (Président du Conseil, Ministre des Affaires Étrangères) do Ministra Spraw Wewnętrznych (Ministre de l’Intérieur) – Cabinet Ministra, nr 2298. a.s. Gouvernement Polonais en France.*

Zawiadania o powołaniu przez Prezydenta Władysława Raczkiewicza rządu polskiego w składzie :

Président du Conseil et Ministre des Affaires Étrangères gen. Władysław Sikorski ;
 Vice-Président du Conseil ... prof. St. Stronski ;
 Ministre des Affaires Étrangères ... August Zaleski ;
 Ministre des Finances ... Adam Koc;
 Ministre de la Prevoyances Sociales ... Jan Stańczyk
 Ministres sans portefeuille ... gen. J. Haller; M. Alex. Lados²⁰

Informuje, że na prośbę rządu polskiego zaakceptował w imieniu Rządu Republiki Francuskiej, że głowa państwa oraz rządu polskiego zainstalują się na terytorium

20. Aleksander Ładoś (1891-1965), w II Rzeczypospolitej polityk Stronnictwa Ludowego, minister bez teki w rządzie Władysława Sikorskiego w 1939 r., poseł polski w Bernie w latach 1940-1945. Por. S. NAHLIK, *Ładoś Aleksander Wacław*, w: *Polski Słownik Biograficzny*, t. 18, Kraków 1973, 183-186.

francuskim na tych samych warunkach, jak rząd belgijski w 1914 r., korzystając z francuskiej gościnności i którym zostanie zastrzeżone pełne korzystanie z niezależności i suwerenności. Jako miejsce czasowej siedziby rządu polskiego przewidziane jest miasto Angers. Prosi Ministra Spraw Wewnętrznych o jak najszybsze odniesienie się do tej sprawy. Na koniec pisze: J'ajoute que j'ai confié à M. Léon Noël, ambassadeur de France en Pologne, actuellement à Paris, 41, rue St. Dominique l'étude de toutes les questions relatives à la future installation et au fonctionnement des Ministères et Services Polonais en France et la coordination des mesures à prendre à cet effet par les différentes administrations intéressés. Signé: Edouard Daladier

2) *Umowa o wynajęcie Chateau Pignerolle zawarta między prefektem departamentu Maine et Loire w imieniu Republiki a właścicielem zamku Marie-Joseph Coudere de Saint-Chamond, opiniowana przez Directeur de l'Enregistrement des Domaines et du Timbre. W aktach pismo tego ostatniego do Prefekta z 27 X 1939 r.*

3) *Właścicielem Pignerolle był hrabia de Saint-Chamond. Za wynajęcie jego pałacu za pośrednictwem agenta nieruchomości Louisa Dreyfusa domagał się dostarczenia mu odpowiedniego lokalu dla całej rodziny wraz z wnukami i służbą; pokrycia kosztów przeprowadzki całego wyposażenia łącznie z obiektami cennej wartości (por. jego pismo z 13 X 1939 r. do prefekta), a także pozwolenia na wyjazd do Szwajcarii w celu leczenia jego chorej żony.*

Louis Dreyfus, négociant aux immeubles w Angers, 83, rue du Mail. W piśmie do Prefekta Main-et-Loire z 14 II 1940 r. pisał, że nie otrzymał umówionej kwoty czynszu za wynajem zamku Pignerolle.

4) *Pismo agenta nieruchomości Louisa Dreyfusa do Prefekta z dnia 4 I 1940 r. z załączonym rachunkiem firmy przewozowej Lucas Underberg z 28 X 1939 r. na kwotę 3105, 10 franków. Z pisma tego wynika, że ruchomości należące do hrabiego de Saint-Chamond zostały przewiezione do różnych miejsc w gminie St. Barthélémy.*

5) *Pismo prefekta Maine-et-Loire p. Ancel do Mr le Sous-Sécretaire d'Etat au Ministère des Affaires Étrangères z 14 listopada 1939 r., domagające się przyznania kredytu 325.000 franków na pokrycie kosztów zakwaterowania polskiego rządu. Koszty te miały objąć przeprowadzkę, urządzenie, reparację i inne konieczne prace.*

6) *Na umeblowanie Château Pignerolle przez firmę 'Maurice Bouillaguet' z Paryża (13, rue Lasson-Paris XIII) wydatkowano kwotę 151.000 franków. W aktach rachunek tej firmy wystawiony dla Prefekta dnia 24 XI 1939 r.*

7) *Polecenie zajęcia (Ordre de réquisition) Château Pignerolle, wystawiony przez prefekta Maine-et-Loire 12 X 1939. Figuruje w nim następująca formuła: „Les locaux dont la designation est faite au verso du présent avis sont requis pour les besoins de la nation. Il est interdit d'en disposer”.*

8) *Odpowiedź prefekta z 26 X 1939 r. na depesze sekretarza stanu do spraw międzynarodowych z 16 X t.r. donoszącą o konieczności ulokowania w departamencie rządu polskiego oraz akredytowanych przy nim członków korpusu dyplomatycznego tak szybko jak to jest możliwe.*

9) *Pisma dotyczące objęcia i zakwaterowania ambasadora Leona Noël w nieruchomości ‘La Garde’ w Avrillé, którą użyczył jej bezpłatnie jej właściciel pan E. Savigner.*

10) *Pismo (kopia) prefekta z 26 X 1939 r. do Ministra Spraw Wewnętrznych w sprawie umieszczenia rządu polskiego. Donosi, że znalezienie odpowiednich lokali rodzi trudności. Przede wszystkim wskazuje na przepis art. 13 ust. 2 ustawy z 3 lipca 1877 r.: „les habitants ne seront jamais délogés de la chambre ou du lit où ils ont l’habitude de coucher”. Píše, że konieczność zapewnienia rządowi polskiemu eksterytorialności zmusiła go do rekwizycji całych nieruchomości, to zaś wywołało liczne protesty. Prosi o dostarczenie mu opinii w sprawie legalności zajęcia całkowitego nieruchomości.*

„Quoi qu’il en soit, à l’heure actuelle, malgré certaines mauvaises volontés évidentes et certaines égoïsmes vraiment inadmissibles dans les circonstances présentes, ces difficultés semblent en grande partie aplaniées, par suite d’ententes amicales ou de réquisition portant sur d’autres immeubles”.

W dalszej części pisma prefekt podaje szczegółowe miejsca lokalizacji poszczególnych członków rządu polskiego:

M. le Président de la République Polonaise – château de Pignerolle, commune de St. Barthélémy

M. le gén. Sikorski avec ses collaborateurs civils et militaires – château de la Coltrie

M. le gén. Sosnkowski – chateau de Molière, commune de Beaucouzé

M. Zaleski, ministre des Affaires Étrangères – la propriété dite „La Baronnerie”, commune de St. Sylvain

Le Ministère des Affaires Étrangères (bureaux) occuperait l'immeuble „La Morinière” à Angers

Le Ministère des Finances – un immeuble dans la même ville, 7, rue Montaubau.

Les autres administrations polonaises (personnel et bureaux) seraient logés dans les divers immeubles à Angers, rue Mirabeau, rue Létanduere et dans les plusieurs hôtels des classes différentes, réquis en totalité ou en partie. L'hôtel du Cheval Blanc à Angers, réquis en totalité serait affecté au logement de plusieurs ministres et fonctionnaires.

M. l'ambassadeur de France aurait sa résidence au château de la Garde à Avrillé;
M. l'ambassadeur de Grande-Bretagne à „la Romanerie” à St. Barthélémy et
M. l'Ambassadeur des Etats-Unis d'Amérique au château du Plessis-Bourré, commune d'Ecuillé.

Enfin, les bureaux de l'Ambassade de France seront dans un delai très prochain installés dans un immeuble Av. du maréchal Foch à Angers où ils fonctionnent déjà patiellement à ceux de l'Ambassade de Grande Bretagne, 4, rue de Bel-Air à Angers. [---] Le Préfet. Signé: P. Ancel.

11. *Pisma w sprawie eksterytorialności linii telefonicznych*: Plan du réseau téléphonique spécialisé prévue pour l'exteriorité polonaise à Angers *przedstawiony przez* Direction de l'Exploitation Téléphonique, Vendôme, 5 XI 1939, signé par l'Ingénieur en Chef des Postes et Telegraphes *wraz z* reseau annexe.

12. République Française – Préfecture du département de Maine-et-Loire „Travaux executés pour aménagement de résidences privées”

Château de Pignerolle, Présidence de la République 51.100 FF

Château „La Coltrie”, Président du Conseil 19.775 FF

Château „La Baronnerie” Ministre des Affaires Étrangères

Château „de Mollière”, résidence du général Sosnkowski

13. *[Adresy siedzib polskich ministerstw w Angers]*

Présidence du Conseil: 21 Bd Foch

Affaires Étrangères: 71, Bd. Foch

Services Administratifs du Ministre des Affaires Étrangères: 2, rue de Létanduere

Ministère des Finances: 7, rue Montauban

Ministère de la Prevoyance Sociale: 31, rue Mirabeau

14. W kwietniu 1940 r. planowano przeniesienie do Angers także polskiego Ministerstwa Spraw Wojskowych (Ministère des Affaires Militaires). W tej sprawie pismo prefekta departamentu Maine-et-Loire do generała Denain, szefa Misji wojskowej francusko-polskiej (chef de la Mission Militaire Franco-Polonaise, 100, rue de l'Université, Paris)²¹, w którym prefekt sygnalizował trudności ze względu na przełudnienie miasta Angers.

15. Gen. Denain w piśmie z 27 IV 1940 r. do prefekta w sprawie wymienionego przeniesienia podawał wymagania lokalowe polskiego ministerstwa:

241 lokali dla oficerów; 95 lokali dla personelu pomocniczego.

W aktach znajdują się także inne pisma dotyczące tej sprawy, z których wynika, że prefekt nie widział możliwości ulokowania tego ministerstwa w Angers.

16. Pismo ambasadora RF przy rządzie polskim Leona Noëla z 1 IV 1940 r. do prefekta wraz z załączoną kopią pisma Ministra Finansów (Sécretariat Général – Direction du Budget) z 18 III 1940 r. adresowanego do M. le Président du Conseil, Ministre de la Défense Nationale et des Affaires Étrangères. W liście tym zawarta jest informacja o przewidywanym kredycie 500.000 franków na pokrycie kosztów instalacji rządu polskiego.

B. Dokumenty urzędowe dotyczące przybycia do Angers członków rządu polskiego i oficjalnej jego instalacji

1. Dokumenty dotyczące organizacji przyjęcia rządu polskiego w tym: instrukcja dla policji miejskiej z 21 XI 1939 r. wydana przez komisarza Gelly z Centralnego Komisarjatu oraz zarządzenie mera miasta w sprawie zamknięcia ruchu w dniu 22 XI 1939 r. od godziny 14 do 15.30.

2. Dokumenty dotyczące ochrony przejazdu członków rządu polskiego wraz planami rozmieszczenia strażników.

3. Raport Prefekta z 22 XI 1939 r. do Ministra Spraw Wewnętrznych o przybyciu do Angers gen. Władysława Sikorskiego wraz z innymi członkami rządu polskiego, z wyjątkiem min. Zaleskiego, pociągami specjalnymi o godzinie 14.40. Po przyjęciu w salonie dworcowym członkowie rządu udali się do Hotel de la Morinière, siedziby Présidence du Conseil. Stamtąd prefekt osobiście towarzyszył gen. Sikorskiemu do

21. Gen. Victor Denain (1880-1952), generał francuski, szef sztabu Wojsk Lotniczych RF, minister lotnictwa (1934-1936).

Coltrie. Pismo kończyło stwierdzenie o braku jakichkolwiek incydentów godnych ujawnienia („aucun incident à signaler”).

4. Pismo w sprawie przyjazdu Prezydenta w sobotę 2 XII 1939 r.

Prezydentowi towarzyszyli:

Madame Raczkiewicz

Chef de la Maison Civile et 4 personnes de sa famille

M. Szumlakowski, ministre plenipotentiaire

Colonel Arciszewski, chef de la maison militaire

Ing. Piotrowski, secrétaire privé

comte Morsztyn, chef du protocol

Docteur de médecine, attaché à la personne du Président

Capitaine, officier d'ordonnance

4 fonctionnaires de la Chancellerie du Président

Monsieur Auguste Zaleski, ministre des Affaires Étrangères

Madame Zaleska

C. Notatki prasowe dotyczące przybycia członków polskiego rządu oraz prezydenta R.P. do Angers:

1. *Notatka w dzienniku L'OUEST ECLAIR z 23 XI 1939 R.*

Członkowie rządu polskiego na czele z premierem gen. Władysławem Sikorskim opuścili Paryż w piątek 22 listopada 1939 r. o godzinie 11, przybywając do Angers na dworzec Saint Laud tego samego dnia o godzinie 14.45. Wraz z premierem rządu z gen. Sikorski przybyli: Stroński, Koc, Stańczyk, gen. Sosnkowski, Seyda, Ładoś, Strasburger – podsekretarz stanu, Graliński, Falter, podsekretarz stanu ds. finansów, Popiel, biskup Gawlina kapelan WP. Rządowi polskiemu towarzyszył podsekretarz stanu w Ministerstwie Spraw Zagranicznych Champetier de Ribes, reprezentujący premiera Daladiera. Ponadto przybyli ambasadorowie akredytowani przy rządzie polskim, a mianowicie: Leon Noël (Francja), Drexel Bill (USA), sir Howard Connard (W. Brytania), Elalis (Brazylia), Sławick (Jugosławia).

Na dworcu w Angers powitano przybyłych z należnymi honorami wojskowymi. Obecni byli reprezentanci miejscowych władz: prefekt Ancel, dowódca IX Rejonu gen. Vary, mer miasta Angers – pan Bernier wraz ze swoimi zastępcami (adjoints).

Gazeta zanotowała, że pogoda była wspaniała i że zauważono tylko kilka samolotów.

Bezpośrednio po przyjeździe w 'Hôtel de la Présidence' odbyło się przyjęcie, na którym gen. Sikorski, który dopiero co przybył z Anglii, złożył następującą deklarację:

„Je constate et je confirme que partant en France et en Angleterre on a compris parfaitement le grand rôle que la nation polonaise et les soldats polonais ont accompli en prenant sur eux tout le poids de l’agression allemand (...) Je constate aussi qu’on a compris parfaitement les intérêts de la Pologne qui sont en jeu; les intérêts du pays fort à l’est de l’Europe sans lesquels on ne peut pas retrouver ni aucun équilibre dans l’est européen ni aucune stabilité politique durable (...) Aujourd’hui la France est pour nous, Polonais, notre seconde Patrie (...)”

2. *LA DEPECHE DU CENTRE* z 23 XI 1939 r.: *notatka o pierwszym posiedzeniu rządu polskiego w Hôtel de la Présidence w dniu 22 listopada o godzinie 15.00.*

3. *Notatka w L'OUEST* z 23 XI 1939 r.: *W sobotę, 23 listopada 1939 r. o godzinie 11 odbyła się z okazji przybycia rządu polskiego w Katedrze w Angers msza św. celebrowana przez biskupa Gawlinę.*

4. *Gazeta L'Ouest* z 3 XII 1939 r. *donosi o przyjeździe do Angers prezydenta Władysława Raczkiewicza w dniu 2 XII.*

Pociąg prezydencki zatrzymał się o 14.30 na dworcu Trélazé, udekorowanym flagami polskimi, francuskimi i angielskimi. Un pâle soleil d'automne éclairait la campagne. O 14.00 przybyły na dworzec osobistości witające prezydenta – członkowie rządu polskiego: gen. Sikorski, minister Zaleski, Szumlakowski²², Protawski²³, hr. Morsztyn – szef protokołu, Cichewicz – konsul generalny, ambasadorowie USA, Wielkiej Brytanii, Brazylii i Jugosławii. Francję reprezentowali: gen. Vary – dowódca 9 Korpusu Armii, płk. Bertin – commandant d'Armes; Damy – chef d'escadron; prefekt Ancel i inni.

O godz. 15 Prezydent Raczkiewicz w towarzystwie ambasadora Noëla oraz oficera ordynansowego Arciszewskiego wyszedł z pociągu, po czym samochodem prefekta został przewieziony do zamku Pignerolle. Towarzyszyło mu 30 innych samochodów.

Przed wejściem do château Pignerolle honory prezydentowi Polski oddali oddział 6 pułku saperów (génie) pod dowództwem pułkownika Roberta oraz oddział polski dowodzony przez porucznika Kłobukowskiego.

5. *Gazeta L'Ouest Eclair* z 3 XII 1939 r., *donosi o przyjeździe do Angers prezydenta Władysława Raczkiewicza.*

22. Marian Szumlakowski (1893-1961), dyplomata w II Rzeczypospolitej, poseł polski w Madrycie w latach 1935-1944. Por. H. BĄTOWSKI, *Polska dyplomacja na obczyźnie 1939-1941*, Kraków 1995, 45.

23. Chodziło o inż. Piotrowskiego, sekretarza osobistego prezydenta Raczkiewicza. Por. J. PIOTROWSKI, *Dzienniki czynności Prezydenta RP Władysława Raczkiewicza 1939-1947*, Wrocław 2004, 150, 181, 186.

Dnia 2 grudnia prezydent Raczkiewicz opuścił Paryż, wsiadając do specjalnego pociągu na Gare Montparnasse o godzinie 10. Przed wejściem do pociągu rozmawiał z p. Champatier de Ribes i gen. Denain. O 10.15 pociąg ruszył w drogę. Z okazji przyjazdu prezydenta Polski do Angers, w radio francuskim przemówienie wygłosił gen. Sikorski.

C. Pisma dotyczące ochrony członków rządu polskiego

1) *Paryż, 10 X 1939, Ministre de l'Intérieurs – Direction Générale de la Sûreté Nationale do Prefekta du Maine-et-Loire, N° 7726, w piśmie oznaczonym jako „poufne” (confidentiel) informuje, że do dyspozycji prefekta przekazuje pana Perrier, kontrolera generalnego Służby Bezpieczeństwa wraz z częścią jego obsługi („controleur général de la Sûreté Nationale et une partie de son service”), którego obowiązkiem będzie zapewnienie pod jego nadzorem od chwili, kiedy Rząd Polski zostanie zainstalowany w departamencie Maine-et-Loire, bezpieczeństwa wszystkich wysokich osobistości rezydujących lub przebywających w tym departamencie.*

2) *Pismo Président du Conseil du Ministre des Affaires Étrangères Henri Hoppenot²⁴ do M. le Ministre de l'Intérieur (Cabinet du Ministre) n° 2317 z 13 X 1939 r. w sprawie ochrony członków rządu polskiego zagrożonego aktywnością elementów terrorystycznych, w tym także polskich („un certain nombre d'individus qui d'après l'opinion des milieux polonais, seraient capables d'organiser des enlèvements”). Domaga się podjęcia niezbędnych środków ochrony w jak najkrótszym czasie w siedzibach rządu polskiego, a więc w Ambasadzie Polskiej, w kancelarii tej ambasady (rue de Talleyrand) w „Hôtel d'Albany où vont s'installer les services du Général Sikorski et aux domiciles particuliers des membres de son gouvernement”. Przypomina o konieczności zapewnienia ochrony przy ich przenosinach.*

3) *Angers, 6 XI 1939, Le Controleur Général Perrier à Monsieur le Préfet de Maine et Loire w Angers w sprawie środków dla zapewnienia bezpieczeństwa członkom rządu polskiego przebywających w Angers („pour assurer la sécurité des membres du Gouvernement polonais séjournant à Angers”).*

Garde de corps – au cours de déplacement sera exercée par les fonctionnaires de mon service.

Surveillance des résidences – général, comendant Scebolivis [?] à Angers a bien voulu examiner la possibilité d'installer à la résidence du Président un porte garde.

24. Dokument w przekładzie polskim w: WYRWA, *Z dziejów rządu polskiego* (wyżej przyp. 18) 215-216. Sylwetkę Henri Hoppenot przedstawiła C. BARBIER, *Henri Hoppenot. Diplomate (25 octobre 1891-10 août 1977)*, Paris 1999.

Pisze dalej o możliwym zagrożeniu innych członków rządu. W związku z tym prosi o podjęcie koniecznych środków z rezerwy, w szczególności prosi, aby prefekt zwrócił się do Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i dowódcy 9-tego Okręgu (Region) o dostarczenie dwóch plutonów (peletons) żołnierzy dla zorganizowania niezbędnej ochrony.

4) Pismo porucznika Chevalier, oficera łącznikowego przy rządzie polskim do pana prefekta departamentu Maine-et-Loire w sprawie bezpieczeństwa rządu polskiego. Informuje w nim o niedostatecznej – w jego opinii – ochronie. Pismo opatrzone klauzulą ‘tajne’ (secret).

Angers, le 3 Janvier 1939 [! winno być 1940]

J'ai l'honneur de vous rendre compte qu'il existe actuellement:

1° Dans la ville d'Angers: sept ministères Polonais.

1. Présidence du Conseil 21, Bd. Foch
2. Ministère des Affaires Étrangères 72, Bd. Foch
3. Ministère – Annexe 2, rue de Létanduère
4. Prévoyance Sociale 31, rue Montaubau
5. Finance 37, Bd Roi René
6. Justice 20 ou 22, rue Max. Richard

Chaque Ministère exige et ça en accord avec M. Perrier contrôleur Général de la Surêté Nationale une surveillance de jour et de nuit extérieure et intérieure. Cette surveillance actuellement limitée aux immeubles 1, 2, 3, 4 est assurée par la garde mobile sous les ordres du lieutenant Meillin un peleton (35 hommes) dans des conditions extrêmement pénibles d'une part, certainement insuffisantes d'autre part.

1° Dans la campagne environnante d'Angers, se trouvent les résidences de diverses personnalités.

1° Le Château de Pignerolle, Commune de St. Barthélémy, réservé à M. Vladislav Raczkiewicz, président de la République Polonaise et dont la garde est directement assurée par une compagnie d'honneur polonaise.

2° La Coltrie, commune de St. Lambert-la-Potherie, réservée à M. le général Sikorski comme résidence. Celui-ci là trouvant trop importante l'a récemment abandonné au profit du Conseil National Polonais qui doit se réunir très prochainement. La surveillance en est actuellement assurée par des fantassins français.

3° La Haive-Joulins, nouvelle résidence de M. Gén. Sikorski, commune de St. Sylvain, une surveillance particulièrement active doit y être exercée, conformément aux instructions référées de M. le Ministre de l'Interieur. Il était prévu une garde de postes d'un homme, deux postes de deux hommes.

Ces prévisions sont absolument insuffisantes car une sentinelle simple ne protège absolument rien de nuit, peu de jour.

4° Molière, commune de Beaucouzé, residence de Monsieur le Général Sosnkowski, successeur éventuel de M. le Président de la République. La surveillance là encore se trouve ou doit être assurée par une garde de soldats français.

5° La Baronnérie, commune de St. Sylvain, résidence de M. le Ministre des Affaires Étrangères Zaleski, surveillance assurée par un poste du 91^{ème} Reg. d'Infanterie [...]

Au point de vue: protection, il est bien certain que celle fournie par des postes provenant de gardes unités françaises du territoire est insuffisante ou illusoire.

[...]

[dalej wnosi, aby zainstalować w Angers]

1° un groupe d'environ 40 gendarmes polonais, relevant les gardes mobiles dans la partie la plus ingrate de leur tâche: garde aux portes des Ministères, la garde étant assurée par des sentinelles doublées nous trouvons $7 \times 2 = 14$ à 2 réveils par jours, service actuel et momentané des gardes mobiles = 28

A 3 réveils nous arrivons à $7 \times 6 = 42$.

Cette gendarmerie polonaise pourrait aider les rondes du service de place en réglant les incidents créés par des soldats polonais. Si certains de ces gendarmes sont bilingues en fournissant des interprètes à la demande de M. Robin, commissaire spécial ou de toute autre autorité française.

En ce qui concerne les châteaux ou résidences il serait indispensable d'avoir là aussi une garde polonaise relevant les unités françaises. Si nous estimons à 25, ou moins, le nombre des soldats nécessaires à la Haye-Joulain, et à 15 à chacune de 3 autres résidences nous arrivons au chiffre de 100, compte tenu des malades et des permissionnaires.

La partie ingrate de toute surveillance, étant prise à charge dans ces conditions tant par les 40 gendarmes dans Angers que par les 100 hommes dans ses abords

immédiats, le personnel Français de surveillance deviendrait plus libre et mieux à même de remplir la mission pour laquelle il a reçu affectation.

[*podpis nieczytelny*]

5. *Pismo porucznika Chevalier, oficera łącznikowego przy Rządzie Polskim do Prefekta departamentu Maine-et-Loire, opatrzone klauzulą tajne.*

Angers, 14 stycznia 1940

Zdaje sprawozdanie z wizyty jaką odbył w towarzystwie majora Stablowskiego i N.N. kapitana polskiego w batalionie nr 1 saperów (Bataillon de Génie n° 1) i innych oddziałach w niedzielę 14 I 1940 r. o godzinie 14.45 w posesji 'Les Perrouche' w Haie-Joulain, commune de St. Sylvain-d'Anjou. Píše o niedostatecznej ochronie tego obiektu. Zastali tam tylko kaprala i 6 żołnierzy. Od żołnierza dowiedzieli się, że gen. Sikorski przebywał tam 4 razy. Jego służba składała się z:

1. un sergent-chef polonais, absent (secrétaire du Général)
2. sa femme absente, partie avec les chefs
3. une cuisinière polonaise;
4. une servante française;
5. un chauffeur polonais
6. sa femme présente sur les lieux dans sa chambre ou première étage du bâtiment B.

6. *Dokumenty dotyczące nadzoru służby bezpieczeństwa nad pocztą przebywających w Angers Polaków²⁵.*

6.1. *Pismo z 15 I 1940 r. porucznika Chevalier do prefekta departamentu Maine-et-Loire, oznaczone jako 'tajne', w którym domagał się przydzielenia w trybie pilnym:*

tłumacza angielskiego

tłumacza polskiego o najwyższych kwalifikacjach (de 1^{er} ordre)

tłumacza polskiego o dostatecznych kwalifikacjach

którzy nie byłiby Polakami w celu kontroli poczty adresowanej do jednostek polskich to jest:

25. Dokumenty te omówił Tadeusz Wyrwa w: TENŻE, *Z dziejów rządu polskiego* (wyżej przyp. 18) 217-218.

Gendarmes Polonais (6^e Génie et Pignerolle)
Garde Polonaise du Président
Bataillon Polonais (Ste Gemmes et Ponts-de-Cé)
Détachement d'aspirants (6^{ème} Génie)

W tej sprawie dostarczono sapera Adolfa Gurevitcha, urodzonego w Kijowie, bez narodowości, licencjusza literatury w Paryżu. Skierowano go do Commission Militaire de Contrôle Postal d'Angers.

6. 2. Pismo z 1 II 1940 r. porucznika Chevalier do p. Prefekta departamentu Maine-et-Loire, w którym pisze m.in., że Polacy używają podwójnych kopert, wysyłając listy do Włoch czy Szwajcarii z prośbą o przesłanie ich do stref okupowanych przez Niemców. Nie jest w stanie listów tych kontrolować. Jego zdaniem listy te trzeba niszczyć lub zobowiązać Polaków do pisania tylko kart pocztowych. Wspomina też, że listy kapitana Stanisława Skarbka, kapitana Policji Polskiej w Pignerolle „sont favorables à l'Allemagne en vantant la situation en pays ennemi”.

Andrzej Kremer – wspomnienie

Prawnik, konsul, dyplomata – taka gradacja nasuwa mi się, gdy myślę o Andrzeju Kremerze. Głęboka znajomość prawa, umiejętność jego stosowania i interpretacji były dla Niego – jak mi się wydaje – najważniejszą wartością, wokół której zbudował całe swoje zawodowe życie. Charakterystyczne, że nie kojarzy się Go ze słowem „kariera” – choć przecież dokonania zawodowe Andrzeja Kremera były imponujące, aż do godności ministerialnej włącznie. Sądzę, że pasuje do Niego raczej określenie „służba publiczna” – jako wzorowe wypełnianie powinności wobec społeczeństwa.

Taka służba (także dyplomatyczna, konsularna), pełniona z poświęceniem i przekonaniem wewnętrznym, jest niezbędnym warunkiem pomyślności i rozwoju kraju, rosnącej mobilności obywateli oraz zacieśniających się kontaktów międzynarodowych. Powrót do ducha służby, społeczne odżegnanie się od cynizmu i prywaty jest też najlepszą drogą do osiągnięcia szanowanej i sprawnej demokracji. To bardzo pilne zadanie, skoro najnowsze badania opinii publicznej w Polsce wskazują na alarmujący wzrost poparcia dla idei autorytarnych i deficyt wzajemnego zaufania obywateli.

Andrzej Kremer był państwowcem w najlepszym tego słowa znaczeniu – służył wolnej Polsce, realizował się w cierpliwym, codziennym działaniu. Czy to w pracy konsularnej, czy w MSZ, zawsze dążył do osiągnięcia ideału państwa prawa. Prawo jednak bywa twarde, a więc i ta służba nie pozwalała nigdy na sentymentalizm, lecz w odbudowie międzynarodowej pozycji Polski było coś z realizacji romantycznego marzenia. Miałam szansę doświadczyć osobiście, jak właśnie w Hamburgu – mieście tak bardzo otwartym na świat, zamożnym, ceniącym ciężką pracę i pewien „understatement” – polski konsulat generalny pod kierunkiem Andrzeja Kremera pracował na silną pozycję, autorytet i sympatię licznych przyjaciół Polski wśród liderów życia społecznego i gospodarczego północnych Niemiec. Hamburg ma subtelne sposoby okazywania aprobaty, aż niepasujący do tej powściągliwości był szok i żal po śmierci Ministra Kremera. Jednak zmiana obrazu Polski w miejscowych elitach pozostała już na stałe, jako owoc między innymi Jego pracy.

Właśnie obraz z Hamburga pozostanie najsilniej odbity w mojej pamięci – Andrzej szczęśliwy w kręgu swojej rodziny, spełniony zawodowo i pewny swych kompetencji.

Uważałam Go zawsze zasadnie za zdecydowanego, ideowego państwowca, świetnego urzędnika niepodległego i świadomego swojej wartości państwa polskiego. Pobyt i rozmowy w Hamburgu wzbogaciły ten obraz o niezwykle silne uczucia rodzinne, ale i o inne cechy, na przykład zdolności kulinarne. Na tym właśnie polega pełny wymiar silnej osobowości. Mam nadzieję, że Nagroda „Konsul Roku”, której został patronem, pozwoli wyróżnić osoby równie oddane swojej pracy, o podobnie bogatych zainteresowaniach i pasjach.

20 lat Traktatu polsko-niemieckiego każe czasami traktować obecne dobre relacje między naszymi krajami jako coś oczywistego, coś, co stało się niemal automatycznie. Żałuję, że teraz w rocznicę Traktatu nie możemy wysłuchać Ministra Kremera, Jego opowieści o mozolnej pracy, o konfliktach i trudnych sprawach. Takich choćby, jak konsekwencje dawnego układu Schmidt-Gierek, dramaty ludzkie, problemy z obywatelstwem Ślązaków, Kaszubów, Mazurów, którzy często wcale nie chcieli opuszczać Polski i latami strzegli swoich paszportów, choć nie znosili PRL. Właśnie w pracy konsularnej należało cierpliwie i taktownie postępować z tą ważną grupą, która niewiele była podobna do tradycyjnej Polonii w krajach anglosaskich, ale była przecież ważnym pomostem między Polską i Niemcami. Pamiętam nasze rozmowy na ten temat. Jestem przekonana, że ostatnie decyzje obu rządów dotyczące utworzenia Biura reprezentującego polskie organizacje w Berlinie oraz działań na rzecz szerszego nauczania języka polskiego w Niemczech zawierają w sobie także część cierpliwych, dyplomatycznych działań Andrzeja Kremera.

Jest niezwykle interesujące, na ile na ostateczne ukształtowanie sylwetki naukowej i zawodowej Andrzeja wpłynęła Jego dyscyplina naukowa i dydaktyczna – prawo rzymskie. Wiadomo powszechnie, że uczy ono dyscypliny myślenia, logiki i dobrego wnioskowania prawniczego. Sądzę jednak, że regularne studia nad systemem prawa – zarówno publicznego, jak i prywatnego, liczącego dzisiaj ponad 2,5 tys. lat – pozwalają mocniej uwierzyć w prawo jako takie, postrzegać jego moc i znaczenie mimo dzisiejszej erozji norm i inflacji przepisów, pozwalają też lepiej pojąć ostateczny sens i rolę państwa. Może właśnie w tym odnajdywał Andrzej Kremer siły i tak charakterystyczną dla Niego wytrwałość.

Z podziwem myślę o dorobku Andrzeja – jak wiele w zawodowym życiu udało Mu się osiągnąć, ile pozostawić po sobie wdzięcznej pamięci i powszechnego szacunku. Dlatego oprócz uzasadnionego, głębokiego żalu z powodu Jego odejścia, powinna towarzyszyć nam дума z tego, że mieliśmy honor Go poznać i z Nim współpracować. Pozostawił, nie tylko swoim dzieciom, bezcenny wzór postępowania, który może dodawać siły w trudnych chwilach naszego życia.

Wykaz skrótów (opracował Jacek Ożóg)

1. Starożytne źródła literackie

App. – Appianus, *Historia Romana*
Aug. civ. – Augustinus, *De civitate Dei*
Cass. Dio – Cassius Dio, *Historia Romana*
Cic. Arch. – Cicero, *Pro Archia poeta*
Cic. Att. – Cicero, *Epistulae ad Atticum*
Cic. Brut. – Cicero, *Brutus*
Cic. de orat. – Cicero, *De oratore*
Cic. dom. – Cicero, *De domo sua ad pontifices oratio*
Cic. fin. – Cicero, *De finibus bonorum et malorum*
Cic. Lael. – Cicero, *Laelius sive de amicitia*
Cic. leg. – Cicero, *De legibus*
Cic. Mur. – Cicero, *Pro L. Murena oratio*
Cic. off. – Cicero, *De officiis*
Cic. orat. – Cicero, *Orator*
Cic. rep. – Cicero, *De republica*
Cic. S. Rosc. – Cicero, *Pro Sextio Roscio Amerino*
Cic. Tusc. – Cicero, *Tusculanae disputationes*
CIL – *Corpus Inscriptionum Latinarum*
Dion. Hal. Ant. – Dionysius, *Antiquitates Romanae*
Gell. – Aulus Gellius, *Noctes Atticae*
Herodian. – Herodianus, *Historia de imperio post Marcum*
Ios. bell. Iud. – Flavius Iosephus, *Bellum Iudaicum*
Isid. orig. – Isidorus, *Origines*
Liv. – T. Livius Patavinus, *Ab urbe condita*
Plat. rep. – Plato, *De republica*
Plin. nat. – Plinius, *Naturalis historia*
Plut. Aem. – Plutarchus, *Aemilius*
Plut. Pomp. – Plutarchus, *Pompeius*
Plut. Sulla – Plutarchus, *Sulla*

Quint. *inst.* – Quintilianus, *Institutio oratoria*
Rhet. Her. – *Rhetorica ad Herennium*
Sen. *clem.* – Seneca, *De clementia*
Serv. *Aen.* – Servius, *Commentarius ad Aeneida*
Strab. – Strabo, *Geographica hypomnemata*
Suet. *Aug.* – Suetonius, *Augustus*
Suet. *Ner.* – Suetonius, *Nerva*
Suet. *Tib.* – Suetonius, *Tiberius*
Tac. *ann.* – Tacitus, *Annales*
Tac. *Germ.* – Tacitus, *Germania*
Tac. *hist.* – Tacitus, *Historiae*
Varro *ling.* – Varro, *De lingua Latina*
Varro *rust.* – Varro, *De re rustica*
Vell. – Velleius Paterculus, *Historiae Romanae*

2. starożytne źródła prawnicze

C. – *Codex Iustinianus*
C. Th. – *Codex Theodosianus*
D. – *Iustiniani Digesta*
decr. – *decretorum*
dig. – *digesta, digestorum*
ed. – *ad edictum*
ed. aed. cur. – *ad edictum aedilis curulis*
ed. prov. – *ad edictum provinciale*
epist. – *epistulae, epistularum*
fid. – *fideicommissorum*
FV. – *Fragmenta quae dicuntur Vaticana*
G. – *Gai Institutiones*
I. – *Iustiniani Institutiones*
inst. – *institutiones, institutionum*
iur. epit. – *iuris epitomarum*
lib. sing. enchir. – *libro singulari enchiridii*
membr. – *membranarum*
N. – *Novellae Constitutiones Iustiniani Augusti*
opin. – *opinionum*
Paul. – *digesta a Paulo epitomata*
Plaut. – *ad Plautium*
PS. – *Pauli sententiae receptae*

quest. – *quaestionum*

Quint. Muc. – *ad Quintum Mucium*

reg. – *regulae, regularum*

resp. – *responsorum*

Sab. – *ad Sabinum*

SC – *senatus consultum*

sing. de port – *libro singulari de portionibus, quae liberis damnatorum conceduntur*

sing. form. hypoth. – *libro singulari de formula hypothecaria*

sing. leg. Falc. – *libro singulari ad legem Falcidiam*

sing. off. cur. rei publ. – *libro singulari de officio curatoris rei publicae*

sing. quaest. publ. tract. – *libro singulari de quaestionibus publice tractatis*

sing. sc. Tert. – *libro singulari ad senatus consultum Tertullianum*

stipul. – *stipulationum*

Tab. – *lex duodecim tabularum*

UE. – *Ulpiani Epitome, Tituli ex corpore Ulpiani*

Urs. Fer. – *ad Urseium Ferocem*

3. źródła prawnicze nowożytne i współczesne

ABGB – *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (austriacki kodeks cywilny z 1811 r.)

ABGBLicht – *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch des Fürstentums Liechtenstein* (kodeks cywilny Księstwa Lichtensteinu z 1812 r.)

ALR – *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten* (prawo krajowe pruskie z 1794 r.)

BGB – *Bürgerliches Gesetzbuch* (niemiecki kodeks cywilny z 1896 r.)

CC – *Code civil* (francuski kodeks cywilny z 1804 r.)

CCB – *Code civil belge – Belgisch Burgerlijk Wetboek* (belgijski kodeks cywilny z 1804 r.)

CCCh – *código civil de Chile* (chilijski kodeks cywilny z 1855 r.)

CCE – *Código civil español* (hiszpański kodeks cywilny z 1889 r.)

CCG – grecki kodeks cywilny z 1946 r.

CCI – *Codice civile* (włoski kodeks cywilny z 1942 r.)

CCLux – *code civil en vigueur dans le Grand-Duché de Luxembourg* (kodeks cywilny Wielkiego Księstwa Luksemburga)

DCCPRCh – *Draft Civil Code of the People's Republic of China of 2003*, w: *The Draft Civil Code of the People's Republic of China. English Translation (Prepared by the Legislative Research Group of the Chinese Academy of Social Sciences)*, red. L. HUIXING, Leiden, London, 2010

GKRF – *Grazdanskij Kodeks Rossijskoj Federacii* (kodeks cywilny Federacji Rosyjskiej z 1994 r.)

KC – (polski) kodeks cywilny z 1964 r.

KN (CC) – Kodeks Napoleona (*Code civil*)

KPC – (polski) kodeks postępowania cywilnego z 1964 r.

NNBW – *Burgerlijk Wetboek* (holenderski kodeks cywilny z 1992 r.)

OSN – Orzecznictwo Sądu Najwyższego

OSNC – Orzecznictwo Sądu Najwyższego, Izba Cywilna

PPM – prawo prywatne międzynarodowe (ustawa z 4 lutego 2011 r.)

UCC – *Uniform Commercial Code*

ZGB – *Zivilgesetzbuch* (szwajcarski kodeks cywilny z 1907 r.)

3. Pismo Święte

1 Kor – 1. List św. Pawła do Koryntian

1 P – 1. List św. Piotra

1 Tym – 1. List św. Pawła do Tymoteusza

Ef – List św. Pawła do Efezjan

Flm – List św. Pawła do Filemona

J – Ewangelia według św. Jana

Kol – List św. Pawła do Kolosan

Kpł – Księga Kapłańska

Łk – Ewangelia według św. Łukasza

Mich – Księga Micheasza

Mk – Ewangelia według św. Marka

Mt – Ewangelia według św. Mateusza

Pwt – Księga Powtórzonego Prawa

Tyt – List św. Pawła do Tytusa

4. Encyklopedie i czasopisma

AAS – *Acta Apostolicae Sedis*

AG – *Archivio giuridico*

AJCL – *American Journal of Comparative Law*

AJPh – *American Journal of Philology*

AJIL – *American Journal of International Law*

ASD – *Annali di storia del diritto*

AUNC – *Acta Universitatis Nicolai Copernici*

AUWr – *Acta Universitatis Wratislaviensis*

AZP - Allgemeine Zeitschrift für Philosophie
BIDR – Bullettino dell'Istituto di *Diritto Romano*
BYIL – *British Yearbook of International Law*
CPH – Czasopismo Prawno-Historyczne
DBI – Dizionario Biografico degli Italiani
DJZ – Deutsche Juristen-Zeitung
ED – *Enciclopedia del diritto*
EJIL – *European Journal of International Law*
EPIL – Encyclopedia of Public *International Law*
HSCP – Harvard Studies in Classical Philology
JHIL – *Journal of the History of International Law*
JRS – *Journal of Roman Studies*
KPP – Kwaralnik Prawa Prywatnego
LQR – Law Quarterly Review
OIR – Orbis Iuris Romani
PK – Prawo Kanoniczne
PNUŚ – *Prace Naukowe Uniwersytetu Śląskiego*
PUG – Przegląd ustawodawstwa gospodarczego
QF – Quaderni Fiorentini
RDD – Revista de Direitos Difusos
RE – Realenzyklopädie
RIDA – *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*
RIDC – Rivista Internazionale di Diritto Comune
RJ – *Rechtshistorisches Journal*
RPES – *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*
RSDI – Rivista di Storia del Diritto Italiano
SDHI – *Studia et Documenta Historiae et Iuris*
SMWZ UW – *Studia i materiały Wydziału Zarządzania UW*
TCJ – The Classical Journal
TR – *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis*
ZaöRV – Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZNR – Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte
ZNUJ – *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego*
ZPE – Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik
ZSS – Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung

5. Inne

ad loc. – *ad locum*

arg. – *argument, argumentum*

art. – artykuł

ca. – *circa*

cod. – *codex*

cyt. – cytat, cytowany

cz. – część

dn. – dnia

Doc. – Document

Dz. Urz. UE – Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej

DzU – Dziennik Ustaw

ed. – *editio*

EP – Otto Lenel, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*

etc. – *et cetera*

ETS – Europejski Trybunał Sprawiedliwości

I. – *liber*

Ind. Interp. – L. Mitteis, E. Levy, E. Rabel, *Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*

łac. – łaciński

lit. – litera

lit. – literatura

loc.cit. – *loco citato*

m.in. – między innymi

M.P. – Monitor Polski

MGH – Monumenta Germaniae Historica

MTS – Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości w Hadze

nn – następna, następne

np. – na przykład

nr – numer

op.cit. – *opere citato*

Pal. – Otto Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis. Iuris consultum reliquiae quae Iustiniani Digestis continentur ceteraque iuris prudentiae civilis fragmenta minora secundum auctores et libros disposuit Otto Lenel.*

par. – paragraf

po Chr. – po Chrystusie

poł. – połowa

pol. – polski

popr. – poprawione
por. – porównaj
powt. – powtórzone
poz. – pozycja
pr. – *principium*
przed Chr. – przed Chrystusem
przedr. – przedruk
przekł. zb. – przekład zbiorowy
przeł. – przełożył/a
przyp. – przypis
r. – rok
rec. – recenzja
red. – redaktor, redakcja
rkps – rękopis
rozdz. – rozdział
s. – strona
scil. – *scilicet*
s.s.v. – *sub sub voce*
s.v. – *sub voce*
SN – Sąd Najwyższy
sygn. – sygnatura
szp. – szpalta
t. – tom
tit. – *titulus*
tj. – to jest
tzw. – tak zwany
ust. – ustęp
w szczeg. – w szczególności
wg - według
wyd. – wydanie
z. – zeszyt
zał. – załącznik
ze zm. – ze zmianami
zob. – zobacz
zwł. – zwłaszcza

Spis treści

Wykaz publikacji Andrzeja Kremera	7
-----------------------------------	---

CZEŚĆ PIERWSZA PRAWO RZYMSKIE I TRADYCJA ROMANISTYCZNA

KRZYSZTOF AMIELAŃCZYK (UNIwersYTET MARIi CURIE-SKŁODOWSKIEJ W LUBLINIE) <i>Fictio legis Corneliae</i> . Kilka uwag na temat powstania i treści rzymskiej fikcji prawnej	11
WOJCIECH DAJCAK (UNIwersYTET IM. ADAMA MICKIEWICZA W POZNANIU) „Natura umowy” w argumentacji prawników rzymskich	27
KS. ANTONI DĘBIŃSKI (KATOLICKI UNIwersYTET LUBELSKI JANA PAWŁA II) „Rękopisy nie płoną”. Profesor Stanisław Popławski i jego testament	45
TOMASZ GIARO (UNIwersYTET WARSZAWSKI) Krótka historia istoty osoby prawnej	57
WOJCIECH KOWALSKI (MINISTERSTWO SPRAW ZAGRANICZNYCH, UNIwersYTET ŚLĄSKI W KATOWICACH) Nabycie własności rzeczy ruchomej <i>a non domino</i> w prawie rzymskim i współczesne zmagania z problemem	75
HENRYK LITWIN (MINISTERSTWO SPRAW ZAGRANICZNYCH) Prawo rzymskie w „Traktacie o naturze praw i dóbr królewskich” Stanisława Zaborowskiego z 1507 roku	103
KS. FRANCISZEK LONGCHAMPS DE BÉRIER (UNIwersYTET JAGIELLOŃSKI) Podmiot prawa: między Rzymem a Jerozolimą	113
ŁUKASZ MARZEC (UNIwersYTET JAGIELLOŃSKI) Od <i>ius gentium</i> do <i>International Court of Justice</i> . Kilka uwag o prawie rzymskim i międzynarodowym prawie publicznym	131

WIESŁAW MOSSAKOWSKI (UNIwersYTET MIKOŁAJA KOPERNIKA W TORUNIU)	
Elementy międzynarodowe zarządu terytorialnego w starożytnym Rzymie	141
 TOMASZ PALMIRSKI (UNIwersYTET JAGIELLOŃSKI)	
Kilka uwag na temat przysięgi strony jako środka dowodowego w procesie ziemskim I Rzeczypospolitej i możliwej recepcji prawa rzymskiego w odniesieniu do formy, w jakiej była ona składana	153
 ANNA PIKULSKA-RADOMSKA (UNIwersYTET ŁÓDZKI)	
Rzymskie <i>tributum</i> jako instrument polityki międzynarodowej	165
 JAROSŁAW RESZCZYŃSKI (WYŻSZA SZKOŁA EKONOMII I PRAWA W KIELCACH)	
<i>Allegationes non leguntur</i> . Z dziejów romanistycznej glosy do pomników prawa sasko-magdeburgskiego	173
 BRONISŁAW SITEK (UNIwersYTET WARMIŃSKO-MAZURSKI W OLSZTYNIE)	
Władza absolutna cesarzy rzymskich okresu Dominatu na tle współczesnych koncepcji władzy	197
 PAULINA ŚWIĘCICKA (UNIwersYTET JAGIELLOŃSKI)	
Dyskursywnie dialektyczne poznanie i rozwój prawa w Rzymie republikańskim (Przyczynek do dalszych rozważań)	215
 RAFAŁ WOJCIECHOWSKI (UNIwersYTET WROCŁAWSKI)	
Źródła prawa rzymskiego jako przedmiot studiów uniwersyteckich w średniowieczu	229
 WITOLD WOŁODKIEWICZ (UNIwersYTET WARSZAWSKI)	
<i>Favor libertatis</i> przy wyzwoleniu fideikomisarnym (na marginesie tekstu Marcjana – D. 40,5,53)	245
 KAROLINA WYRWIŃSKA (UNIwersYTET JAGIELLOŃSKI)	
Znaczenie zwrotu <i>id quod interest</i> dla problemu oszacowania odszkodowania w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania przez sprzedawcę zobowiązania z kontraktu kupna- -sprzedaży w klasycznym prawie rzymskim. Wybrane przykłady	253

CZEŚĆ DRUGA PRAWO MIĘDZYNARODOWE I KONSULARNE

JAN BARCZ (AKADEMIA LEONA KOŹMIŃSKIEGO W WARSZAWIE)	
Problemy instytucjonalne i prawne związane z akcesem Unii Europejskiej do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka	267
PAWEŁ CZUBIK (UNIwersYTET JAGIELLOŃSKI)	
Forma „czysto” prywatnoprawna czynności zagranicznej dotyczącej przeniesienia własności nieruchomości położonej w Polsce a czynności notarialne polskiego konsula	291
ROMAN KWIECIEŃ (UNIwersYTET MARII CURIE-SKŁODOWSKIEJ W LUBLINIE)	
O genezie idei prawa narodów, czyli o (nie)trafności europocentrycznego tłumaczenia fenomenu prawa międzynarodowego	307
KAZIMIERZ LANKOSZ (UNIwersYTET JAGIELLOŃSKI)	
Stosunki konsularne Państwa Kościelnego ze Stanami Zjednoczonymi w latach 1797-1870	325
IZABELA LEWANDOWSKA-MALEC (UNIwersYTET JAGIELLOŃSKI)	
Szlachecka wizja stosunków międzynarodowych w pierwszej Rzeczypospolitej	331
RYSZARD SARKOWICZ (UNIwersYTET JAGIELLOŃSKI)	
Kultura bezkarności	339
STEFAN SAWICKI I TOMASZ KAMIŃSKI (UNIwersYTET WARSZAWSKI)	
<i>Clausula rebus sic stantibus</i> a zasadnicza zmiana okoliczności jako przesłanka wygaśnięcia traktatu w świetle Konwencji Wiedeńskiej z 1969 roku	349
WACŁAW URUSZCZAK (UNIwersYTET JAGIELLOŃSKI)	
Materiały do historii pobytu polskiego rządu na uchodźstwie w Angers w <i>Archives départementales de Maine-et-Loire</i> . Notatki z kwerendy w czerwcu 1982 roku	367
IRENA LIPOWICZ	
(RZECZNIK PRAW OBYWATELSKICH, UNIwersYTET KARDYNAŁA STEFANA WYSZYŃSKIEGO)	
Andrzej Kremer – wspomnienie	385
Wykaz skrótów	389
Spis treści	397

