

Europa i prawo rzymskie

Szkice z historii
europejskiej kultury
prawnej

Witold Wołodkiewicz



Oficyna

a Wolters Kluwer business

Europa i prawo rzymskie

**Szkice z historii
europejskiej kultury
prawnej**



Prawo jest na naszej stronie!

**www.profinfo.pl
www.wolterskluwer.pl**

- codzienna aktualizacja
- pełna oferta
- zapowiedzi wydawnicze
- rabat na zamówienia zbiorcze
do negocjacji
- uproszczony sposób zakupu e-mailem:
zamowienia.internet@wolterskluwer.pl

Europa i prawo rzymskie

**Szkice z historii
europejskiej kultury
prawnej**

Witold Wołodkiewicz



Oficyna

a Wolters Kluwer business

Warszawa 2009

Wydawca:
Magdalena Stojek-Siwińska

Redaktor prowadzący:
Małgorzata Buczna

Opracowanie redakcyjne:
Studio Diament

Skład, łamanie:
Studio Diament

© Copyright by
Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., 2009

ISBN 978-83-7601-824-9

ISSN 1897-4392

Wydane przez:
Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o.

Redakcja Książek

01-231 Warszawa, ul. Płocka 5a
tel. (022) 535 80 00, (022) 535 82 00

31-156 Kraków, ul. Zacisze 7
tel. (012) 630 46 00

e-mail: ksiazki@wolterskluwer.pl

www.wolterskluwer.pl
Księgarnia internetowa www.profinfo.pl

VXORI LIBERIS NEPOTIBVS
DO DICO DEDICO

Spis treści

Wykaz skrótów powoływanych prac i źródeł	11
--	----

Wstęp	13
-------------	----

CZĘŚĆ I

Prawo rzymskie i jego rola w rozwoju europejskiej kultury prawnej	19
--	-----------

1. Prawo rzymskie	21
2. Pojęcie prawa	29
3. <i>Ius et lex</i> w rzymskiej tradycji prawnej	37
4. Prawo rzymskie. Od świata antycznego do współczesności	47
5. Greckie wpływy na powstanie ustawy XII tablic (na marginesie glosy Accursiusa do D.1,2,2,4)	52
6. <i>Ius commune europaeum</i> – uwagi na marginesie książki Mario Caravale, <i>Alle origini del diritto europeo</i>	57
7. Historyczne uwarunkowania integracji prawa prywatnego w Unii Europejskiej	66
8. Nauczanie prawa – między wymaganiami teorii i praktyki	74
9. Reżimy autorytarne a prawo rzymskie	89
10. Prawo rzymskie lekiem na ukąszenie komunizmem Przypadek Adama Ważyka	98
11. Prawo rzymskie w Rosji	109
12. Prawo rzymskie w XXI wieku	114
13. „Prawo rzymskie” w wypowiedziach polskich parlamentarzystów	121

CZĘŚĆ II

Prawo rzymskie w Oświeceniu i jego znaczenie dla tworzenia	
---	--

XIX-wiecznych kodyfikacji prawa prywatnego	139
---	------------

1. Dialog Solona i Justyniana u Fénelona a dyskusja o prawie rzymskim w Polsce XVIII wieku	141
---	-----

2. Ignacego Krasickiego dialog Demostenesa z Cyncerem	153
3. Prawo i prawoznawstwo w ideologii twórców Encyklopedii	165
4. André Jean Boucher d'Argis – osiemnastowieczny autor <i>Listów sędziego z Paryża o prawie rzymskim i sposobie jego wykładania we Francji</i>	178
5. Obraz systemu prawnego Polski w Encyklopedii Diderota	193
6. Prace legislacyjne nad Kodeksem Napoleona	201
7. Systematyka Kodeksu Napoleona	207
8. Uwagi na temat roli prawa rzymskiego w pracach nad <i>Code civil des Français</i>	212
9. Międzynarodowe prawo prywatne w pracach nad Kodeksem Napoleona	249
10. <i>Mon Code est perdu!</i> (na marginesie książki Katarzyny Sójki- -Zielińskiej o Kodeksie Napoleona)	261
11. Dwieście lat Kodeksu Napoleona w Polsce – od nienawiści do miłości	271

CZĘŚĆ III

Prawo rzymskie – kluczem do rozumienia współczesnego prawa i państwa	279
---	-----

Rozdział I

Demokratyczne państwo prawa	281
1. Uwagi na marginesie konstytucyjnego modelu państwa prawa	281
2. Rozważania Cyncerona o państwie i prawie	289
3. Prawo naturalne a projekt Konstytucji RP	296
4. Mit omnipotencji prawa stanowionego (uwagi na marginesie edyktu Dioklecjana o cenach)	304
5. Promulgacja Kodeksu Teodozjusza na posiedzeniu senatu miasta Rzymu	315
6. „Tron i ołtarz”	321
7. Uwagi na marginesie ustawy uchwalonej przez Sejm w dniu 21 lipca 2006 r. (tzw. ustawy lustracyjnej)	326
8. „Okręcanie wyborców” – czyli <i>crimen ambitus</i> w prawie rzymskim	334
9. Korupcja	340
10. Pomniki	347
11. Pamięć o zmarłych	355

12. Kibice sportowi	362
13. Łacińskie paremie prawnicze w polskiej praktyce prawnej	368
14. <i>Leges sapere</i> (na marginesie książki poświęconej profesorowi Januszowi Sondlowi)	391
15. <i>Lex retro non agit</i> – sformułowanie w polskiej praktyce prawnej	401
16. Retroaktywność prawa	439
17. Przedawnienie	445
18. Nieznajomość prawa szkodzi (u źródeł zasady <i>ignorantia iuris nocet</i>)	454
19. <i>Cogitatio – voluntas</i> w rzymskim prawie karnym (na marginesie D.48,19,18: <i>cogitationis poenam nemo patitur</i>)	468
20. Karanie	476
21. Prawo karne	485
22. Na marginesie żądań przywrócenia kary śmierci	490
23. Adwokaci	497

Rozdział II

Instytucje rzymskiego prawa prywatnego	502
1. Edoardo Volterra a współczesne badania nad małżeństwem rzymskim	502
2. Czynność prawna	514
3. Zobowiązania	519
4. Kontrakty	523
5. Odpowiedzialność <i>quasi ex delicto</i> w prawie rzymskim i jej wpływ na kształtowanie się współczesnych kategorii czynów niedozwolonych	528
6. Uwagi na temat lichwy	551
7. Spółka	562
8. Spadek	567
9. Upadłość	573
10. „Święta” własność prywatna	578

CZĘŚĆ IV

Romaniści – historycy prawa	591
1. Romaniści włoscy – doktorzy honoris causa Uniwersytetów polskich	593
2. Ignacy Koschembahr-Łyskowski (1864–1945)	616
3. Stanisław Wróblewski – kodyfikator (1868–1938)	627

4. Karol Koranyi – Profesor profesorów (1897–1964)	642
5. Edward Gintowt (1899–1965)	648
6. Henryk Kupiszewski (1927–1994)	661
Wybór literatury	667
Indeks osób	671

Wykaz skrótów powoływanych prac i źródeł

ANRW	– Aufstieg und Niedergang der Römischen Welt, Berlin–New York
BIDR	– Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja"
C.	– Kodeks Justyniana
C.I.C.	– <i>Corpus Iuris Canonici</i>
C.Th.	– Kodeks Teodozjański
CPH	– Czasopismo Prawno-Historyczne
D.	– <i>Digesta Justyniana</i>
FIRA	– <i>Fontes iuris romani antejustiniani. In usum scholarum ediderunt</i> S. Riccobono, J. Baviera, C. Ferrini, J. Furlani, V. Arangio-Ruiz, t. 1–3, Florentiae (różne wydania)
I.	– <i>Instytucje Justyniana</i>
Index	– Index. Quaderni camerti di studi romanistici. International Survey of Roman Law
Iura	– Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico
NNDI	– Novissimo Digesto Italiano
ONSA	– Orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego
OSNC	– Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna
OSNKW	– Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Wojskowa
OSP	– Orzecznictwo Sądów Polskich
OTK	– Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego
RHD	– Revue d'Histoire du Droit – Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis
RHDFE	– Revue Historique de Droit Français et Etranger
RIDA	– Revue International des Droit de l'Antiquité
RISG	– Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche
SDHI	– Studia et Documenta Historiae et Iuris
ZSS	– Zeitschrift der Savigny Stieftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung

Wstęp

W roku 2003 Wydawnictwo Zakamycze wydało moją książkę zatytułowaną *Czy prawo rzymskie przestało istnieć?* Praca ta spotkała się z zainteresowaniem czytelników i jest dziś trudno dostępna.

Tytuł książki zainspirowany był nowelą Louisa Aragona *Le droit romain n'est plus* (w polskim tłumaczeniu: *Prawo rzymskie przestało istnieć*), ze zbioru *Niewola i wielkość Francji*). Podobny zwrot został użyty w wierszu Mieczysława Jastruna *Z pamiętnika byłego więźnia obozów koncentracyjnych* (w zbiorze *Poezja i prawda*, Warszawa 1955).

W roku 2008 Marek Kuryłowicz opublikował książkę zatytułowaną *Symbol prawa ludzkiego. Szkice o prawie rzymskim w utworach Louisa Aragona i Mieczysława Jastruna* (Wydawnictwo UMCS, 2008). Autor ten przedrutował w całości nowelę Aragona oraz wiersz Mieczysława Jastruna *Z pamiętnika byłego więźnia obozów koncentracyjnych*. Ciekawa i istotna dla rozumienia różnych znaczeń prawa rzymskiego, książka Marka Kuryłowicza została zaprezentowana podczas spotkania polskich romanistów – w dniu 13 listopada 2008 r. w Olsztynie – zorganizowanym przez Komisję Praw Antycznych Polskiej Akademii Nauk i Wydział Prawa Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego. Prezentując książkę rozwinąłem, poza wątkiem dotyczącym okupacji hitlerowskiej, wątek socjalizmu realnego – poruszony jedynie na marginesie w książce Marka Kuryłowicza przez przywołanie utworu Adama Ważyka pod tytułem *Geniusz konsekwencji* (rok 1956), w którym występuje również motyw prawa rzymskiego.

W przywołanych utworach literackich nie ma żadnych nawiązań do prawa rzymskiego rozumianego jako system prawa starożytnego Rzymu, ani jako istotnego elementu formowania się współczesnej kultury prawnej. Prawo rzymskie było tu rozumiane jako idea, pod którą można podkładać rozmaite wartości, w zależności od tego, co pragnie odnaleźć w „prawie rzymskim” osoba używająca tego terminu.

Termin ten bywa zresztą używany w rozmaitych znaczeniach. Przez „prawo rzymskie” można rozumieć prawo starożytnego Rzymu, którego rozwój możemy śledzić na przestrzeni ponad 1000 lat znanej nam historii starożytnej *civitas romana*, poczynając od ustawy XII tablic z połowy V wieku p.n.e., aż do kodyfikacji Justyniana z VI wieku n.e.

Termin „prawo rzymskie” może również oznaczać tradycję romanistyczną, która przez wieki i różne szkoły prawnicze wpływała na formowanie się głównie – ale nie tylko – europejskiego prawa prywatnego.

Nauka prawa rzymskiego stanowi też ważny element współczesnego wykształcenia prawniczego. Pozwala zrozumieć podstawy, na których opierają się instytucje prawa współczesnego, i to niezależnie od tego, czy stanowią one przejęcie rozwiązań rzymskich, czy też są ich przeciwieństwem.

„Prawo rzymskie” jest wreszcie często pojmowane jako idea nieodpowiadająca żadnemu konkretnemu porządkowi prawnemu. W tym znaczeniu, określanym jako „romanizm” (włoskie *romanesimo*), prawo rzymskie dla jednych jest niedościgłym wzorem, na którym opierać się powinny współczesne rozwiązania prawne, dla innych natomiast synonimem złego prawa, któremu należy się przeciwstawiać.

To ostatnie znaczenie pojawia się często we współczesnych dyskusjach nad prawem rzymskim i jego rolą w formowaniu kultury prawnej oraz w edukacji prawniczej. Prawo rzymskie było postrzegane przez jednych jako idealny wzorzec stanowiący wyraz prawa naturalnego i podstawę całej wiedzy prawniczej; przez innych jako przykład prawa niejasnego, zagmatwanego, nieetycznego, które powinno być zastąpione prawem nowym, słusznym i racjonalnym. Przykładem takiego, irracjonalnego podejścia do prawa rzymskiego może być stosunek do niego w państwach totalitarnych. W ich ideologii prawo rzymskie grało często rolę mitycznego wroga lub przyjaciela.

Również w polskim współczesnym życiu publicznym słychać głosy polityków, mających niewielkie pojęcie o prawie rzymskim, powołujących się na wartości uznane przez prawo rzymskie, aby uzasadnić swe racje, których związek z prawem rzymskim jest raczej wątpliwy. Przykładem niech będzie posługiwanie się terminem „prawo rzymskie” w polskich debatach politycznych i parlamentarnych.

Od dłuższego już czasu zajmuję się zagadnieniem wpływu prawa rzymskiego na formowanie współczesnej kultury prawnej. Zajmuję się również zagadnieniem poglądów na prawo rzymskie i znaczeniem jego nauczania na studiach prawniczych. Przydatność prawa rzymskiego w na-

uczaniu prawa była szczególnie ostro krytykowana w wieku Oświecenia. Rewaloryzacja prawa rzymskiego nastąpiła w XIX wieku, gdy zostało ono uznane jako podstawa wielkich kodyfikacji prawa prywatnego. W XX wieku można było obserwować eliminowanie tego przedmiotu w państwach totalitarnych (Związku Radzieckim i hitlerowskiej III Rzeszy), czy w wielu współczesnych państwach demokratycznych, w których zwyciężyła koncepcja kształcenia wyspecjalizowanych „techników prawa”. W wieku XXI musi nastąpić rewaloryzacja prawa rzymskiego i jego przydatności, tak dla dążeń do unifikacji prawa w jednoczącej się Europie, jak dla znalezienia możliwości lepszego porozumienia pomiędzy prawnikami wykształconymi w różnych systemach prawnych.

Wedle słów Iheringa trzy razy Rzym narzucił swe prawa ludom świata: pierwszy raz siłą swej broni, drugi przez jedność Kościoła, trzeci przez recepcję prawa rzymskiego w średniowieczu.

Proces recepcji prawa rzymskiego nie skończył się jednak w średniowieczu, lecz trwa do czasów dzisiejszych. Przykładem mogą być dzisiejsze marzenia oparcia legislacji w krajach byłego socjalizmu realnego na prawie rzymskim. Potwierdzeniem tego mogą być tak liczne ostatnio kongresy prawa rzymskiego, organizowane w byłym ZSRR, poczynając od Moskwy, przez Duszanbe po Władywostok i Irkuck. Również toczone współcześnie dyskusje nad kształtem przyszłego prawa europejskiego uwzględniają obecność w nim elementów wywodzących się z prawa rzymskiego.

Prawo rzymskie, w swej warstwie publicznoprawnej, stanowiło instrument służący do podbudowania idei *continuatio imperii* cesarzy rzymskich i Kościoła. Zapewniało ono ciągłość procesu historycznego, spajając może najsilniej świat starożytny ze średniowiecznym. Jeszcze w okresie średniowiecza zaczęły się jednak rozwijać studia nad prywatystyczną warstwą prawa rzymskiego. Dla bolońskich glosatorów, którzy odkryli bogactwo myśli prawniczej zawartej w *Digestach* justyniańskich, dzieło Justyniana (mimo że wciąż było traktowane jako księga święta, odbijająca nie antyczny, lecz aktualny obraz świata) stało się przedmiotem dogłębnej analizy filologicznej i systemowej. Dla komentatorów opracowane przez glosatorów prawo rzymskie stało się instrumentem służącym do rozwiązywania aktualnych potrzeb obrotu prawnego. Wprowadzenie przez komentatorów do prawa justyniańskiego elementów prawa statutowego miast włoskich dawało możliwość praktycznego stosowania prawa rzymskiego.

Dzieło glosatorów i komentatorów stworzyło zuniformizowaną wiedzę prawniczą (*ius commune*), która tworzyła jednolity, całościowy system prawny wykładany w uniwersytetach ówczesnej Europy. Takie mniemanie o swym dziele przejawiali glosatorzy, wyjaśniając etymologię greckiego słowa *Pandecta* (oznaczającego po grecku część kodyfikacji Justyniana, zwaną po łacinie *Digesta*) w sposób następujący: „*«Pandecta» dicitur a «pan», quod est totum, et «dectem», quod est doctrina, quia ut dictum est totius iuris doctrinam hic liber continet in se*” („Nazwa *Pandecta* wywodzi się od słowa *pan*, które oznacza «całość» oraz od słowa *dectem*, które oznacza «doktrynę», ponieważ jak się powiada w tej księdze zawiera się cała doktryna prawnicza”).

Reakcją Odrodzenia na *mos italicus iura docendi* był nurt humanizmu prawniczego, określany jako „galijski sposób studiowania prawa” (*mos gallicus iura docendi*).

Przedstawiciele *mos gallicus iura docendi* reprezentowali dwa nurty badań nad prawem rzymskim: pierwszy z nich to humanizm prawniczy historyczno-filologiczny; drugi – systematyczny. Te nurty prawa rzymskiego dały początek późniejszym badaniom nad prawem rzymskim. Przyczyniły się do jego wpływu na tworzenie prawa współczesnego i nowożytnych kodyfikacji prawa cywilnego.

Negatywny stosunek prawa rzymskiego i jego krytyka wywodząca się z oświeceniowych idei prawa traktowanego nie jako autonomiczna dziedzina wiedzy ludzkiej, lecz jako część filozofii moralnej, oddziaływał jeszcze w początku XIX wieku, gdy tworzyły się nowoczesne kodyfikacje prawa cywilnego. Rywalizacja między nurtem romanistycznym i naturalnoprawnym stanowiła podstawę przy tworzeniu europejskich kodyfikacji cywilnych w początkach XIX wieku (francuskiej i austriackiej). Z kolei dyskusja między Thibaut i Savignym i działalność niemieckiej szkoły historycznej (zwanej „szkołą pandektów”) doprowadziły do stworzenia, w oparciu o prawo rzymskie, nowoczesnych konstrukcji prawnych, które zostały skodyfikowane w niemieckim kodeksie cywilnym z 1896 roku.

W ostatnich dziesięcioleciach rozwinęły się badania nad prawem rzymskim, traktowanym jako podstawa rozwoju szeroko pojętej kultury prawnej. Badania te zbliżają się do współczesnych dyscyplin, prawa prywatnego, publicznego, filozofii prawa. Prawo rzymskie jest często postrzegane jako czynnik przekształcania prawa w dawnych państwach socjalizmu realnego i jego przystosowania do zasad gospodarki rynkowej. Prawo rzymskie odgrywa również poważną rolę w idei zjednoczonej Europy. Jest

ono traktowane zarówno jako historyczne źródło prawa europejskiego, jak też i wspólny język prawników wychowanych w różnych systemach prawnych. W epoce dekodyfikacji rola prawa rzymskiego – traktowanego jako wzorzec rozumowania prawniczego i punkt odniesienia dla prawników – będzie miała coraz większe znaczenie dla tworzenia prawa zjednoczonej Europy.

W wydanej w roku 2003 książce *Czy prawo rzymskie przestało istnieć?* zamieściłem 26 felietonów, które pod takim samym tytułem – poczynając od roku 1991 do roku 2001 – ukazywały się w piśmie adwokatury polskiej „Palestra”. Felietony te dotyczyły początkowo głównie technicznej warstwy prawa rzymskiego. Z biegiem czasu jednak zacząłem sięgać do wydarzeń współczesnego życia prawnego i politycznego wraz z jego wynaturzeniami i zacząłem starać się wyznajdywać pewne analogie w starożytnym Rzymie i w rzymskich rozwiązaniach prawnych. W drugiej części książki (zwanej „aneksem”) zostały umieszczone artykuły, w których były poruszane wątki wpływu prawa rzymskiego na współczesną kulturę prawną.

Po opublikowaniu książki *Czy prawo rzymskie przestało istnieć?* – poczynając od roku 2005 – wznowiłem swe publikacje w „Palestrze”. Ten nowy cykl, zatytułowany *U źródeł prawa Europy*, uwzględniał tradycję, jaką w formowaniu się współczesnej kultury prawnej odegrało prawo rzymskie. Uwzględniał również – w znacznie większej mierze – współczesne realia prawne III (i w pewnym okresie tzw. IV) Rzeczypospolitej.

Zastanawiając się nad układem nowej książki brałem pod uwagę dwie koncepcje:

- pierwszą koncepcją było zachowanie dotychczasowego schematu pracy, z dodaniem felietonów z „Palestry”, które ukazywały się po roku 2005 oraz nowo wydanych artykułów naukowych;
- drugą koncepcją było przyjęcie układu merytorycznego, bez przeprowadzania podziału na artykuły i felietony z „Palestry”. Ta druga koncepcja wydawnicza była znacznie trudniejsza, ale po namyśle zdecydowałem się na jej przyjęcie.

Książka składa się z czterech części:

Pierwsza, zatytułowana: *Prawo rzymskie i jego rola w rozwoju europejskiej kultury prawnej* zawiera opracowania związane ze znaczeniem prawa w Rzymie i z pojmowaniem prawa rzymskiego we współczesnym świecie.

Znajdują się tu również prace dotyczące recepcji prawa rzymskiego i jego roli w kształtowaniu współczesnego prawnika.

Druga część, zatytułowana: *Prawo rzymskie w Oświeceniu i jego znaczenie dla tworzenia XIX-wiecznych kodyfikacji prawa prywatnego*, jest związana z moimi zainteresowaniami wiekiem Oświecenia, Encyklopedią Diderota i Kodeksem Napoleona. Znajdują się tu opracowania dotyczące prawoznawstwa w oświeceniowej wizji świata oraz najnowsze publikacje dotyczące powstawania kodyfikacji napoleońskiej (*Code civil des Français*).

Trzecia część, zatytułowana: *Prawo rzymskie – kluczem do rozumienia współczesnego prawa*, składa się z dwóch rozdziałów. Pierwszy (*Demokratyczne państwo prawa*), nawiązuje do wątków z zakresu zasad rzymskiej konstytucji, legislacji, działań „pijarowskich” władzy, prawa karnego, w których współczesny prawnik może odnaleźć pewne analogie ze współczesnością. Drugi rozdział (*Instytucje prawa rzymskiego*) zawiera opracowania dotyczące wybranych zagadnień, głównie rzymskiego prawa prywatnego.

Wreszcie czwarta część, zatytułowana: *Romaniści*, przedstawia sylwetki kilku uczonych związanych z prawem rzymskim i historią jego recepcji.

Przyjęty układ książki niesie pewne niebezpieczeństwa. Obok siebie znajdować się będą opracowania o różnym ciężarze gatunkowym: część to artykuły naukowe, opatrzone aparatem krytycznym (niekiedy z licznymi przypisami), druga część to felietony z „Palestry”, które siłą rzeczy są pisane w lżejszej konwencji. W powoływanych artykułach czy felietonach będą niekiedy znajdować się powtórzenia, których nie dało się ominąć. Wydawało mi się jednak, że przyjęty układ może być bardziej pożyteczny dla czytelnika. Przytoczone artykuły powstawały w różnym czasie, dlatego też niektóre z nich – mimo że starałem się uzupełniać literaturę – mogą nie zawierać najnowszych pozycji bibliograficznych. Niektóre felietony z „Palestry”, nawiązujące do bieżących wydarzeń, mogą też wymagać znajomości realiów ówczesnego życia społecznego czy politycznego.

Dziękuję moim przyjaciołom i kolegom – uczestnikom seminarium prawa rzymskiego, prowadzonego przeze mnie wspólnie z prof. Marią Zabłocką, którzy wyrażali swe uwagi o poszczególnych felietonach i artykułach w czasie ich powstawania.

Dziękuję wydawnictwu Wolters Kluwer Polska, które kontynuując tradycje wydawnictwa „Zakamycze”, podjęło inicjatywę wydania mej nowej książki.

Warszawa 10 marca 2009 r.

CZĘŚĆ I
Prawo rzymskie i jego rola
w rozwoju europejskiej kultury prawnej

1. Prawo rzymskie¹

Termin „prawo rzymskie” używany bywa w najrozmaitszych znaczeniach, budzi też często sprzeczne skojarzenia. Jedni uważają, że prawo rzymskie było doskonałym, wzajemnie niesprzecznym, sprawiedliwym systemem, stanowiącym ucieleśnienie prawa naturalnego, niezbędnym jako podstawa nauki i wiedzy prawniczej; inni twierdzą, że stanowiło ono przejaw niesprawiedliwości, niewolnictwa, tyranii, w swej doskonałości formalnej było sprzeczne z podstawowymi zasadami prawa natury, a dla współczesnego prawnika jest niepotrzebnym balastem „magicznych” i niezrozumiałych formułek; jeszcze inni wreszcie są zdania, że prawo rzymskie jest zjawiskiem historycznym, które odegrało i wciąż odgrywa – poprzez stworzone na jego podstawach pojęcia – pierwszorzędną rolę w procesie rozwoju prawa i wzajemnego zrozumienia się prawników wychowanych i działających w różnych systemach prawnych.

Cykl felietonów, które w latach 1991–2001 ukazywały się w „Palestrze”, autor zatytuował *Czy prawo rzymskie przestało istnieć?* Tytuł ten został zaczerpnięty z noweli Louisa Aragona *Prawo rzymskie przestało istnieć* (L. Aragon, *Niewola i wielkość Francji*, tłum. J. Kott, Łódź 1946, s. 121–162) oraz z wiersza Mieczysława Jastruna *Z pamiętnika byłego więźnia obozów koncentracyjnych*. Autorzy ci widzieli w prawie rzymskim symbol państwa praworządnego, przeciwstawiającego się totalitarnej przemocy.

W rubryce tej autor starał się pokazywać, na ile rozwiązania prawne wykształcone w prawie rzymskim znajdują – lub mogłyby znaleźć – odzwierciedlenie we współczesnym życiu prawnym. Publikowane w niej felietony przedstawiały pochodzące z prawa rzymskiego paremie, maksymy i reguły, które stanowią podstawę współczesnej światowej kultury prawnej. Sygnalizowały różne opinie o prawie rzymskim i jego przydatności bądź nieprzydatności dla współczesnego prawnika.

¹ Palestra 1991, z. 1–2, s. 47–48.

Stosunek do prawa rzymskiego, jako podstawy współczesnego prawa i edukacji prawniczej, ulegał i nadal ulega zmianom.

W Polsce przedrozbiorowej negatywny stosunek do prawa rzymskiego i do pomysłu oparcia na nim kodyfikacji prawa wynikał z sięgania do tradycji Rzymu republikańskiego, w którym upatrywano podbudowy dla ideału złotej wolności szlacheckiej. Rzym okresu cesarstwa, a zwłaszcza kodyfikacja prawa dokonana przez Justyniana, kojarzyła się zwolennikom szlacheckiej demokracji z niebezpieczeństwem wzmocnienia władzy monarchicznej.

Krytyki prawa rzymskiego dokonywane przez przedstawicieli europejskiego oświecenia opierały się na trzech przesłankach. Pierwsza to niedoskonałość prawa rzymskiego, przejawiająca się w nieprzejrzystości jego źródeł i narosłej w jego późniejszym stosowaniu interpretacji. Ideą oświeceniowych filozofów było stworzenie prostego systemu prawnego, który nie wymagałby niezrozumiałych dla profanów interpretacji. Ideałem wieku oświecenia nie było kodyfikacyjne dzieło Justyniana, lecz prosta ustawa XII tablic. Drugą przesłanką krytyki prawa rzymskiego było negowanie jego wartości etycznych. Ta krytyka, charakterystyczna dla epoki, która żyła mitem szczęśliwości czasów archaicznych i sprawiedliwości prymitywnych systemów prawnych, prowadziła do negowania osiągnięć Rzymu okresu cesarstwa, a nawiązywania do tradycji Rzymu republikańskiego. Krytykę tę można, stosując pewne uproszczenie, sprowadzić do następującego rozumowania: prawo rzymskie było wytworem państwa opartego na niewolnictwie, a więc na niesprawiedliwości. Ponadto sami cesarze rzymscy byli ludźmi o niskich walorach etycznych (odnosiło się to przede wszystkim do Justyniana, jego żony i całej świty kompilatorów, z Trybonianem na czele). Jak można by sobie zatem wyobrazić, że tacy ludzie mogli stworzyć dobre prawo. Mitem ustawodawcy dobrego i oświeconego działał tu wstecz przy ocenianiu legislatorów rzymskich. Trzecią wreszcie przesłanką krytyki prawa rzymskiego była jego wszechobecność w nauczaniu prawa. Krytyka ta wiązała się z dążeniami do zreformowania nauczania prawa, zerwania z feudalnymi korzeniami dawnych uniwersytetów oraz do idei, że studia powinny służyć wyłącznie do praktycznego przygotowania studentów do wykonywania ich przyszłego zawodu.

Podobne wątki krytyczne można obserwować również w czasach współczesnych. Krytyki prawa rzymskiego w hitlerowskiej III Rzeszy oraz w państwach byłego socjalizmu realnego stanowią dobrą ilustrację trakto-

wania prawa rzymskiego jako pewnej idei, której nie trzeba było rozumieć, ale należało z nią walczyć.

Po upadku socjalizmu realnego zaczęto powracać (w tych państwach, w których nastąpiło odejście od tradycji romanistycznej) do idei oparcia ustawodawstwa na podstawach wywodzących się z prawa rzymskiego. Zaczęto również przywracać nauczanie prawa rzymskiego na uniwersyteckich studiach prawniczych.

Nie znaczy to jednak, że wszyscy operujący w dyskusjach terminem „prawo rzymskie” mają świadomość rzeczywistych rozwiązań przez to prawo przyjętych.

Termin „prawo rzymskie” używany bywa w rozmaitych znaczeniach, budzi też często sprzeczne skojarzenia. Włoski uczony Riccardo Orestano podaje aż sześć znaczeń tego terminu: 1) prawo starożytnego Rzymu, które rozwijało się i obowiązywało od najdawniejszych znanych nam pomników prawnych Rzymu (głównie wydanej w połowie V wieku p.n.e. ustawy XII tablic), aż do kodyfikacji dokonanej w połowie VI wieku n.e. przez Justyniana; 2) tradycja romanistyczna w historii formowania się prawodawstw (głównie europejskich) opartych na prawie rzymskim skodyfikowanym przez Justyniana; 3) „prawo powszechne” (*ius commune*), to jest system prawny stworzony w średniowiecznej Europie na gruncie m.in. prawa rzymskiego, który oddziaływał na praktykę i doktrynę prawną licznych państw europejskich; 4) „pandektystyka” (*usus modernus pandectarum*), traktowana jako nowoczesne prawo rzymskie. Ten kierunek badań nad prawem rzymskim osiągnął swe apogeum w XIX-wiecznej niemieckiej szkole historycznej, która wypracowała, na jego podstawie i w oparciu o założenia racjonalizmu, naturalizmu prawnego i liberalizmu, szereg konstrukcji teoretycznych i praktycznych ważnych dla dzisiejszej nauki prawa cywilnego; 5) nauka prawa rzymskiego, rozwijana jako dyscyplina naukowa i przedmiot nauczania w uniwersytetach.

Riccardo Orestano wyróżnia jeszcze jedno, szóste znaczenie terminu „prawo rzymskie” rozumiane jako „romanizm” (włoskie *romanesimo*). Autor ten rozumie tu prawo rzymskie jako „ideę nieodpowiadającą żadnemu konkretnemu porządkowi prawnemu, która jest jedynie hipostazą licznych i różnorodnych dążeń, które posługują się wprawdzie pojęciem prawa rzymskiego, ale rozumieją je na swój, na ogół raczej dowolny, sposób. Tak rozumiane «prawo rzymskie» służyć może do różnych celów: czasem jest ideą, dzięki której można się wzmocnić – wtedy też chwali się je głośno i wypisuje na sztandarach; czasem zaś jest tylko synonimem złego prawa,

które trzeba stanowczo zwalczać” (R. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987, s. 457).

To ostatnie znaczenie pojawia się często we współczesnych dyskusjach nad prawem rzymskim i jego rolą w edukacji prawniczej oraz jako pewien miernik w formowaniu prawa.

„(...) żyłem w latach,
Gdy mord masowy miał sankcję najwyższą,
Państwa, w którym prawo rzymskie przestało istnieć.
To okropne, że ludzie zaczęli się przyzwyczajać,
Do faktu, że prawo rzymskie przestało istnieć,
Że śmierć z ręki kata jest rzeczą pospolitą,
A ludzka rzecz jest wymysłem i przesądem,
Wolnomyślicieli (...).”

(M. Jastrun, *Wiersze zebrane*, Warszawa 1956, s. 472,
wiersz *Z pamiętnika byłego więźnia obozów koncentracyjnych*)

*

„Prawa, aby były dobre, powinny być jasne, proste, krótkie. (...) Wolę prawa proste przykre i dzikie niż sztukę dowcipną mieszaną spokojności ludzkiej (...).”

(F. Fénelon, *Rozmowy zmarłych*, rozmowa Solona z Justynianem,
tłum. polskie z 1770 r.)

*

„Ten zbiór praw, dzieło wielkie, lecz źle wykonane, można przyrównać do ruin wielkiego i niekształtnego pałacu. Nie można nic innego z nim zrobić jak tylko go zburzyć. (...) Irneriusz, Akursjusz, Bartolus, Baldus, jak również i inni słynni ignoranci zaczęli zalewać Italię opasłymi tomiskami swych prac. Powinniśmy się wstydzić, że mają oni tylu adeptów i że zapełnili swymi dziełami biblioteki. W wyniku tego, choć byliśmy otoczeni księgami prawnymi, w rzeczywistości byliśmy pozbawieni prawa. Jeżeli istnieje przejrzysty kodeks, komentarze są niepotrzebne lub też stanowią nadużycie; jeżeli zaś kodeks jest niejasny, to komentarze mogą być jedynie lekarstwem częściowym. Taki kodeks należy przerobić albo znieść”.

(A. Verri, *Il Caffé*, t. 1, foglio XVI (przedruk), Milano 1960, s. 131)

*

„(...) Różnice istniejące w opiniach [prawników] stanowią dla sędziego zasłonę, za pomocą której może on ukryć swe własne bezprawie. Dlatego też nieśmiertelny Leibniz doradzał spalenie wszystkich zakurzonych tomów tych zagmatwanych interpretatorów (...)”.

(G. Filangieri, *Riflessioni politiche sull'ultima legge del Sovrano che riguarda la riforma dell'amministrazione della Giustizia*, Napoli 1774)

*

„Prawo starorzyskie, prawnictwem, terminami i zbytelnymi subdywizjami, od wykretnych Grecji patronów napełnione, dostało się do Akademii Bonońskiej [Bolońskiej], która aż do naszych czasów wołała trudnej terminologii uczyć, aniżeli pracować nad wynalezieniem prostej sprawiedliwości i łatwej onejże podaniem”.

(H. Kołłątaj, *Raport z wizytacji Akademii krakowskiej, odbytej w roku 1777*)

*

„Nasz Wydział [Prawa] jest żalosny; nie naucza się tam wcale prawa francuskiego; nie mówi się tam nic o prawie narodów; nic o naszym kodeksie cywilnym i karnym; nic o naszej procedurze, nic o naszych ustawach, nic o naszych zwyczajach, nic o konstytucji państwa, nic o uprawnieniach władców, nic o prawach poddanych; nic o wolności, nic o własności, brak zainteresowania obowiązkami i kontraktami. Czym więc zajmują się na studiach prawniczych? Zajmują się prawem rzymskim, prawem, które nie ma żadnego związku z naszym prawem”.

(D. Diderot, z listu do Katarzyny II – *Oeuvres*, t. 3, Paris 1875, s. 437)

*

„ADWOKAT – człowiek, który nie mając dostatecznej fortuny, aby zakupić jeden z tych błyszczących urzędów, na które zwrócone są oczy świata, studiował przez trzy lata prawa Teodozjusza i Justyniana, aby poznać prawo zwyczajowe Paryża i który następnie, po wpisaniu na listę adwokatów, ma prawo występowania przed sądem, o ile ma dostatecznie silny głos”.

(Voltaire, *Dictionnaire philosophique*, hasło *Avocat* – *Oeuvres complètes*, t. 17, Paris 1878, s. 472)

*

„Lekcja ta [*scil.* historii wszystkich praw], sądzę, iż będzie pożyteczniejsza, niż którą pod imieniem prawa cywilnego [*scil.* prawa rzymskiego] dawano i która nudziła młodź wyliczaniem praw tej Rzplitej, która dawno upadła. (...) Prawo starorzyskie z gruntu zaniedbane być powinno”.

(H. Kołłątaj, w rękopisie Biblioteki Jagiellońskiej 5171/31)

*

„Ale wbrew tym wszystkim niedostatkom [prawa rzymskiego] nie ulega wątpliwości, że to właśnie na prawie rzymskim należy oprzeć naukę prawa i że prawnik, który by poznał tylko prawa swego kraju i nie nauczył się prawa rzymskiego, pozostałby na całe życie człowiekiem powierzchownym. Wydaje nam się zresztą, że ktoś taki w ogóle nie byłby prawoznawcą (*jurisconsulte*), lecz tylko miernym praktykiem prawa”.

(D. Diderot, *Encyclopédie*, t. 5, s. 141,
artykuł *Jurisprudence* – autor A.G. Boucher d'Argis)

*

„Niektórzy zdają się ubolewać, że w poddanym pod dyskusję projekcie kodeksu cywilnego brak wielkich koncepcji. Skarżą się, że widać w nim powrót do prawa rzymskiego. (...) Nie mylimy się – Obywatele ustawodawcy – zbyt śmiała nowość jest często jedynie olśniewającym błędem, którego połysk jest podobny do prochu, uderzającego to samo miejsce, które oświecił. (...) Nowe teorie są jedynie systemami stworzonymi przez jednostki; dawne maksymy wyrażają ducha wieków”.

(J.E.M. Portalis, wybitny prawnik francuski,
jeden z twórców Kodeksu Napoleona,
przemówienie w: *Corps législatif* z dnia 21 listopada 1801 r.)

*

„Przygotowuje się nowe ustawodawstwo cywilne. Ludowy Komisarjat Sprawiedliwości «płyne z prądem» widzę to. A obowiązany jest walczyć przeciw prądowi. Nie przejmować starego burżuazyjnego pojęcia prawa cywilnego (nie dać się nabierać tępych i burżuazyjnym starym prawnikom, którzy je przejmują), lecz kształtować nowe. Nie ulegać Ludowemu Komisarjatowi Spraw Zagranicznych, który «z obowiązku» stoi na stanowisku «przystosowania do Europy», lecz walczyć z tym stanowiskiem, ustanawiając nowe prawo cywilne, nowy stosunek do «prywatnych» umów itp. My niczego «prywatnego» nie uznajemy, dla nas wszystko co dotyczy

gospodarki jest publicznoprawne, a nie prywatne. (...) Stąd – rozszerzyć zakres ingerencji państwowej w stosunki «prywatnoprawne»; rozszerzyć uprawnienie państwa do uchylania «prywatnych» umów; stosować nie *corpus juris romani* do «cywilnych stosunków prywatnych», lecz naszą rewolucyjną świadomość prawną (...)».

(W.I. Lenin, *Dzieła*, t. 45, Warszawa 1975, s. 430.

Jest to cytat z listu do D.I. Kurskiego. Na początku listu znajduje się adnotacja: „Ze specjalną prośbą: nie powielać, okazywać tyłko za podpisem, nie rozpaplać, nie wygadać przed wrogami”.)

*

„Życie społeczne wymaga, aby studium prawnicze miało charakter praktyczno-zawodowy, celem jego jest przygotowanie prawników-praktyków, zdolnych do wykonywania pracy zawodowej. (...) Zasadniczym zadaniem Wydziałów Prawa jest wszechstronne zaznajomienie słuchaczy z polskim prawem pozytywnym, tzn. takie zaznajomienie, które by zapoznało ich z treścią przepisów prawnych i potrzebami społecznymi, którym służą. (...) Inicjatorzy projektu mają poważne racje, by dążyć do deromani-zacji studiów prawniczych. Chcą właśnie podnieść polską kulturę prawną, usuwając z niej werbalizm i myślenie magiczne. (...) Wydawało im się, że swoiste wartości narodowe polskie tworzyli swemi czynami artyści, uczeni, że je umacniały bezimienne rzesze tych, którzy przez wieki orali ziemię polską. Aż tu nagle okazało się, że to zręby polskiej kultury kładł Justynian. Ze też ten biedny naród polski wszystko zawdzięczać musi «obcym agenc-turom» na całej przestrzeni swych dziejów”.

(C. Znamierowski (w:) *O naprawie studiów prawniczych*, Warszawa 1938, s. 24, 104–105)

*

„Ministerstwo Sprawiedliwości uważa dotychczasowy system dogmatycznego wykładu prawa rzymskiego za wysoce szkodliwy, bowiem zaraża on psychikę młodego prawnika formułami myślenia magicznego z równoczesnym zatraceniem zrozumienia prawa jako jednej z nauk społecznych. Zjawisko to można stale obserwować wśród prawników-praktyków wychowanych w dotychczasowej szkole rozumowania prawniczego, opartego na prawie rzymskim”.

(z uzasadnienia *Projektu programu studiów prawniczych*
Ministerstwa Sprawiedliwości z 1946 r.,
Archiwum Akt Nowych, Ministerstwo Oświaty, D.IV–169/21)

*

„Rzymskie prawo prywatne powinno być przedmiotem wykładu głównie dlatego, że stało na bardzo wysokim poziomie i jest prawem najlepiej opracowanym (dzięki współpracy wielu narodów w ciągu setek lat). Dla prawnika współczesnego stanowi ono idealne *tertium comparationis* oraz skarbnicę wiedzy o ewolucji pojęć i instytucji prawnych”.

(J. Wasilkowski, *Reforma studiów prawnych*,
Życie i Myśl 1949, nr 6–7, s. 329–330)

*

„Nie widzę natomiast żadnego racjonalnego uzasadnienia dla osobnego kursu wykładu rzymskiego prawa prywatnego. Jeżeli, jak się czasami słyszy, ma ten wykład być wprowadzeniem do nauki prawa cywilnego, to przecież, o ile takie wprowadzenie jest w ogóle potrzebne, lepszym wprowadzeniem byłoby studium dawnego prawa prywatnego polskiego czy nawet kodeksu cywilnego Napoleona. Rzecz jasna, że nie jestem przeciwko zapoznawaniu studentów w jakimś stopniu z rzymskim prawem prywatnym. Powinno to nastąpić w ramach programu historii powszechnej państwa i prawa”.

(A. Łopátka, wypowiedź w ankiecie, CPH 22, 1970, z. 1, s. 200)

2. Pojęcie prawa²

Prawnicy rzymscy nie pozostawili wprawdzie wyczerpującej definicji prawa, jednakże w źródłach zachował się szereg określeń, z których można wyrobić sobie pogląd, jak rozumieli oni takie terminy jak prawo (*ius, fas*), sprawiedliwość (*iustitia*) czy słuszość (*aequitas*).

Na sposobie ujmowania tych pojęć przez jurystów rzymskich zaważyły w znacznym stopniu poglądy oraz dyskusje filozoficzne, jakie toczono w Rzymie pod wpływem kultury greckiej, przenikającej tam w ostatnich wiekach republiki. Szczególną rolę odegrała tu przede wszystkim filozofia stoicka, nie tylko chętnie przyjmowana, ale także rozwijana przez Rzymian. Wystarczy choćby wspomnieć tak znakomitych rzymskich przedstawicieli tego nurtu jak Seneka, Epiktet czy cesarz Marek Aureliusz. Poglądy stoików studiował ponoć wnikliwie jurysta Julian, nieobce też były już Cyцерonowi. Ich wpływ na rzymską kulturę prawną trudno byłoby chyba zakwestionować.

Jak się wydaje, to właśnie dzięki inspiracji poglądami stoików, w kręgu rozważań prawników rzymskich pojawiła się idea prawa naturalnego, rozumianego jednak w sposób bardzo odmienny od współczesnego. Prawo naturalne (*ius naturale*) w tym ujęciu bliższe było bowiem sferze fizycznych prawideł rządzących przyrodą, aniżeli moralności *sensu stricto*. Znajduje to swoje odbicie w licznych sformułowaniach jurystów rzymskich, najbardziej chyba dobitnie w tekście Ulpiana, przekazanym w *Digestach* 1,1,1,3.

Tak rozumiane prawo natury winno być przez ludzi respektowane i uwzględniane w ich działaniach, zatem i prawo pozytywne nie powinno ignorować owego naturalnego porządku, czy też natury rzeczy. Wyrazem takiej postawy – szacunku dla naturalnego porządku, a także dla własnego biegu rzeczy, nad którym człowiek nie ma władzy – jest postulat Sene-

² Palestra 1991, z. 3–4, s. 47–48.

ki działania „z zastrzeżeniem” (*cum exceptione*), to jest z uwzględnieniem przyczyn, które w pewnych okolicznościach mogą przeszkodzić działającemu w osiągnięciu zamierzonego celu. Na gruncie prawa przejawem stosowania takiego „zastrzeżenia” może być np. uwolnienie strony umowy od ponoszenia odpowiedzialności za skutki siły wyższej (*vis maior*). Ów szczególny respekt dla natury rzeczy wyrażają również ogólniejsze zasady prawne.

Jednakże natura rzeczy, choć może przemawiać za przyjęciem jakiegoś rozwiązania, nie determinuje prawa w sposób bezwzględny. I tak prawo ustanawiane przez ludzi może wprowadzać pewne rozwiązania sprzeczne z prawem naturalnym, np. *ius gentium* wprowadza instytucję niewoli, podczas gdy w świetle prawa naturalnego wszyscy ludzie są wolni.

Z drugiej strony, na gruncie poglądów stoickich, samo stosowanie się do prawideł przyrody traktowane było jako jedna z podstawowych cnót człowieka uczciwego. W tym właśnie punkcie koncepcja prawa naturalnego nabiera charakteru etycznego. Chodzi tu bowiem nie tylko o akceptację poszczególnych praw przyrodniczych, ale o naśladowanie ładu i harmonii, które rządzą w naturze, to jest: działanie dla dobra całości, jaką stanowi wspólnota ludzka, a także cały wszechświat, zachowywanie rozwagi i umiaru we własnych czynach, unikanie pogoni za pozornymi i ulotnymi dobrami. W tym też kontekście należy ujmować takie pojęcia, jak sprawiedliwość i równość, u których podłoża leży raczej zasada zachowania umiaru i równowagi, harmonijnego działania niż troski o czyjeś partykularne dobro.

Stoickie idee prawa, rozumianego jako norma naturalna, wieczna, boska, niezmienna, rządząca w słuszny sposób życiem świata, mająca zastosowanie do wszystkich ludzi, popularyzował także Cycero. Norma prawa naturalnego winna, jego zdaniem, znaleźć swe odbicie w prawie pozytywnym, stanowi ona bowiem podstawę wszystkich państw i społeczeństw. Państwo, wedle Cycerona, to społeczność obywateli rządząca się prawem.

Podstawowym kryterium wartości prawa pozytywnego powinna być, zdaniem Cycerona, jego zgodność z ogólnymi zasadami moralnymi, wywodzącymi się z rozróżnienia pojęcia dobra i zła. Jest zatem jedno prawo, którym związana jest społeczność, tworząca swe własne ustawy (tzn. prawo pozytywne). Ustawy, które by pomijały tę podstawową zasadę, nie mogą być traktowane jako słuszne i nie mają mocy prawnej. Zgodność prawa pozytywnego z prawem naturalnym powinna być obiektywną przesłanką ważności i obowiązywania normy prawnej. O tej zasadzie

nie powinni zapominać tak rządzący, jak i rządzeni. Złe prawo stworzone przez tyrana nie mogłoby mieć mocy obowiązującej nawet wtedy, gdyby było akceptowane przez wszystkich obywateli.

Cycero podawał również określenie sprawiedliwości (*iustitia*), rozumianej jako rozdzielanie każdemu tego, co mu się należy. Takie rozumienie sprawiedliwości jest określane mianem „sprawiedliwości dystrybtywnej”.

Rzymianie definiując pojęcie prawa często odwoływali się do idei sprawiedliwości. Takie nawiązanie znajduje się m.in. w tekście Ulpiana zamieszczonym w pierwszym fragmencie *Digestów* justyniańskich. We fragmencie tym Ulpian – pragnąc podać źródłosłów terminu „prawo” – pisał, że termin prawo (*ius*) wywodzi się od sprawiedliwości (*iustitia*). Ulpian cytuje też słynną paremię pochodzącą od Celsusa, uznaną powszechnie za rzymską definicję prawa, określającą prawo jako sztukę stosowania tego, co dobre i słuszne. W innym fragmencie *Digestów* justyniańskich Ulpian definiuje sprawiedliwość jako określoną i stałą wolę rozdzielenia każdemu tego, co mu się należy. Nadrzędnymi zasadami prawa, według Ulpiana, są: żyć szlachetnie, innym nie szkodzić, dać każdemu, co mu się należy. Nauka prawa jest według niego znajomością spraw boskich i ludzkich, wiedzą o tym, co słuszne i niesłuszne. W tym ogólnym ujęciu ideologicznym łączą się normy prawne z normami moralnymi.

Współczesnemu terminowi „prawo” odpowiadało w terminologii rzymskiej słowo *ius*, które oznaczało sferę działania ludzi dozwoloną i chronioną przez państwo. Termin *ius* występował często (szczególnie w tekstach dawniejszych) w połączeniu ze słowem *fas* oznaczającym sferę działania człowieka dozwoloną i chronioną przez religię.

Wykroczenie poza sferę chronioną przez *ius* stanowiło bezprawie (*iniuria*) i uprawniało poszkodowanego do reakcji w postaci użycia dozwolonej pomocy własnej bądź odwołania się do odpowiedniej sankcji państwowej. Wykroczenie poza sferę *fas* nazywało się *nefas* i ściągało na sprawcę sankcje z zakresu prawa sakralnego.

W okresie rzymskiej republiki prawo stanowione – *lex* – powstawało w wyniku działalności legislacyjnej zgromadzeń całego ludu rzymskiego, a po *lex Hortensia* z roku 287 p.n.e. – głównie na zgromadzeniach plebsu. W okresie cesarstwa moc ustawy (*legis vicem*) uzyskały uchwały senatu, a następnie konstytucje cesarskie. Do rozwoju prawa prywatnego, rozumianego jako *ius* lub *ius civile*, niezbędna była działalność biegłego w prawie jurysty. Jego rolą było tłumaczenie i ulepszanie prawa stanowionego lub zwyczajowego. Źródła rzymskie wspominają o podwójnym znaczeniu

słowa *ius*: jedno z nich to „sos” lub „zupa” – gotowana przez sprawnego kucharza; drugie to „prawo” – powstające przez interpretację ustawy lub zwyczaju, dokonywaną przez znawcę sztuki prawniczej – jurystę.

Termin *ius* występował również w znaczeniu dzisiejszego prawa podmiotowego – uprawnienia przysługującego jednostce, wynikającego z norm prawa przedmiotowego. W tym znaczeniu termin *ius* występuje w takich zwrotach, jak np.: *ius successionis* (prawo następstwa); *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet* („nikt nie może przenieść na innego więcej praw niż ma sam”); *qui iure suo utitur neminem laedit* („kto korzysta ze swojego prawa nikogo nie krzywdzi”).

Lex est ratio summa, insita in natura, quae iubet, ea quae facienda sunt, prohibetque contraria – „Prawo to włączona w naturalny porządek najwyższa mądrość, która nakazuje, co należy czynić i zabrania działań sprzecznych z owymi wskazaniami”.

(Cicero, *De legibus* 1,18, tłum. I. Żółtowska, Kęty 1999)

*

Quae re a iure gentium originem sumpsit, utpote cum iure naturali omnes liberi nascerentur (...) – „Która to rzecz [niewola] bierze swój początek z prawa narodów, jako że zgodnie z prawem naturalnym wszyscy rodzą się wolni (...)”.

(Ulpianus, D.1,1,4)

*

Est quidem vera lex recta ratio naturae congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna, quae vocet ad officium iubendo, vetando a fraude deterreat; quae tamen neque probos frustra iubet aut vetat nec improbos iubendo aut vetando movet. Huic legi nec obrogari fas est neque derogari ex hac aliquid licet neque tota abrogari potest, nec vero aut per senatum aut per populum solvi hac lege possumus, neque est quaerendus explanator aut interpres eius alius, nec erit alia lex Romae, alia Athenis, alia nunc, alia posthac, sed et omnes gentes et omni tempore una lex et sempiterna et immutabilis continebit, unusque erit communis quasi magister et imperator omnium deus, ille legis huius inventor, disceptator, lator; cui qui non parebit, ipse se fugiet ac naturam hominis aspernatus hoc ipso luet maximas poenas, etiamsi cetera supplicia, quae putantur, effugerit. – „Rzeczywiste prawo to zatem prawdziwa roztropność zgodna z naturą, odwieczna i obecna w każdym człowieku, która jest władczym głosem obowiązku i stanowczym ostrze-

żeniem przed zbrodnią. Nie na darmo wydaje polecenia i stawia zakazy szlachetnym, ale podli nic sobie z tego nie robią. Wspomnianego prawa nie godzi się zmienić, zastąpić jego postanowień innymi lub całkiem znieść; senat ani ogół obywateli nie zwolnią nas z jego przestrzegania. Pozbawione sensu byłoby szukanie komentatora lub znawcy, by ustalił odpowiednią wykładnię; w Rzymie i Atenach, teraz i w przyszłości to prawo niczym się nie różni; w każdym miejscu po wsze czasy pozostanie bez zmian, wieczne i jedno dla wszystkich, niczym bóg, król i pan wszechrzeczy, który to prawo stworzył, obmyślił i zatwierdził. Kto nie przestrzega jego postanowień, samego siebie utraci i odrzuciwszy własne człowieczeństwo będzie przez to cierpiał, choćby uniknął męki uważanej powszechnie za karę”.

(Cicero, *De re publica* 3,33, tłum. I. Żółtowska, 1999)

*

Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privata. – „Prawem publicznym jest to [prawo], które odnosi się do ustroju państwa rzymskiego, prywatnym to, które dotyczy interesu jednostek: niektóre [normy] są bowiem [stanowione] w interesie ogółu, inne zaś w interesie prywatnym”.

(Ulpianus, D.1,1,1,2)

*

Quare cum lex sit civilis societatis vinculum, ius autem legis aequale, quo iure societas civium teneri potest, cum par non sit condicio civium? Si enim pecunias aequari non placet, si ingenia omnium paria esse non possunt, iura certe paria debent esse eorum inter se, qui sunt cives in eadem re publica. Quid est enim civitas nisi iuris societas? – „Jeżeli zatem prawo jest najważniejszym spoiwem obywatelskiej wspólnoty i obowiązuje wszystkich jednakowo, jaka ustawa pozwoli utrzymać więzi społeczne, gdy uprawnienia obywateli nie są równe? Skoro nie życzymy sobie równego podziału dóbr materialnych, skoro rozmaite bywają zdolności, to przynajmniej niech wszyscy obywatele danego państwa mają równe prawa. Czymże bowiem jest społeczeństwo, jeśli nie wspólnotą jednoczoną prawem”.

(Cicero, *De re publica* 1,49, tłum. I. Żółtowska, 1999)

*

(...) Est enim unum ius quo devincta est hominum societas et quod lex constituit una, quae lex est recta ratio imperandi atque prohibendi. Quam qui ignorat, is est iniustus, sive est illa scripta uspiam sive nusquam. – „(...) Jedna jest bowiem

praworządność, która łączy ludzką wspólnotę i wywodzi się z prawa naturalnego, czyli poczucia sprawiedliwości objawionego w nakazach i zakazach. Mniejsza z tym, czy kiedykolwiek zostały spisane czy nie; kto nie zna prawa naturalnego, jest niesprawiedliwy”.

(Cicero, *De legibus* 1,42, tłum. I. Żółtowska, 1999)

*

Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur: nam quod quis populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est vocaturque 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. Populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utitur. – „Wszystkie ludy, które rządzą się ustawami i zwyczajami, posługują się częściowo swoim własnym [prawem], a częściowo prawem wspólnym wszystkim ludziom. Bo to prawo, które lud każdy ustanowił sam dla siebie, jest właściwe tylko jemu i nazywa się prawem obywatelskim (*ius civile*), jako własne prawo społeczności obywatelskiej, to natomiast, które przyrodzony rozsądek ustanowił pomiędzy wszystkimi ludźmi, jest jednakowo przestrzegane u wszystkich ludów i nazywa się prawem narodów (*ius gentium*), jako prawo, którym posługują się wszystkie narody. Lud rzymski przeto posługuje się częściowo własnym, swoim [prawem], częściowo prawem wspólnym wszystkim ludziom”.

(Gaius, *Institutiones*, 1,1, tłum. C. Kunderewicz)

*

Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. – „Prawem naturalnym jest to, którego sama natura nauczyła wszelkie stworzenia: to bowiem prawo nie jest jedynie właściwe rodzajowi ludzkiemu, lecz wspólne jest wszystkim stworzeniom, które rodzą się na ziemi i morzu, a także ptakom”.

(Ulpianus, D.1,1,1,3)

*

Praeterea id, quod in solo nostro ab aliquo aedificatum est, quamvis ille suo nomine aedificaverit, iure naturali nostrum fit, quia superficies solo cedit. – „Dalej, to, co zostało wybudowane przez kogoś na naszym gruncie, chociaż tamten budował [to] własnym nakładem, staje się nasze na podstawie pra-

wa naturalnego, co jest bowiem na powierzchni [gruntu] idzie w ślad za gruntem”.

(Gaius, *Institutiones* 2, 73, tłum. C. Kunderewicz)

*

Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. Est autem a iustitia appellatum: nam ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi. – „Chcący poświęcić się prawu, powinien najpierw poznać skąd pochodzi jego nazwa. Zostało ono bowiem nazwane tak od sprawiedliwości (*iustitia*): jak bowiem elegancko ujął to Celsus, prawo jest umiejętnością [stosowania] tego co dobre i słuszne”.

(Ulpianus, D.1,1,1 pr.)

*

Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi. Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere. Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia. – „Sprawiedliwość jest trwałą i niezmienną wolą rozdzielania każdemu tego, co mu się należy. Zasady prawa są następujące: żyć uczciwie, nie szkodzić drugiemu, dać każdemu co mu się należy. Nauka prawa jest znajomością spraw boskich i ludzkich, wiedzą o tym, co słuszne i niesłuszne”.

(Ulpianus, D.1,1,10 pr.–2)

*

(...) *constare non potest ius, nisi sit aliquis iuris peritus, per quem possit cotidie in melius produci* – „(...) prawo (*ius*) nie może funkcjonować bez udziału doświadczonego jurysty, dzięki któremu może ono stale rozwijać się ku lepszemu”.

(Pomponius, D.1,2,2,38)

*

Ius coquinae magistri a iure nuncupaverunt, quia [ea] est lex condimenti eius – „Kuchmistrze nazwali *ius* [rosół] od słowa *ius* [prawo], ponieważ ustawa jest [prawu] przyprawą”.

(Isidorus Hispalensis, *Etym.* 20,2,32)

*

Ius civile vigilantibus scriptum est – „Prawo cywilne zostało napisane (ustanowione) dla ludzi starannych”.

(Cervidius Scaevola, D.42,8,24)

*

Dura lex sed lex – „Twarde prawo, ale prawo”.

(paremia prawna oparta na wypowiedzi Ulpiana, D.40,9,12)

*

Summum ius summa iniuria – „Najwyższe prawo [bywa] najwyższym bezprawiem”.

(Cicero, *De officiis* I,10)

*

Iam vero illud stultissimum, existimare omnia iusta esse quae sita sint in populorum institutis aut legibus. Etiamne si quae leges sint tyrannorum? Si triginta illi Athenis leges inponere voluissent, et si omnes Athenienses delectarentur tyrannicis legibus, num idcirco eae leges iustae haberentur? – „Za dowód wyjątkowej głupoty należy uznać przekonanie, że wszelkie postanowienia i uchwały rozmaitych społeczności powinny być uznane za sprawiedliwe. Czy należy przyjąć nawet zarządzenia tyranów? Gdyby trzydziestu tyranów chciało nadać Atenom prawa, lub gdyby wszystkim Ateńczykom spodobały się postanowienia jedynowładców, czy z tego powodu ich akty prawne stałyby się sprawiedliwe?”

(Cicero, *De legibus* 1,42, tłum. I. Żółtowska, 1999)

*

„Dlatego też tam, gdzie nie ma prawdziwej sprawiedliwości, tam nie może być również prawa”.

(Św. Augustyn, *O państwie bożym* 19,21, przeł. W. Kornatowski, t. 2, Warszawa 1977)

*

Remotis Licini tyranni constitutionibus et legibus omnes sciant veteris iuris et statutorum nostrorum observari debere sanctionem. – „Każdy powinien wiedzieć, że konstytucje i prawa ustanowione przez tyrana Licyniusza zostały zniesione i że należy przestrzegać dawnych praw i naszych statutów”.

(Konstytucja cesarza Konstantyna z 324 r., C.Th. 15,14,1)

3. *Ius et lex* w rzymskiej tradycji prawnej³

Tytuł czasopisma „*Ius et Lex*”, świadczący o tym, że jego twórcy czują potrzebę oparcia studiów nad prawem współczesnym na tradycji romanistycznej, zachęca do zajęcia się znaczeniem tych dwóch terminów w historii prawa rzymskiego.

W okresie rzymskiej republiki terminem *ius* (lub *iura*) oznaczano cały zespół norm składający się na obowiązujący porządek prawny⁴. Termin *lex* oznaczał natomiast początkowo tę część porządku prawnego, w której wyrażał się element pewności prawa. *Lex* powstawała w wyniku działalności legislacyjnej zgromadzeń ludowych całego *populus romanus*. Od uchwalenia w roku 287 p.n.e. ustawy Hortensjusza (*lex Hortensia*)⁵ miano *leges* uzyskiwały również uchwały podejmowane przez zgromadzenia plebejskie (*concilia plebis*), których działalność ustawodawcza nabrała podstawowego znaczenia w dziedzinie prawa stanowionego⁶.

W okresie wczesnego pryncypatu zmienił się sposób tworzenia *leges*. Zanikała działalność zgromadzeń ludowych i plebejskich jako organów tworzących prawo. Nabierały natomiast znaczenia uchwały senatu (*senatus consulta*)⁷. W okresie tym, gdy koncepcje ustrojowe pryncepsów nawiązywały do tradycji republikańskich, senat (politycznie w pełni zależny od cesarza) był wygodniejszym forum, niż dawne zgromadzenia ludowe, dla

³ *Ius et Lex* 2002, nr 1, s. 51–61.

⁴ Autor celowo nie chce wdawać się w niezmiernie sporne zagadnienie znaczenia terminów *ius* i *fas* w najdawniejszym okresie dziejów prawa rzymskiego. Zob. R. Orestano, *Dal ius al fas. Rapporto fra diritto divino e umano in Roma dall'età primitiva all'età classica*, BIDR 1940, nr 46, s. 246 i n.

⁵ D.1,2,8 (Pomponius, lib. sing. *Enchiridion*): (...) *Ita factum est, ut inter plebiscita et legem species constituendi interest, potestas autem eadem esset*. („Postanowiono, że uchwały zgromadzeń (plebiscita) i ustawy będą się różnić sposobem ustanawiania, ich moc zaś ta sama pozostanie”).

⁶ Por. P. De Francisci, *Sintesi storica del diritto romano*, 3 ed., Roma 1965, s. 206 i n.

⁷ Gai 1,4: *Senatus consultum est, quod senatus iubet atque constituit. Idque legis vicem obtinet, quamvis de ea re fuerit quaesitum*. („Uchwałą senatu jest to, co senat nakazuje i postanawia. A zachowuje ona moc ustawy, choć tę sprawę rozważano”, tłum. C. Kunderewicz).

realizowania polityki władcy, z zachowaniem pozorów tradycji republikańskiej. Przyznanie mocy obowiązującej uchwałą Senatu dawało cesarzowi wygodny instrument do realizowania swych zamierzeń legislacyjnych. *Oratio principis* wygłaszana na posiedzeniu Senatu i jednogłośnie przyjmowana przez akklamację stawała się obowiązującym prawem.

W okresie pryncypatu pojawia się również zupełnie nowa forma prawa stanowionego, traktowana na równi z *lex*, a później w okresie dominatu określana tym terminem. Były to konstytucje cesarskie o różnym znaczeniu i formie (*decreta, edicta, epistulae, mandata, rescripta*). Uznanie, przynajmniej niektórych z nich, za źródło prawa równoważne ustawie nie budziło wątpliwości już dla jurystów wczesnego pryncypatu. Pomponiusz (D.1,2,2,12) wymieniając wśród źródeł prawa konstytucje cesarskie zauważa, że są one równoważne ustawie (*quod ipse princeps constituit pro lege servetur*)⁸.

Dalej w uznaniu mocy obowiązującej konstytucji cesarskich idzie Gaius w *Instytucjach*. Wśród źródeł prawa stanowionego (z których niektóre miały dlań jedynie znaczenie historyczne) wymienia również konstytucje cesarskie⁹. Stwierdza wyraźnie, że mają one moc ustawy (*quin id legis vicem optineat*)¹⁰ i że nie budziło to nigdy wątpliwości. Uzasadnieniem takiego rozwiązania jest, że władza ustawodawcza cesarza wynika z nadania mu imperium przez ustawę. Gaius, piszący podobnie jak Pomponiusz w pierwszej połowie II wieku n.e., wyrażał jedynie istniejącą zasadę zrów-

⁸ D.1,2,2,12 (Pomponius, lib. sing. *enrichidion*): (...) *aut senatus consultum, quod solum senatu constituyente inducitur sine lege, aut est principalis constitutio, id est ut quod ipse princeps constituit pro lege servetur*. („Albo jest uchwała senatu, która zapada bez ustawy jedynie tak, jak postanawia senat, albo jest konstytucja cesarska, to znaczy, że co sam cesarz postanawia ma moc ustawy”). Por. B. Albanese, *D.1,2,2,12 ed il problema della sua attribuzione* (w:) *Scritti in onore di S. Pugliatti*, t. 4, Milano 1978, s. 12, który podkreśla prawidłowość wyrażenia *pro lege servetur* z punktu widzenia rzymskiego systemu źródeł prawa.

⁹ Gai 1,5: *Constitutio principis est, quod imperator decreto vel edicto vel epistula constituit; nec unquam dubitatum est, quin id legis vicem optineat, cum ipse imperator per legem imperium accipiat*. („Konstytucją cesarza jest to, co cesarz postanawia dekretem lub edyktem lub listowną odpowiedzią. I nigdy nie wątpiono, że to zachowuje moc ustawy, skoro [i] sam cesarz otrzymuje władzę przez ustawę”, tłum. C. Kunderewicz). Por. F. Gallo, *Sul potere normativo imperiale*, SDHI 1982, nr 48, s. 427 i n.

¹⁰ Zwrotu *legis vicem obtinere* używa Gaius również w odniesieniu do *senatus consultum* (G.1,4) oraz w oparciu o reskrypt Hadriana do zgodnych *responsa prudentium* (G.1,7: *Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere. Quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id, quod ita sentiunt, legis vicem optinet, si vero dissentiunt, iudici licet quam velit sententiam sequi. Idque rescripto divi Hadriani significatur*) („Odpowiedzi znawców prawa są [to] zdania i poglądy tych [prawników], którym pozwolono tworzyć prawa. Jeżeli do jednego sprowadzają się ich wszystkie zdania, to, co w jaki sposób myślą, zachowuje moc ustawy, jeżeli są natomiast sprzeczne między sobą, sędziemu wolno pójść, za którym chce zdaniem. I to się oznajmia w pisemnej odpowiedzi boskiego Hadriana”, tłum. C. Kunderewicz).

niania konstytucji cesarskich z *leges*, starając się jednocześnie podać motywy takiego rozwiązania.

W okresie późnego pryncypatu zaczyna się stopniowo kształtować zasada pełnej suwerenności władzy ustawodawczej cesarza. Zmienia się też status rzymskich jurystów: z niezależnych *iurisprudentes*, reprezentujących arystokratyczne podejście do wykonywanej przez nich funkcji, stają się w końcu II wieku n.e. zależnymi od władców „prawnikami biurokratami”¹¹. Dla Ulpiana, jurysty z przełomu II i III wieku, pełniącego wysokie funkcje w strukturze władzy cesarskiej¹², zasada, w myśl której cesarz ma nieograniczoną możliwość stanowienia prawa, jest już oczywista. W okresie dynastii Sewerów (193–235 n.e.) formalne uzasadnienie źródła pochodzenia tej władzy nie będzie musiało być wysuwane jako podstawowe.

Ulpian wyraża w sposób bezwarunkowy zasadę braku związania cesarza obowiązującym prawem zwrotem *princeps legibus solutus est*. Ulpian przyznaje jednak to uprawnienie wyłącznie cesarzowi, a nie najbliższym członkom jego rodziny. Zwrot *princeps legibus solutus est* oznaczał dla Ulpiana jedynie to, że cesarz jest zwolniony od konieczności przestrzegania istniejących ustaw¹³.

Późniejsze dzieje formuły *princeps legibus solutus*, która stała się podstawą średniowiecznej doktryny suwerenności władzy monarszej oraz podstawą nowożytnej koncepcji władcy absolutnego, rozwijanej w okresie Renesansu, szły w kierunku przyjęcia zasady generalnej, że cesarz stoi ponad wszelkimi ustawami i staje się ich jedynym twórcą¹⁴.

Zasada nieograniczonej władzy prawodawczej cesarza stała się w pełni obowiązująca w okresie dominatu. Pomimo składanych niekiedy deklaracji o konieczności przestrzegania ustaw, cesarze mieli w rzeczywistości wyłączną i niczym nieograniczoną władzę ustawodawczą. Stwierdzenie w konstytucji cesarza Walentyniana, z roku 429 n.e., o znaczeniu, jakie dla

¹¹ Por. M. Bretonne, *Techniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli 1982, s. 233 i n.

¹² Zob. G. Crifò, *Ulpiano. Esperienze e responsabilità del giurista* (w:) ANRW, t. 15, Berlin–New York 1976, s. 708 i n.

¹³ D.1,3,31 (Ulpianus, lib. 13 *ad legem Iuliam et Pappianam*): *Princeps legibus solutus est: Augusta autem licet legibus soluta non est, principes tamen eadem illi privilegia tribuunt, quae ipsi habent.* („Cesarz nie jest związany ustawami: Augusta [żona cesarza] zaś winna być związana ustawami, jednak cesarze te same jej przyznają przywileje, które oni mają”). Por.: H.F. Jolowicz, *The Stone that the Builders Rejected: Adventures of some Civil Law Texts*, Seminar 1954, nr 12, s. 40–41; M. Lauria, *Ius. Visioni romane e moderne*, 3 ed., Napoli 1957, s. 276 i n.; M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, s. 178.

¹⁴ Zob.: G. Crifò, *Ulpiano...*, s. 777, nota 435.

władcy powinno mieć przestrzeganie ustaw, było jedynie deklaracją bez pokrycia¹⁵.

W innym fragmencie, przekazanym w *Digestach* justyniańskich, Ulpian uzasadnia również (podobnie jak czynił to Gaius) źródło, z którego wypływa władza ustawodawcza cesarzy: jest nim nadająca cesarzowi władzę *lex de imperio*. Jurysta ten idzie jednak w swym uznaniu pełnej władzy ustawodawczej cesarza dalej niż Gaius podkreślając, że sama wola władcy ma moc ustawy. Używa zwrotu, że „to co uznaje za właściwe cesarz ma moc ustawy” (*quod principi placuit, legis habet vigorem*). Zwrot ten zrobił wielką karierę w późniejszych dziejach teorii państwa¹⁶.

Instytucje Justyniana (I.1,2,6) powtarzają sformułowanie Ulpiana *quod principi placuit, legis habet vigorem*, wraz z jego formalnym uzasadnieniem (podobnie jak czynili to Gaius i Ulpian), sięgającym do nadania cesarzowi władzy przez ustawę (*lex de imperio*). Justynian dla wzmocnienia tego nadania odnosi go do archaicznej *lex regia*. Odpowiada to bizantyjskiej koncepcji władzy królewskiej (*basileia*)¹⁷.

Do sformułowania Ulpiana *princeps legibus solutus* nawiązują również *Instytucje* Justyniana we fragmencie I.2,17,8(7). Cesarz, nie kwestionując swego prawa do nieliczenia się z obowiązującymi ustawami (*legibus soluti sumus*), podkreśla jednak, że powinno się to mieścić w ramach

¹⁵ C.1,14,4: (...) *Et re vera maius imperio est submittere legibus principatum*. („A zaiste lepiej jest dla państwa podporządkować władzę cesarską ustawom”). Zob. G. Cervenca (w.): *Lineamenti di storia del diritto romano*, sotto la direzione di M. Talamanca, 2 ed., Milano 1989, s. 561 i n.

¹⁶ D.1,4,1 pr. (Ulpianus, lib. 1 *Institutionum*): *Quod principi placuit, legis habet vigorem: utpote cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat*. („Co podoba się cesarzowi, ma moc ustawy: dzieje się tak, bowiem ustawą królewską uchwaloną o zwierzchności [ludu], składa on całą swą zwierzchność i moc na cesarza”). Zob.: F. Gallo, *Sul...*, s. 428; por. A. dell'Oro, „*Imperium*” e „*lex imperii*” alla luce del Codice di Giustiniano (w:) *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, t. 4, Napoli 1984, s. 1573.

¹⁷ I.1,2,6: *Sed et quod principi placuit, legis habet vigorem, cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem concessit. Quodcumque igitur imperator per epistulam constituit vel cognoscens decrevit vel edicto praecepit, legem esse constat: haec sunt, quae constitutiones appellantur. Plane ex his quaedam sunt personales, quae nec ad exemplum trahuntur, quoniam non hoc princeps vult: nam quod alicui ob merita indulsit, vel si cui poenam irrogavit, vel si cui sine exemplo subvenit, personam non egreditur. Aliae autem, cum generales sunt, omnes procul dubio tenent*. („Lecz i to, co uznaje za właściwe cesarz, ma moc ustawy, jako że na podstawie ustawy królewskiej, wydanej w sprawie jego władzy, lud odstąpił mu i przeniósł na niego całą swoją władzę i moc. Cokolwiek więc cesarz listem ustanawia albo po rozpoznaniu orzeka, albo w edyktie nakazuje, niewątpliwie jest ustawą. To właśnie nazywa się konstytucjami. Oczywiście niektóre z nich są osobiste i nie używa się ich jako precedensów, ponieważ nie tego chce cesarz. Bowiem, że komuś za usługi okazał życzliwość lub jeśli na kogoś karę nałożył albo jeśli komuś w sposób bezprzykładny przyszedł z pomocą, nie rozciąga się to poza daną osobę. Inne zaś konstytucje, ponieważ są ogólne, niewątpliwie obowiązują wszystkich”, tłum. C. Kunderewicz).

istniejącego porządku prawnego (*atamen legibus vivimus*). Justynian powołuje słowa cesarza Aleksandra Sewera i Antoninusa (Karakalli): „choć bowiem jesteśmy wolni od więzów praw, jednakże żyjemy według praw”¹⁸. Dziś nazwalibyśmy takie stwierdzenie uznaniem „zasady państwa prawnego”.

Ta sama myśl, do której zresztą wyraźnie nawiązuje powołany wcześniej fragment *Instytucji*, pojawiła się już uprzednio w przekazanej w Kodeksie justyniańskim konstytucji Aleksandra Sewera z roku 232. Cesarz stwierdza w niej, że dzięki nadaniu mu władzy przez *lex de imperio*, jest wprawdzie wolnym od więzów prawa, jednakże powinien on działać w ramach istniejącego porządku prawnego, gdyż właściwością władzy jest posługiwanie się ustawami (*nihil tamen tam proprium imperii est, ut legibus vivere*)¹⁹.

O ile w zakresie tworzenia rzymskiego prawa publicznego podstawowe znaczenie miały normy prawa stanowionego (*leges rogatae, leges datae, plebiscita, senatus consulta* oraz *leges – constitutiones principum*), to w zakresie rozwoju prawa prywatnego normy prawa stanowionego miały znaczenie znikome. Podstawowy zręb archaicznych norm dotyczących prawa prywatnego opierał się na dawnym prawie zwyczajowym (*mos maiorum*), ułożonym w ustawie XII tablic²⁰. Rozwój warstwy *ius civile*, która dotyczyła prawa prywatnego (przynajmniej do końca pryncypatu) rzadko odbywał się przez tworzenie norm prawa stanowionego.

Rozwój rzymskiego prawa prywatnego odbywał się dwoma torami: pierwszy z nich to tworzona (obok *ius civile*) warstwa prawa rzymskiego zwana *ius honorarium* lub *ius praetorium*. Stanowiła ona owoc działalności urzędników jurysdykcyjnych (pretorów i edylów kurulnych), którzy udzielając ochrony prawnej (procesowej lub pozaprocessowej) mogli w odpowiedni sposób dostosowywać normy *ius civile*. Mogli też wychodzić poza zakres przewidzianej w nich ochrony, opierając się na prawie, „które przyrodzony rozsądek ustanowił pomiędzy wszystkimi ludźmi (...), którym posługują się wszystkie narody”²¹. Działalność tych

¹⁸ I.2,17,8(7): (...) *licet enim inquit (Severus et Antoninus) legibus soluti sumus, atamen legibus vivimus* (tłum. w tekście C. Kunderewicz).

¹⁹ C.6,23,3 (Alexander): (...) *Licet enim lex imperii sollemnibus iuris imperatorem solverit, nihil tamen tam proprium imperii est, ut legibus vivere*. (a 232) („Ustawa o zwierzchności zwolniła cesarza od respektowania prawa, nic jednak nie jest tak właściwe dla władzy jak życie zgodne z ustawami”).

²⁰ Por. Orestano, *Dal ius...*, s. 268.

²¹ Gai 1,1: (...) *quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur* (tłum. w tekście)

urzędników mogła dotyczyć zarówno obywateli rzymskich, jak też i peregrynów²².

Drugi tor rozwoju prawa prywatnego to twórcza interpretacja *ius civile* dokonywana przez *iusisprudentes*. Interpretacja ta, której podstawą było archaiczne *mos maiorum* oraz prawo stanowione, była głównym źródłem rozwoju rzymskiego prawa prywatnego. Prawnicy rzymscy byli bowiem nie tylko znawcami prawa, lecz także jego twórcami. Prawo rzymskie od końca II wieku p.n.e. do III wieku n.e. stworzyło model „prawa prawniczego”, tj. takiego, w którym grupa zawodowa prawników spełniała ogromną rolę w tworzeniu prawa²³.

Pomponius (D.1,2,2,12) wyjaśnia, że *ius civile* opiera się na samej interpretacji uczonych prawników²⁴. To stwierdzenie potwierdza również inny przekaz Pomponiusza (D.1,2,2,5), w którym jurysta (po przedstawieniu w poprzednim paragrafie historii powstania ustawy XII tablic) pisze, iż ustawa ta wymagała dyskusji i interpretacji biegłych w prawie. Z tych dyskusji powstało prawo niepisane, które nazywano wspólną nazwą *ius civile*²⁵.

W literaturze prawa rzymskiego dostrzega się sprzeczność pomiędzy użyciem przez Pomponiusza na oznaczenie *interpretatio prudentium* raz terminu *proprium ius civile*, a drugi raz *ius civile communi nomine*. Nie wydaje się jednak, by mogło to podważać wiarygodność zrównania *interpretatio prudentium* z pojęciem *ius, ius civile*²⁶. Rozróżnienie pomiędzy prawem sta-

²² Zob. Gai 4.103–106. Por. P. De Francisci, *Sintesi...* s. 210–211.

²³ Por. A. Schiavone, *Prawnik (w:) Człowiek Rzymu*, pod red. A. Giardina, Warszawa 1997, s. 107 i n. Można tu porównać doktrynę anglosaskiego realizmu prawniczego, który posługiwał się wyrażeniem „sądy tworzą prawo” (*courts make law*) z opartą na prawie rzymskim tradycją Europy kontynentalnej podkreślającą znaczenie tradycji naukowej (por. G.P. Fletcher, *Na część „Ius et lex”*. Kilka refleksji nad pojęciem prawa, *Ius et Lex* 2002, nr 1, s. 15 i n.).

²⁴ D.1,2,2,12 (Pomponius, *enrichiridion*): (...) *est proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit* (...). Zob. P. De Francisci, *Sintesi...*, s. 205; M. Talamanca (w:) *Lineamenti*, s. 232 i n.; M. Brutti, tamże, s. 289.

²⁵ D.1,2,2,5 (Pomponius, *lib. sing. enrichiridion*): *His legibus latis coepit (ut naturaliter evenire solet, ut interpretatio desideraret prudentium auctoritatem) necessarium esse disputationem fori. Haec disputatio et hoc ius, quod sine scripto venit compositum a prudentibus, propria parte aliqua non appellatur, ut ceterae partes iuris suis nominibus designantur, datis propriis nominibus ceteris partibus, sed communi nomine appellatur ius civile.* („Po uchwaleniu tych ustaw stała się niezbędna dyskusja na forum na ich temat. Jest oczywiste, że ich interpretacja powinna opierać się na autorytecie znawców. Ta dyskusja na forum i to prawo, które bez formy pisanej zostało ułożone przez znawców, nie ma własnej nazwy, jak to jest w przypadku innych gałęzi prawa, lecz nazywane jest wspólną nazwą prawa obywatelskiego (*ius civile*)”).

²⁶ Zob. B. Albanese, *D.1,2,2,12...*, s. 14–15.

nowionym (*leges*) a prawem zawartym w pismach jurystów (*iura*) występuje również wielokrotnie w źródłach późnego cesarstwa²⁷.

Znaczenie *interpretatio* dla tworzenia rzymskiego *ius civile* wiąże się z rozwojem rzymskiej wiedzy prawniczej. Działalność prawników stanowiła bowiem główną siłę napędową rozwoju prawa w Rzymie²⁸.

Różne formy, w jakich rozwijała się wiedza prawnicza w Rzymie, określały etapy rozwoju prawa rzymskiego. Jurysprudencja pontyfikalna (sprawowana przez kolegium pontyfików), a następnie świecka (po opublikowaniu przez Gneiusa Flaviusa, w początku IV w. p.n.e., zbioru formuł procesowych), dostosowywały najdawniejsze instytucje prawa stanowionego i zwyczajowego do nowych warunków i potrzeb rozwijającego się terytorialnie i gospodarczo państwa²⁹. Różne rodzaje działalności rzymskich jurystów określano terminami: *cavere*, *agere*, *respondere*.

Cavere oznaczało działalność jurysty polegającą na układaniu i redagowaniu aktów prawnych. Tego rodzaju pomoc była szczególnie przydatna w okresie archaicznego prawa rzymskiego, bowiem z uwagi na jego ogromny formalizm – brak zachowania odpowiedniej formy mógł prowadzić do nieskuteczności aktu prawnego. Od słowa *cavere* (*cautio* oznaczała dokument, który stanowił schemat i dowód dokonania aktu prawnego) pochodzi określenie jurysprudencji kautelarnej.

Agere (działać, prowadzić proces) oznaczało, analogicznie do *cavere*, działalność jurystów polegającą na przygotowaniu instrukcji do prowadzenia procesu. Tego rodzaju pomoc jurysty była niezbędna nie tylko w okresie procesu legislacyjnego (gdzie strona wypowiadająca przed pretorem niewłaściwą formułę przegrywała proces), lecz również i w okresie procesu formułkowego (gdzie powód pozywając przeciwnika przed pretora, przedstawiał propozycję formułki procesowej, której następnie pretor mógł udzielić stronom). Rolą jurysty było zaproponowanie odpowiedniej formułki z katalogu już istniejących. Jurysta mógł też zaproponować zupełnie nową formułę, której pretor mógł udzielić z mocy swojego imperium.

Respondere oznaczało wszelką działalność jurysty, polegającą na udzielaniu porad prawnych zarówno osobom prywatnym, jak też urzęd-

²⁷ Por. np.: C.1,9,8 pr. (398 r.); C.9,9,30 (342 r.); *Consultatio* 9,5 (365 r.); C.Th. 2,1,10 oraz 9,7,3 (342 r.); *Novellae Valentiniani* 35,1. Por. M. Lauria, *Ius...*, s. 176 i n.

²⁸ Por.: R. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987, s. 54 i n.; P. Cerami, *Ricerche romanistiche e prospettive storico-comparativistiche*, Annali Palermo 1995, nr 93, s. 211 i n.

²⁹ Por. P. De Francisci, *Sintesi...*, s. 218.

nikom i sędziom. *Respondere* obejmowało zatem również działalność określaną jako *cavere* i *agere*. W węższym tego słowa znaczeniu *respondere* (oznaczane też zwrotem *de iure respondere*) oznaczało wyjaśnianie przez jurystę wątpliwości, które powstały przy rozstrzyganiu konkretnego przypadku, dokonywanie interpretacji prawa.

Działalność jurystów w okresie archaicznej jurysprudencji pontyfikalnej opierała się na rygorystycznym przestrzeganiu ustalonej przez kolegium pontyfików interpretacji prawa. Odebranie pontyfikom monopolu wiedzy prawniczej przyczyniło się do rozszerzenia znajomości prawa w społeczeństwie rzymskim. Rozstrzyganie kontrowersji prawnych (*ius controversum*) stało się ulubionym zajęciem przedstawicieli czołowych rodów rzymskich. Cicero opisuje, jak wybitni rzymscy juryści okresu republiki (Sextus Aelius, Manius Manilius) przechadzali się po forum, będąc stale w gotowości do udzielania każdemu obywatelowi pomocy prawnej i wszelkich innych rad³⁰. Z tej działalności wykształciła się również literatura prawnicza, stanowiąca początkowo zbiór poszczególnych rozstrzygnięć.

O znaczeniu interpretacji w rozwoju rzymskiego *ius civile* może świadczyć też przekaz Pomponiusa (D.1,2,2,38), który wspominając o dziele Sextusa Aeliusa³¹ *Tripertita*, stanowiącym kolebkę wiedzy prawniczej (*cunabula iuris*) pisze, że nazwa *tripertita* pochodziła stąd, że do tekstu ustawy XII tablic dodał on *interpretatio* oraz dołączył formuły *legis actiones*³².

³⁰ Cicero, *De oratore* 3,33,133 *Meminerant illi (pater et socer) Sex. Aelium; M. vero Manilium nos etiam vidimus transverso ambulantes foro, quod erat insigne enim qui id faceret facere civibus suis omnibus consilii sui copiam: ad quos olim et ita ambulantes et in solio sedentes domi sic adibatur, non solum ut de iure civili ad eos, verum etiam de filia collocanda, de fundo emendo, de agro colendo, de omni denique aut officio aut negotio referretur.* („Pamiętali oni (ojciec i teść) Sextusa Aeliusa; ja sam widziałem Maniusa Maniliusa, jak przechadzał się w poprzek, co było widocznym znakiem, a każdego z obywateli jest gotów wesprzeć radą. Do nich to wówczas, gdy tak się przechadzali lub w domu siedzieli, przychodzili ludzie, zwracając się nie tylko w kwestiach prawa cywilnego, ale by radzić się w sprawie wydania córki za mąż, kupna gruntu czy uprawy ziemi – właściwie każdej dotyczącej bądź zobowiązań, bądź interesów”). Por.: P. De Francisci, *Sintesi...*, s. 218; *Lineamenti...*, s. 288 i n.

³¹ Żyjącego na przełomie III i II wieku p.n.e.

³² D.1,2,2,38 Pomponius (*liber sing. enchiridion*): (...) *Sextum Aelium etiam Ennius laudavit et exstat illius liber qui inscribitur „tripertita”, qui liber veluti cunabula iuris continet: „tripertita” autem dicitur, quoniam lege duodecim tabularum praeposita iungitur interpretatio, deinde subtexitur legis actio.* („Ennius pochwalił Sextusa Aeliusa i wyróżnił z jego dzieła księgę zatytułowaną «Trójczęściową» bowiem po przedstawieniu ustawy XII tablic dołącza do niej jej interpretację, a na koniec formy procesowe (*legis actiones*)”). Zob. P. De Francisci, *Sintesi...*, s. 221.

Udział jurystów w tworzeniu i ciągłym ulepszaniu prawa podkreśla w sposób jednoznaczny Pomponius (D.1,2,2,13), który wręcz stwierdza, że nie może istnieć prawo (*ius*) bez udziału biegłego w prawie jurysty, dzięki któremu prawo wciąż się ulepsza³³. Do tego procesu ulepszania prawa udział jurysty, który tłumaczy i wyraża rzeczywiste znaczenie prawa stanowionego i zwyczajowego wydaje się niezbędny. Rolą jurysty jest pośredniczenie pomiędzy prawem i obywatelami³⁴.

Alessandro Corbino w ostatnio opublikowanym artykule o wartościach prawa³⁵ przypomina, że w języku łacińskim słowo *ius* ma dwa znaczenia: 1) „prawo” oraz 2) „wywar”, „sos”, „zupa”, „rosół”³⁶. Zarówno w pierwszym, jak i w drugim znaczeniu jest to produkt operacji technicznej dokonywanej odpowiednio przez jurystę bądź przez kucharza. O jakości zupy – sosu (*ius*) decydują zarówno użyte składniki, jak i umiejętności kucharza, który ją przygotowuje. O wysokiej jakości prawa (*ius*) decydują źródła, na których opiera się porządek prawny (*leges et mores*) oraz odpowiednie ich przetworzenie i przygotowanie przez jurystę³⁷. W tym sensie działalność jurysty, jako niezbędnego elementu w procesie tworzenia prawa, nasuwa skojarzenie z działalnością kucharza, który przygotowując potrawę posługuje się odpowiednimi składnikami i sposobami ich przyrządzania.

Tę analogię znaczeń podkreśla wyraźnie Izidor z Sewilli pisząc, że „sos mistrza kuchni (*ius*) jest nazywany podobnie jak prawo (*ius*), gdyż ustawa jest składnikiem prawa”³⁸.

³³ D.1,2,2,13 (Pomponius, lib. sing. *enchiridion*): (...) *constare non potest ius, nisi sit aliquis iuris peritus, per quem possit cottidie in melius produci*. Zob. A. Corbino, *Nota minima ai valori di „ius”* (w:) *Au-delà des frontières. Mélanges de droit romain offerts à Witold Wołodkiewicz*, t. 1, Varsovie 2000, s. 182.

³⁴ Por. A. Guarino, *Pagine del diritto* 5, Napoli 1994, s. 320; L. Vacca, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano. Corso di lezioni*, Torino 1989, s. 74.

³⁵ A. Corbino, *Nota...*, s. 179 i n.

³⁶ Zob. też J. Sondel, *Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*, Kraków 1997, s. 541–548: 1) „prawo”; 2) „zupa, polewka, ciecz, sos, wywar”.

³⁷ Por. A. Corbino, *Nota...*, s. 181: „*Ius* – brodo e *ius* – diritto sono entrambi il frutto di un’operazione „tecnica” (del cuoco e del giurista) che permette all’esperto di ricavare da una realtà (le carni e le verdure, da una parte, le *leges* e i *mores* dall’altra), adeguatamente trattata, un risultato (il «brodo», il «criterio di giudizio»)” („Zarówno *ius* – rosół, jak i *ius* – prawo, są owocem zabiegu technicznego, kucharza albo prawnika, który pozwala znawcy wyciągnąć z należycie potraktowanych składników (mięsa i warzyw oraz ustaw i zwyczajów) odpowiedni rezultat – czy to «rosół» czy też «kryterium wyrokowania»”). Zob. też: F. Carnelutti, *Di là dal diritto*, RISG 84, 1947, s. 115–116; G. Devoto, *Ius di là dalla grammatica*, RISG, 85, 1948, s. 414 i n.

³⁸ Isidorus Hispalensis, *Etym.* 20,2,32: *Ius coquinae magistri a iure nuncupaverunt, quia (ea) est lex condimenti eius. Hanc Graeci „zémam” vocant.*

W kontekście tych rozważań należy widzieć słynną definicję prawa pochodzącą od Celsusa, a przekazaną przez Ulpiana i zawartą na początku *Digestów* justyniańskich o brzmieniu, że prawo jest umiejętnością stosowania tego co dobre i słuszne (*ius est ars boni et aequi*)³⁹. Jurysta jawi się w niej jako mistrz, który przez swe umiejętności (*ars*) rozwija prawo. Rozwijając normę prawną winien on stosować kryterium słuszności, mieszczące się jednak w pozytywnym porządku prawnym.

³⁹ D.1,1,1 pr. (Ulpianus lib. 1 *Institutionum*): *Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. Est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi.* („Kto chce się poświęcić prawu powinien najpierw poznać skąd wywodzi się jego nazwa. Zostało ono nazwane od sprawiedliwości: jak to bowiem wytwornie określa Celsus, prawo jest umiejętnością stosowania tego co dobre i słuszne”). Por. P. Cerami, *La concezione celsina del „ius”*, *Annali Palermo* 88, 1985, s. 7 i n.

4. Prawo rzymskie. Od świata antycznego do współczesności⁴⁰

Tytuł mojego wystąpienia „Prawo rzymskie. Od świata antycznego do współczesności” może być mylący. Nie chodziło mi oczywiście o przedstawienie całych dziejów prawa rzymskiego i jego nauki od początku aż do końca (końca tej nauki zresztą wciąż chyba nie ma i długo zapewne nie będzie). W odniesieniu do prawa rzymskiego w ciągu wieków pojawia się pytanie: Czy należy je traktować bardziej jako element współczesnej nauki o świecie antycznym, czy też jako łącznik z prawem współczesnym?

Prawo rzymskie wśród nauk o kulturze antycznej zajmuje pozycję szczególną. Wykształcenie się nauk o kulturze antycznej jest zasługą okresu Odrodzenia. Studia nad prawem rzymskim są znacznie wcześniejsze. Prawo rzymskie, w swej warstwie publicznoprawnej, stanowiło instrument służący do podbudowania idei *continuatio imperii*, którą posługiwali się średniowieczni cesarze rzymscy i Kościół. Zapewniało ono ciągłość procesu historycznego, spajając może najsilniej świat starożytny ze średniowiecznym i współczesnym. Henryk IV, którego doradcą był Irnerius, był pierwszym władcą średniowiecznym, który konsekwentnie zwał siebie „królem Rzymian” (*rex romanorum*).

Jeszcze w średniowieczu zaczęły się rozwijać studia nad prywatystyczną warstwą prawa rzymskiego. Pomimo że podstawą prymitywnego obrotu prawnoprywatnego w dawnej części zachodniego cesarstwa rzymskiego były zbiory zwulgaryzowanego prawa przedjustyniańskiego, a nie szczytowe osiągnięcie rzymskiej myśli prawniczej, jakim była kompilacja Justyniana, przekazująca w *Digestach* dzieło klasycznej jursprudencji rzymskiej, to jednak już w średniowieczu studia nad rzymskim

⁴⁰ Wystąpienie w Radzie Kultury Antycznej UW dnia 15 marca 1995 r., opublikowane w zbiorze: *Integracja, czy specjalizacja? O przyszłości nauki o kulturze antycznej*, I. Biezuńska-Małowist (red.), Warszawa 1996, s. 37–41.

prawem justyniańskim były poważnie rozwinięte. Szkoła prawa w Rawnie, a następnie szkoły bolońskich glosatorów i komentatorów, mimo że wyrastały z ducha średniowiecza były jednak przejawem nowego sposobu podejścia do prawa rzymskiego: dla bolońskich glosatorów, którzy odkryli bogactwo myśli prawniczej zawartej w *Digestach* justyniańskich, dzieło Justyniana (mimo że wciąż było traktowane jako księga święta, odbijająca nie antyczny, lecz aktualny obraz świata) stało się przedmiotem dogłębnej analizy filologicznej i systemowej; dla komentatorów opracowane przez glosatorów prawo rzymskie stało się instrumentem służącym do rozwiązywania aktualnych potrzeb obrotu prawnego. Wprowadzenie przez komentatorów do prawa justyniańskiego elementów prawa statutowego miast włoskich dawało możliwość praktycznego stosowania prawa rzymskiego.

Wyształcone przez komentatorów rzymskie prawo aktualne (*mos italicus iura docendi*) stało się podstawą recepcji prawa rzymskiego. Nastąpiła ona w swej najpełniejszej formie w Niemczech, gdy Sąd Kameralny Rzeszy w roku 1495 został zobowiązany do orzekania posiłkowo zgodnie z prawem rzymskim (przetworzonym przez glosatorów i komentatorów). Tak zwany *usus modernus pandectarum* – traktujący prawo rzymskie jako aktualny system prawny – był podejściem do prawa rzymskiego, które trwało jeszcze w XVIII wieku i znalazło swój epilog w XIX-wiecznej pandektystyce.

Reakcja Odrodzenia na *mos italicus iura docendi* znalazła swój wyraz głównie w nurcie humanizmu prawniczego we Francji (*mos gallicus iura docendi*). Krytyka prawa rzymskiego jako prawa aktualnego wiązała się z krytyką prawników prowadzących jałowe dyskusje, których znaczenie rosło dzięki niejasności prawa, dającego możliwość stosowania pokrętnych interpretacji. F. Hotman, od którego wywodziła się późniejsza krytyka prawa rzymskiego, pisał, że „większość dyskusji nad prawem rzymskim opierała się na sporach wynikłych z interpretacji zasad gramatyki łacińskiej”.

W ocenach prawa rzymskiego przewijał się bardzo często mit dobrego prawa republikańskiego i złego prawa cesarskiego. F. Rabelais, krytykując prawo rzymskie w justyniańskim wydaniu, traktowane jako przejaw prawa okresu rzymskiego cesarstwa, podjął tak często później poruszany problem krytyki prawa rzymskiego z punktu widzenia etycznego wywodząc, że źli ludzie nie mogą stworzyć dobrego prawa. Zarzucał on Trybonianowi, że „był człowiekiem niewiarygodnym, niewiernym, złym, przewrotnym i chciwym, który sprzedawał ustawy, edykty, reskrypty,

konstytucje temu, kto dałby więcej w żywej gotówce". Ten rodzaj krytyki prawa rzymskiego był rozwijany niejednokrotnie, szczególnie w okresie Oświecenia. Wiązał się on z idealizacją Rzymu republikańskiego i krytyki Rzymu cesarskiego.

Przedstawiciele *mos gallicus iura docendi* reprezentowali dwa nurty badań nad prawem rzymskim:

1. Reprezentanci nurtu humanizmu prawniczego, który można określić jako „historyczno-filologiczny”, położyli punkt ciężkości na badanie źródeł prawa rzymskiego pochodzących nie tylko z kodyfikacji justyniańskiej. Zapoczątkowali oni badania nad interpolacjami justyniańskimi. Zaczęli też dokonywać palingenezy rzymskich tekstów prawnych. Wielkie znaczenie w tych badaniach mają wydawnictwa prawnych tekstów źródłowych przedjustyniańskich i tłumaczenia na język łaciński tekstów greckich. Angelus Policianus wydając grecką parafrazę *Instytucji* Justyniana, zmienił w wielkim stopniu stosunek do jego dzieła. Jacques Cujas swymi badaniami historyczno-filologicznym nad prawem rzymskim zainicjował późniejsze badania nad historią prawa rzymskiego, traktowanego nie jako obowiązujący system prawny, lecz jako pogłębienie wiedzy o świecie antycznym i jego kulturze.

2. Inny nurt humanizmu prawniczego widział w prawie rzymskim instrument dla stworzenia nowoczesnego systemu prawnego. Nieprzejrzysty sposób przedstawienia prawa w źródłach rzymskich utrudniał wykorzystanie osiągnięć rzymskich dla współczesnej praktyki prawnej. Przedstawiciele tego nurtu, jak P. Ramus, J. Coras, J. Bodin pragnęli usystematyzować przedstawienie prawa rzymskiego i tym samym umożliwić jego stosowanie. Wychodzili od idei, wyrażanej przez Cicerona, przedstawienia prawa rzymskiego w sposób zgodny z wymogami systematyki naukowej (*ius civile in artem redactum*). Z tego nurtu wywodzą się późniejsze prace nad nowoczesnymi kodyfikacjami prawa w okresie Oświecenia i w początkach XIX wieku. Prawo rzymskie reprezentowało w tych kodyfikacjach, wyrosłych na gruncie idei prawa natury, mądrość wieków. Wypowiedź jednego z głównych twórców Kodeksu Napoleona J. Portalisa, wedle którego wywodzące się z prawa rzymskiego „dawne maksymy wyrażają ducha wieków” (zob. poniżej s. 219–220).

Wiek XIX cechuje zasadniczo odmienne podejście do prawa rzymskiego. Na gruncie niemieckiej szkoły historycznej wykształca się tzw. „pandektystyka” (głównie niemiecka), dla której rzymskie prawo justyniańskie i wyrosła na jego gruncie doktryna były systemem prawa aktual-

nie obowiązującym, wyrosłym na gruncie historycznych przemian prawa w Niemczech. Powolność prac nad niemieckim kodeksem cywilnym była spowodowana m.in. rozwojem pandektystyki. Klasycy szkoły pandektów C.F. Glück, A. Brinz, H. Dernburg, B. Windscheid, oderwali prawo rzymskie od jego historycznych źródeł, tworząc na podstawie źródeł prawa rzymskiego zamknięty system prawny nadający się do stosowania w warunkach współczesnych.

Wejście w życie 1 stycznia 1900 r. niemieckiego kodeksu cywilnego (BGB) podcięło rację bytu pandektystyki, traktowanej jako współczesne prawo rzymskie. Zdawać by się mogło, że fakt ten stanowił ostateczny koniec pandektystyki. Mimo to metoda pandektystyczna pokutuje stale w badaniach i studiowaniu prawa rzymskiego. Również i dzisiejsze podręczniki prawa rzymskiego często oparte są na systemie pandektowym. Przyczyniają się one do stworzenia abstrakcyjnego obrazu prawa rzymskiego traktowanego jako spójny system prawny, który mógłby być stosowany i dziś.

W XIX wieku rozwijały się również badania prawa rzymskiego, w których wykorzystywano metodę filologiczną i historyczną. Zaczęto w nich uwzględniać źródła epigraficzne i papirologiczne. Wielkie znaczenie dla późniejszego rozwoju tego rodzaju badań miało odkrycie w roku 1818 tekstu *Instytucji* Gaiusa. Nastąpił zwrot do badań nad prawem klasycznym z zastosowaniem źródeł przedjustyniańskich, prawniczych i pozaprawnych. Prawo rzymskie stało się częścią nauki o starożytności. Prace edytorskie i źródłoznawcze Th. Mommsena, C. Bruns, O. Lenela, P. Krügera przyczyniły się do rozwoju badań nad klasycznym prawem rzymskim z jednoczesnym deprecjonowaniem prawa justyniańskiego. Przejawem tej tendencji jest rozwój badań nad interpolacjami, wypaczony w początku XX wieku przez tzw. „polowania na interpolacje” (*Interpolationenjagd*). Prace G. Beselera czy E. Albertario mogą być klasycznym przykładem tego kierunku studiów nad prawem rzymskim.

To podejście do prawa rzymskiego – pomimo jego dążenia do poznania historycznych warstw prawa rzymskiego – nie sprzyjało w rzeczywistości badaniom o charakterze integracyjnym. Prowadziło ono do traktowania klasycznego prawa rzymskiego jako systemu doskonałego, a jurystów rzymskich jako *personae fungibiles*. Było ono nawrotem do idei G. Leibniza, przejętej przez F. Savigny’ego, że prawo rzymskie jest swego rodzaju doskonałością geometryczną.

W XX wieku w badaniach nad prawem rzymskim zmniejsza się znaczenie metody interpolacjonistycznej i pandektystycznej. Zaczyna

się uwzględniać w znacznie większym stopniu źródła pozaprawne oraz sięgać do badań nad genezą rzymskich instytucji prawnych i ustrojowych, a także stosować metody socjologiczne i strukturalne. Ta tendencja badawcza, której typowym przedstawicielem był np. H. Lévy-Bruhl, zbliżała studia romanistyczne bardziej do zainteresowań historyków niż prawników.

W badaniach nad prawem rzymskim źródła historyczne i archeologiczne uwzględnia dziś przede wszystkim znaczna część romanistów włoskich. Specyficzna sytuacja włoska (gdzie obok przedmiotu „Instytucje prawa rzymskiego”, pomyślanego jako wprowadzenie do podstawowych pojęć prawa prywatnego, jako obowiązkowy przedmiot nauczania istnieje również „Historia prawa rzymskiego” oraz obowiązkowe wykłady monograficzne – „Corso”) sprzyja rozwojowi badań nad historią rzymskiego systemu prawnego. Przykładem takiego podejścia do badań romanistycznych mogą być prace podejmowane z inspiracji badaczy skupionych wokół włoskiego Centro romanistico Copanello.

Integracyjne podejście do prawa rzymskiego reprezentują również badania nad różnymi systemami prawnymi świata antycznego. Badania nad historią prawa greckiego, praw hellenistycznych i innych ludów bliższego wschodu (zapoczątkowane przez L. Mitteis, kontynuowane przez L. Wengera, P. Koschakera, R. Taubenschläga) uwzględniając wzajemny wpływ praw antycznych, pokazywały również wyjątkową pozycję rzymskiego systemu prawnego.

W ostatnich latach rozwinęły się badania nad prawem rzymskim traktowanym jako podstawa rozwoju szeroko pojętej kultury prawnej i recepcji w prawie. Badania te zbliżają się nie tylko do współczesnych dyscyplin, głównie prawa prywatnego, lecz również do filozofii prawa, prawa karnego, prawa publicznego.

W odniesieniu do prawa rzymskiego odpowiedź na pytanie „integracja czy specjalizacja?” jest niezmiernie trudna. W dużej mierze wiąże się ona z miejscem tego przedmiotu w uniwersyteckim nauczaniu prawa.

5. Greckie wpływy na powstanie ustawy XII tablic (na marginesie glosy Accursiusa do D.1,2,2,4)⁴¹

Zagadnienie wpływu greckiego na powstanie i treść ustawy XII tablic pojawiało się wielokrotnie w przekazach autorów rzymskich⁴². Liwiusz pisał o wysłaniu delegacji do Aten w celu zapoznania się z tamtejszym ustawodawstwem⁴³. O bezpośrednim wpływie greckim na powstanie ustawy i jej treść pisali: Dionisios z Halikarnasu⁴⁴, Cicero⁴⁵, Gaius⁴⁶, nie wspominając o analogiach, na które powołują się inni pisarze starożytni.

Pomponius, w słynnym fragmencie swego *Enchiridionu* (D.1,2,2,3–4) traktującym o historii prawa rzymskiego, pisze o wpływie praw miast greckich na ustawę XII tablic. Nie powtarza on jednak wersji o wysłaniu delegacji do Aten. Relacja Pomponiusza brzmi następująco: „Po wygnaniu królów, te wszystkie ustawy (*scil.* ustawy królewskie) zostały zniesione ustawą wniesioną przez trybunów i naród rzymski zaczął się rządzić raczej niepewnym prawem i zwyczajem niż prawem ustawowym, co trwało prawie 20 lat. Potem, aby nie podtrzymywać dłużej takiego stanu, władza publiczna zdecydowała się ustanowić dziesięciu mężów, którzy mieli prosić miasta greckie o wzory ustaw, aby państwo mogło opierać się na ustawach. Ustawy te spisano na tablicach dębowych⁴⁷ i złożono pod mównicą, aby mogły być łatwo dostęp-

⁴¹ Prawo Kanoniczne. Kwartalnik Prawno-Historyczny 1994, nr 3–4, s. 39–45.

⁴² Zestawienie źródeł zob. G. Crifò, *La legge delle XII tavole. Osservazioni e problemi* (w:) ANRW, cz. I, 2, Berlin–New York 1972, s. 125 i n. W najnowszej literaturze polskiej zob. M. i J. Zabłoccy, *Ustawa XII tablic. Tekst, tłumaczenie, objaśnienia*, Warszawa 2000.

⁴³ Titus Livius, 3,31–34.

⁴⁴ Dionisios z Halikarnasu, *Antiquitates Romanae* 10, 51; 52; 56; 57.

⁴⁵ Cicero, *De legibus*, 2,59 oraz 2,64.

⁴⁶ D.10,1,13 oraz D.47,22,4.

⁴⁷ W tekście *in tabulas eboras* („z kości słoniowej”). Było zapewne *reboreas* („z drzewa dębowego”). Słowo *eboras* występowało w *Lettera Fiorentina*.

ne. Na ten rok dano decemwirom najwyższą władzę w państwie, aby mogli poprawiać ustawy, gdyby to było niezbędne, jak również je interpretować. Od ich decyzji nie było możliwości odwołania, tak jak od decyzji pozostałych urzędników. Sami decemwirowie jednak dostrzegli, że tym pierwszym prawom coś brakuje, dlatego też w następnym roku, do istniejących tablic dodali jeszcze dwie dalsze. W ten sposób przez przypadek ustawy te zostały nazwane prawem XII tablic. Projekt przedstawił decemwirom, jak się podaje, niejaki Hermodorus, który z Efezu uciekł do Italii⁴⁸.

Accursius, w *Glossa ordinaria* do powołanego tekstu Pomponiusza⁴⁹, wyjaśnia następująco relację o przekazaniu Rzymianom przez Greków tekstu ustawy XII tablic: „Grecy wysłali do Rzymu mędrca, aby przeprowadził z Rzymianami dyskusję i na jej podstawie doszedł do wniosku, czy Rzymianie dojrżeli już do przygotowanych dla nich praw. Rzymianie wyznaczili do dyskusji z Grekiem przygłupiego. Rozumowali bowiem chytrze, że jego ewentualna porażka nie przyniesie im ujemy”. Dyskusja ta odbywała się na migi, gdyż strony nie znały wspólnego języka. Miała ona – wedle glosy – przebieg następujący: „Grek podniósł najpierw jeden palec, co miało ozna-

⁴⁸ D.1,2,2, (Pomponius, *libro secundo enchiridii*): 3. *Exactis deinde regibus lege tribunicia omnes leges hae exoleverunt iterumque coepit populus Romanus incerto magis iure et consuetudine aliqua uti quam per latam legem, idque prope viginti annis passus est. 4. Postea ne diutius hoc fieret, placuit publica auctoritate decem constitui viros, per quos peterentur leges a Graecis civitatibus et civitas fundaretur legibus: quas in tabulas eboreas perscriptas pro rostris composuerunt, ut possint leges apertius percipi: datumque est eis ius eo anno in civitate summum, uti leges et corrigerent, si opus esset, et interpretarentur neque provocatio ab eis sicut a reliquis magistratibus fieret. Qui ipsi animadverterunt aliquid deesse istis primis legibus ideoque sequenti anno alias duas ad easdem tabulas adiecerunt: et ita ex accedenti appellatae sunt leges duodecim tabularum. Quarum ferendarum auctorem fuisse decemvirum Hermodorum quendam Ephesium exulantem in Italia quidem rettulerunt.*

⁴⁹ Accursii, *Glosa in Digestum vetus* (ad D.1,2,2,4): *Constitui: Quorum sunt in decre. dis. VII. C II antequam hoc fieret, miserunt Graeci Romam quendam sapientem, ut exploraret an digni essent Romani legibus. Cum Romam venisset, Romani cogitantes quod poterat fieri quendam stultum ad disputandum cum Graeco posuerunt: ut si perderet tantum derisio esset Graecis. Qui sapientes nutu disputare coepit. Et elevavit unum digitum, unum deum significans. Stultus credens, quod vellet eum uno oculo excaecare, elevavit duos, et cum eis elevavit etiam pollicem, sicut naturaliter evenit, quasi caecare eum vellet utroque. Graecus autem credidit, quod trinitatem ostenderet. Item Graecus apertam manus ostendit, quasi ostenderet omnia nuda et aperta Deo. Stultus autem timens maxillatam sibi dari, pugnum clausum, quasi repercuturum levavit. Graecus intellexit, quod Deus omnia cederet palma. Et sic credens Romanos legibus recessit, et leges his sapientibus concedi fecit in civitate Athenarum et Lacedaemonum. Ut Instit. De iure naturali § Et non in eleganter (= I.1,2,10) sic ergo a Graecis habuerunt originem, sicut et quaelibet scientia: ut in sui tractatus principio Priscianus testatur. Verum est tamen hanc dispositionem legum in Latino prius fuisse conscriptam: ut optime probatur C. De vete. iur. enuclean. I.II § hoc autem (= C.1,17,21). Accursii, *Glossa in Digestum Vetus* (Corpus Glossatorum Iuris Civilis, t. 7, Curante Iuris Italici Historiae Institutio Taurinensis Universitatis. Rectore ac Moderatore Mario Viora, Augustae Taurinorum 1969, s. 8). Tekst odczytany z pomocą wydania: *Corpus iuris civilis prudentium responsa caesarumque rescripta complectens. In quatuor tomos distributum (...) praeter Accursii glossas clarissimorum iuris-consultorum (...) observationes (...), t. 1, Lugduni 1600, s. 20.**

cząć, że wierzy w jedyne Boga. Rzymianin zrozumiał ten gest, iż Grek chce mu wykluć jedno oko. Podniósł więc dwa palce, wraz z wystającym kciukiem. Miało to oznaczać, iż chce wykluć Grekowi dwoje oczu. Ten ostatni zrozumiał jednak, że Rzymianin, zgadzając się z twierdzeniem, że Bóg jest jeden, pragnął dodać, że jest On w trzech osobach. W odpowiedzi na to stwierdzenie Grek pokazał otwartą dłoń, co miało oznaczać, iż wszystko jest znane Bogu. Rzymianin zrozumiał ten gest jako zamiar uderzenia go ręką na odlew. Pokazał więc Grekowi zaciśniętą pięść co miało oznaczać, iż gotów jest bronić się pięścią. Grecki mędrzec zrozumiał jednak ten gest jako stwierdzenie, iż Bóg trzyma w swej dłoni ludzkie losy i rządzi wszelkimi ludzkimi sprawami". Po tej uczonej i pełnej wzajemnego zrozumienia dyspacie wysłannik grecki doszedł do wniosku, że Rzymianie są już dostatecznie rozwinięci i nadają się do przyjęcia przygotowanych dla nich praw⁵⁰.

Opowiadanie to może być traktowane jako ilustracja braku jakiejkolwiek perspektywy historycznej u średniowiecznych glosatorów, którzy traktowali źródła rzymskie jako teksty odpowiadające realiom ich własnych czasów i pojęć. Może być też ilustracją żywotności tak często i dziś jeszcze opowiadanych anegdot⁵¹.

Glosa Accursiusa jest chyba pierwszym znanym nam ustosunkowaniem się późniejszych autorów do rzymskiej tradycji w odniesieniu do wpływu greckiego na powstanie ustawy XII tablic.

Jeszcze mniej niż glosatorzy zainteresowani historią prawa rzymskiego byli ich następcy – komentatorzy. Jest rzeczą charakterystyczną, że Bartolus nie zajmuje się w ogóle tytułem drugim pierwszej księgi *Digestów* – *De origine iuris et omnium magistratuum et successionem prudentium*⁵². Baldus przedstawia ten tytuł bardzo skrótowo i nie pisze nic o ustawie XII tablic⁵³.

Wersja o wysłaniu delegacji do Aten i zaczerpnięciu stamtąd wzoru do ułożenia ustawy XII tablic nie była kwestionowana przez autorów

⁵⁰ W dalszym ciągu glosa nawiązuje do wspomnianego w *Instytucjach* justyniańskich podziału prawa na pisane i niepisane. Podział ten miałby pochodzić z Aten i ze Sparty (I. 1,2,10).

⁵¹ Przed kilkunastu laty prowadziłem wykłady w Uniwersytecie w Camerino. Podczas jednego z wykładów zreferowałem studentom włoskim omawianą glosę. Po wykładzie podeszła do mnie studentka pochodząca z małego miasteczka z okolic Camerino i powiedziała, że w zeszłym tygodniu odbywało się w domu jej rodziców przyjęcie z okazji chrztu jej małego braciszka. Na przyjęciu tym był obecny ksiądz kapucyn z pobliskiego klasztoru. Opowiadał on podobną anegdotę, której bohaterami byli dwaj zakonnicy: kapucyn i dominikanin.

⁵² Por. Bartolus a Saxoferrato, *In primam ff veteris partem*, Venetiis 1680, s. 14–15.

⁵³ Por. Baldi Ubaldi Perusini, *In primam Digesti veteris partem commentari*, Venetiis 1599, s. 16–17.

humanistów. Rivalius, przyjmując bez zastrzeżeń liwiańską relację, uzupełnia ją analizą podobieństw niektórych przepisów ustawy XII tablic z jej wzorami greckim⁵⁴. Hotomanus oraz Balduinus piszą szczegółowo o delegacji rzymskiej wysłanej do Aten i innych miast greckich. Podają też nazwiska greckich mężów stanu, z którymi delegacja ta miała się spotkać⁵⁵.

Rittershusius, wspominając o wysłaniu delegacji do Aten, Sparty i miast wielkiej Grecji wyśmiewa jednak naiwność przedstawionej przez Accursiusa bajki o dyskusji na migi między Grekiem i Rzymianinem oraz naiwność tych, którzy jej uwierzyli⁵⁶.

Jeszcze w końcu XVI wieku wielki humanista Justus Lipsius wierzył w pełni w tradycję wysłania poselstwa do Aten, a jego opinia była powszechnie podzielana⁵⁷.

Jacobus Gothofredus, pierwszy odtwórca układu ustawy XII tablic stosujący nowoczesne kryteria rekonstrukcji, nie zajmuje stanowiska co do wiarygodności przekazów o wpływie greckim. Przedstawia on jedynie, bez komentarza, wypowiedzi starożytnych pisarzy co do historii powstania ustawy⁵⁸. W wydaniach *Digestów* komentowanych przez Dionisiusa Gothofredusa, interesujący fragment glosy Accursiusa nie został już powołany⁵⁹.

Poczynając od XVIII wieku kwestia wpływu greckiego na powstanie ustawy XII tablic zaczęła być traktowana z dużo większą rezerwą. Krytyczne spojrzenie na tradycję dotyczącą wysłania poselstwa do Grecji reprezentuje dopiero neapolitański filozof i historyk z wieku Oświecenia – Gianbattista Vico. Autor ten uważał, że relację o wysłaniu poselstwa do Aten można uważać za bajkę wymyśloną w czasach znacznie późniejszych, bajkę, której nie znał jeszcze Polibiusz, a którą stworzył dopiero Liwius w czasach Augusta⁶⁰.

⁵⁴ Aymarii Rivalli, *Iuris civilis historiae* (w:) *Tractatus uniuersi iuris*, t. 1, Venetiis 1634, s. 5 in verso.

⁵⁵ Franciscus Hotomanus, *De legibus XII tabularum. Tripartita commentatio*, Lugduni 1564, s. 3–5; Franciscus Balduinus, *Commentarii de legibus XII tabularum*, 3 ed., Basileae 1557, s. 3–6.

⁵⁶ Conradus Rittershusius, *Dodecadeltos, sive in duodecim tabularum leges commentarius novus*, Argentorati 1616, s. 3–4: *Sed illa Accursii et Marantae fabella nos monere debet, quantis in tenebris versantur qui antiquitatis cognitione destituuntur. Hi enim quasvis fabulas pro historiis communicunt, et tradunt pariter atquem accipiunt: quod Accursio et eius sequacibus cum hic, tum alibi accidisse videmus.*

⁵⁷ Por. S. Mazzarino, *Vico, l'annalistica e il diritto*, Napoli 1971, s. 59.

⁵⁸ Jacobus Gothofredus, *Fontes quattuor iuris civilis in unum collecti, puta legis XII tabularum fragmenta*, Genevae 1613, s. 3–25.

⁵⁹ Na jego miejscu znajduje się zdanie: *Atheneniensibus maxime: quorum legislatores Draco & Solon. Diodor, Livius 1, Harmonopol 1 § 3.*

⁶⁰ G. Vico, *La scienza nuova seconda*, ... a cura di F. Nicolini, Bari 1953, parte I, s. 106, 25; parte II, s. 281 i n.

Argumentami przeciwko przyjmowaniu istnienia takiego wpływu były: 1) brak w V wieku p.n.e. stosunków kulturalnych Rzymu z Atenami; 2) istnienie wyraźnych przekazów źródłowych o wpływie nie Aten, lecz miast greckich (argumentem była tu relacja Pomponiusza przekazana w Digestach); 3) zbieżności pomiędzy normami ustawy XII tablic i przepisami ustawodawstwa Solona, o których wspominają Cicero i Gaius, mogły być przypadkowe, a ich tłumaczenie recepcją myśli greckiej mogło wynikać z mody na kulturę grecką w społeczeństwie rzymskim w początkach pryncypatu⁶¹. Konsekwentne stanowisko krytyczne wobec tradycji o wpływie greckim na powstanie ustawy XII tablic reprezentuje Edoardo Volterra⁶².

Współczesna doktryna nie podchodzi, na ogół, w sposób nazbyt krytyczny do tradycji o wysłaniu delegacji rzymskiej do Grecji. Włoski historyk Mazzarino pisze, iż tradycja ta jest dyskusyjna, ale zapewne niezbyt daleka od prawdy⁶³. Wieacker dopuszcza możliwość wysłania delegacji rzymskiej do Aten (lub też raczej do miast wielkiej Grecji), w celu poznania stosowanych tam praw⁶⁴. Wedle De Martino wysłanie delegacji mogło mieć jedynie znaczenie w celu odroczenia rozstrzygnięcia sporu między patrycjuszami i plebejuszami⁶⁵. Schulz uważał, że nawet, gdyby przyjąć, że ustawa XII tablic stanowiła twór specyficznie rzymski, to i tak można by mówić o silnym wpływie greckim: przejawiał się on nie tylko w poszczególnych rozwiązaniach prawnych, lecz przede wszystkim w samej idei kodyfikacji, tak bardzo obcej mentalności prawnej Rzymian⁶⁶.

Celem powyższych uwag nie było stawianie żadnych nowych rozwiązań teorii o poselstwie rzymskim wysłanym do Aten czy też innych miast greckich, ani też wyczerpująca ocena dotychczasowej literatury⁶⁷. Autor chciał jedynie pokazać, że w historiografii dotyczącej ustawy XII tablic pewne wątki powracają wciąż na nowo.

⁶¹ Zob. np. E. Pais (*Ricerche sulla storia e sul diritto pubblico a Roma*, Roma 1915, s. 147), który swą argumentację traktuje w kontekście znanej tezy o nieautentyczności ustawy XII tablic.

⁶² Zob. E. Volterra, *Diritto romano e diritti orientali*, Bologna 1937, s. 173–222.

⁶³ Zob. S. Mazzarino, *Il pensiero storico classico*, t. 1, Bari 1966, s. 202.

⁶⁴ Zob. F. Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte. Quellenkunde, Rechtsbildung, Jurisprudenz und Rechtsliteratur*, 1 Abschn., München 1988, s. 302–304.

⁶⁵ Zob. F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, 2 ed., t. 1, Napoli 1971, s. 299, 304.

⁶⁶ Zob. F. Schulz, *Prinzipien des römischen Rechts*, München 1934, s. 4 i n. Por. też I.1,2,10: *Et non ineleganter in duas species ius civile distributum videtur. Nam origo eius ab institutis duarum civitatum, Athenarum scilicet et Lacedaemonis, fluxisse videtur: in his enim civitatibus ita agi solitum erat, ut Lacedaemonii quidem magis ea, quae pro legibus observarent, memoriae mandarent, Athenienses vero ea, quae pro legibus observarent, memoriae mandarent, Athenienses vero ea, quae in legibus scripta reprehendissent, custodirent.*

⁶⁷ Omówienie literatury zob. G. Crifò, *La legge...*, s. 115–133.

6. *Ius commune europaeum* – uwagi na marginesie książki Mario Caravale, *Alle origini del diritto europeo*⁶⁸

We współczesnych dyskusjach nad historią i perspektywami wspólnego prawa Europy oraz nad programami studiów prawniczych używany jest często termin *ius commune* („prawo wspólne”, „prawo powszechne”), niekiedy z dodatkiem *europaeum*. Dla niektórych *ius commune europaeum* ma stanowić wyłączny system prawny, do którego muszą odnosić się „poszczególne”, „własne” prawa (*ius proprium*, *ius particolare*) różnych wspólnot i państw. Historyczne rozumienie terminu *ius commune* jest jednak różne. Jak słusznie pisze Mario Ascheri, w programach nauczania prawa nie powinno się mówić o historii prawa wspólnego (powszechnego) Europy, lecz o historii „praw wspólnych” w Europie, zależnie od czasu i miejsca⁶⁹

Zagadnienie *ius commune*, jako źródła prawa europejskiego, podjął ostatnio Mario Caravale⁷⁰, profesor historii prawa Uniwersytetu w Rzymie (*La Sapienza*), w książce „O początkach prawa europejskiego”. Książka ta została zaprezentowana przez prof. Mario Talamankę podczas sesji na Uniwersytecie w Neapolu w dniu 25 czerwca 2005 r.

Mario Caravale podejmuje wątek różnych znaczeń i treści terminu „prawo powszechne” (*ius commune*) i stara się odnaleźć jego rzeczywiste znaczenia i stosunek do praw własnych w różnych etapach historii i w różnych warunkach historycznych i politycznych.

⁶⁸ Europejski Przegląd Prawa 2005, nr 6, s. 111–119.

⁶⁹ Por. M. Ascheri, *La lotta per il nomos dell'Europa* (w:) *Le radici comuni del diritto Europeo. Un cambiamento di prospettiva*, Roma 2005, s. 11 i n.

⁷⁰ M. Caravale, *Alle origini del diritto europeo. Ius commune, droit commun, common law nella dottrina giuridica della prima età moderna*, Bologna 2005, s. 254.

W połowie ubiegłego stulecia włoski historyk prawa, Francesco Calasso (w swym klasycznym dziele „Wprowadzenie do prawa powszechnego”) wyodrębnił trzy fazy historyczne kształtowania się pojęcia *ius commune*⁷¹:

Pierwsza, określana „okresem prawa powszechnego obowiązującego bezwzględnie” (*periodo del diritto commune assoluto*), charakteryzowała się dominacją *ius commune* nad innymi źródłami prawa, których skuteczność zależała od ich zgodności z tak rozumianym prawem powszechnym. Okres ten przypadął na wieki XII i XIII.

Druga, zwana „okresem prawa powszechnego subsydiarnego” (*periodo del diritto commune sussidiario*), charakteryzowała się traktowaniem *ius commune* jako powszechnego porządku prawnego, do którego powinny odnosić się poszczególne systemy prawne (*ius proprium*). Okres ten przypada na wieki XIV i XV.

Trzecia, zwana „okresem szczególnego prawa powszechnego” (*periodo del diritto commune particolare*), charakteryzowała się stanowieniem prawa przez władcę, personalizującego państwo. *Ius commune* traktowane było jako zbiór zasad, do których władca może się odnieść pomocniczo przy tworzeniu prawa. Okres ten – wedle Calasso – rozpoczął się w wieku XVI i trwał aż do czasu wielkich XIX-wiecznych kodyfikacji.

Mario Caravale, nawiązując do klasyfikacji Calasso, przyjmuje jednak odmienne jej kryteria. Podkreśla, że termin *ius commune* rozumiany był różnie i nie stanowił określonej kategorii. Użycie tego terminu wiązało się ze specyficznymi uwarunkowaniami historycznymi i politycznymi. Mario Caravale wyróżnia trzy odrębne kategorie *ius commune*: *ius commune romano canonico*, *droit commun coutumier* oraz *common law*. Każda z tych trzech kategorii winna być rozpatrywana w odniesieniu do specyficznych warunków, w których powstawała⁷².

1. *Ius commune romano canonico* tworzyło się we Włoszech na gruncie tradycji interpretowania norm prawa justyniańskiego, uzupełnianej interpretacją wywodzącą się z prawa kanonicznego. Prawo powszechne rzymsko-kanoniczne wzięło swój początek od XI- i XII-wiecznej szkoły glosatorów i było rozwijane przez ich następców, XIII- i XIV-wiecznych, komentatorów. Do łączności tych dwóch systemów prawa przyczyniały się również ówczesne studia uniwersyteckie, łączące studiowanie prawa

⁷¹ F. Calasso, *Introduzione al diritto commune*, Milano 1951, s. 125 i n.

⁷² Zob. M. Caravale, *Alle origini del diritto europeo...*, s. 9 i n.

cywilnego (rzymskiego) ze studiami nad prawem kanonicznym: tytułem akademickim był *doctor utriusque iuris*.

Mario Caravale dokonuje krytycznego przeglądu różnych teorii dotyczących stosunku rzymskiego prawa justyniańskiego i prawa kanonicznego, tworzących „prawo powszechne rzymsko-kanoniczne”.

Tak rozumiane prawo powszechne, niezależnie od tego czy było ono stosowane przez poszczególne wspólnoty (gminy), książąt, czy cesarza, było traktowane jako wyraz najwyższego rozumu, jako przejaw objawienia bożego, ogłoszonego wolą suwerena. Było ono pojmowane jako wyższe ponad wszelkie normy pozytywnego prawa ludzkiego. Miało to być prawo kompletne i niezienne, które wola władcy (traktowanego jako kontynuatora *imperium romanum*) mogła jedynie zawiesić, ale nie abrogować.

Według prawnika z Brescii, Stefano Federici, zarówno prawo cywilne, jak i kanoniczne, było wyrazem woli bożej, tłumaczonej przez prawników, zwanych „arbitrami słuszości”⁷³. Tak rozumiane prawo rzymsko-kanoniczne zawierało ogólne kategorie teoretyczne, których znaczenie przejawiało się w doktrynie prawnej i w orzecznictwie sądowym. Prawo powszechne, w swej warstwie rzymskiej, powstawało poprzez długotrwałą tradycję interpretacyjną norm prawa justyniańskiego. Tak stworzone normy prawa rzymskiego i kanonicznego były jednak rozumiane jako prawo wyższe nad prawa szczególne. Wedle Rogeriusa nie mogły być one derogowane przez władze niższe niż papież i cesarz⁷⁴.

W historii kultury prawnej Europy interpretacja rozwijana na gruncie prawa justyniańskiego i prawa kanonicznego stanowiła najcenniejszy dorobek prawa powszechnego. Dzięki interpretacji prawo justyniańskie mogło przedstawiać się jako prawo powszechne niewymagające odesłania

⁷³ Stefano de Federici, *De interpretatione legum* (cytowany przez M. Caravale, *Alle origini del diritto europeo...*, s. 29–30): (...) *at leges civiles, et iura canonica condita et promulgata sunt a maioribus, et prudentioribus nostris: nam leges civiles a Deo per ora principum dicuntur esse promulgatae* (...) *Item per Iuriconsultos, qui arbitri aequitatis vocati sunt* (...) *ergo a legibus civilibus et canonicis non est recedendum*.

Por. też Fortunius Garcia de Erzilla, *Tractatus Universi Iuris*, (cytowany przez M. Caravale, *Alle origini del diritto europeo...*, s. 28–29): *Dicebat Aristoteles in ethica quod cum natura homo sit animal sociabile, civitas est vera communitas secundum naturam, et ideo leges civiles cum deriverentur a lege naturae, quae cum sit quaedam participatio legis aeternae* (...) *recte dicitur divina* (...) *haec participatio communis est ad legem canonicam et civilem, a lege enim naturae, et a lumine vultus Dei utraque procedit* (...) *Nam de amicitia naturali iura tradita sunt, et ea est necessaria ad commune bonum quae civilis, divina, et naturalis est* (...).

⁷⁴ Constantinus Rogerius, *Tractatus de legis potentia* (cytowany przez M. Caravale, *Alle origini del diritto europeo...*, s. 37): *Et breviter dico, quod inferiores a Papa, vel Imperatore non possunt rescibendo iuri communi derogare: quia inferior legem superioris tollere non potest* (...) *Plus dico, quod nec possunt statuendo aliquid contra ius commune disponere*.

do żadnego innego prawa⁷⁵. W tym rozumieniu średniowieczna doktryna prawna zajmowała się przede wszystkim uporządkowaniem prawa i stworzeniem jego pewności.

Doktryna prawna *mos italicus*, będąca przejawem tego rodzaju podejścia, wyrażała późnośredniowieczną ideę prawa justyniańskiego jako prawa powszechnego, uzupełnianego przez interpretację glosatorów i komentatorów⁷⁶. Można tu przytoczyć bolońskiego prawnika Pietro Andrea Gambaro. Podkreśla on, że ponieważ ustawa nie może przewidzieć wszystkich przypadków, konieczna jest jej interpretacja, wyprowadzająca uzasadnienia i argumenty prawne wynikające z prawa stanowionego⁷⁷.

Prawo powszechne rzymsko-kanoniczne rozwijało się głównie w średniowiecznej Italii. Było kontynuowane również przez późniejszych pisarzy reprezentujących *mos italicus iura docendi*. Mario Caravale, pomimo uniwersalnego sposobu rozumienia prawa powszechnego rzymsko-kanonicznego, widzi też pewne różnice jego traktowania na terenie Włoch północnych i południowych⁷⁸.

2. *Ius commune* zwyczajowe (*droit romain coutumier*), poczynając od XV wieku, było rozwijane głównie przez prawników francuskich. Prawo powszechne we Francji, posługującej się niezliczoną ilością praw zwyczajowych, nie miało jednak w tym kraju znaczenia prawa obowiązującego. Było ono traktowane jako *ratio scripta*, do której interpretatorzy, sędziowie i legislatorzy mogli odwoływać się, gdy uznali to za niezbędne.

Zwyczaje prawne poszczególnych części królestwa były zawarte w zbiorach, które uzyskiwały aprobatę królewską. Nie traciły one jednak przez to swego charakteru prawa zwyczajowego. *Ius commune* w rozumieniu francuskim nie było traktowane jako prawo wszechogarniające ani jako ostateczne odesłanie. Mogło być ono modyfikowane przez ordonanse suwerena, z możliwością jednak kontroli przez parlamenty królestwa.

⁷⁵ M. Caravale, *Alle origini del diritto europeo...*, s. 27.

⁷⁶ Tamże, s. 36.

⁷⁷ P.A. Gambaro, *De extensionibus* (cytowany przez M. Caravale, *Alle origini del diritto europeo...*, s. 24–25 – z pomyleniem nazwiska w przypisie): *Et quoniam per legem scriptam impossibile est omnes casus comprehendere subintrat legis interpretatio, quae deducendo argumenta et rationes a legibus scriptis, sicut aliae scientiae a suis principis, generat habitum scientificum aperiendo multas conclusiones, et decidendo multa dubia, ex virtute aliarum legum (...).*

⁷⁸ Zob. M. Caravale, *Alle origini del diritto europeo...*, rozdział I zatytułowany: *Natura e funzione dello „ius commune” romano canonico nella dottrina italiana della prima età moderna*, (s. 1–63); rozdział II: *Gli „iura communia” della dottrina napoletana* (s. 65–114).

Rola parlamentów, jako organu ogłaszającego prawa stanowione przez monarchę, stanowiła specyfikę tworzenia prawa we Francji⁷⁹. Charles du Moulin, podobnie jak inni prawnicy francuscy, pisał, że prawo zwyczajowe francuskich prowincji jest ich prawdziwym prawem cywilnym.

Teoretyczna słabość prawa powszechnego we Francji była jednak wzmocniona przez naukę prawa, która stworzyła koncepcję praw podstawowych (*droits fondamentaux*) nienaruszalnych i niezmiennych, ustalonych raz na zawsze. Prawo powszechne w tym rozumieniu (utożsamiane z *ratio scripta*) było traktowane jako norma prawa pozytywnego, niemająca jednak bezpośredniego skutku w zakresie udzielania ochrony prawnej. Miało znaczenie porządkujące różnorodne przepisy królestwa, stwarzało poczucie jego jedności i stabilności prawnej⁸⁰.

Juryści francuscy traktowali często prawo rzymskie jako prawo powszechne⁸¹: w tej części Francji, która rządziła się prawem pisanim było to oczywiste; w części Francji gdzie obowiązywało prawo zwyczajowe (*pays de droit coutumier*), prawo rzymskie było traktowane jedynie jako *raison écrite*⁸².

Mos gallicus iura docendi, który poczynając od XV wieku zaczął przeważać w uniwersytetach francuskich, stanowił nawiązanie do idei powrotu do tekstów klasycznych i odejście od interpretowania przez pisarzy *mos italicus iura docendi* jedynie tekstów justyniańskich. Zresztą sposób podejścia pisarzy *mos gallicus* również nie był jednolity.

Pierwszym włoskim prawnikiem humanistą, który wprowadził nowe metody do nauczania prawa był Andrea Alciato (1492–1550). Jego działał-

⁷⁹ Zob. np. Louis Charondas Le Caron (powoływany przez M. Caravale, *Alle origini del diritto europeo...*, s. 124): *La coustume, encore qu'elle ait force de loy, parce qu'elle est gardée come loy (...), n'est toutefois proprement loy: mais à cause du long consentement que le peuple a donné aux choses introduites par le coustume, elles sont observées, comme si elles avoient esté ordonnées et publiées par le commandement du souverain, soit Monarque, le peuple ou un corps de seigneurs.*

Zob. Charles Du Moulin, (powoływany przez M. Caravale, *Alle origini del diritto europeo...*, s. 131) *Les coustumes des provinces de France, qu'on appelle coutumiers, sont leur vray droit civil, et comun.*

⁸⁰ Zob. M. Caravale, *Alle origini del diritto europeo...*, rozdział 3: „*Droit commun coutumier*”, *diritto romano leggi fondamentali nei giuristi francesi* (s. 115–179).

Por. też pogląd XVIII-wiecznego historyka prawa A. Terrassona (cytowany przez M. Caravale, *Alle origini del diritto europeo...*, s. 140): *Les Loix et les Compilations de Justinien commencèrent à avoir cours en France immédiatement après la decouverte des Pendectes (...) et du temps de Saint Louis on les observoit partout le Royaume, dans les cas où n'étoient point contraires aux Ordonnances de nos Rois et aux Coutumes.*

⁸¹ Zob. np. Charondas Le Caron (powoływany przez M. Caravale, *Alle origini del diritto europeo...*, s. 134): *Plusieurs parlent du droit commun de la France, qu'ils estiment devoir estre entendu pour le droit romain.*

⁸² Por. M. Caravale, *Alle origini del diritto europeo...*, s. 141.

ność naukowa i dydaktyczna odbywała się w znacznej mierze we Francji, w Awinionie i w Bourges. Humanistyczne podejście do nauki prawa rzymskiego określano mianem *mos gallicus iura docendi*.

Wśród reprezentantów francuskiego humanizmu prawniczego można wyróżnić dwa nurty: pierwszy z nich to szkoła humanizmu historyczno-filologicznego: Budé, Baudouin, Hotman, a przede wszystkim Cujas. Poddawali oni źródła prawa rzymskiego analizie filologicznej i historycznej.

Drugi nurt to humanizm systematyczny. Przedstawiciele tego nurtu (Pierre de la Ramée, Jean Coras, Jean Bodin) powoływali się na głoszoną przez Cyserona ideę sprowadzenia nauki prawa *in artem* i przedstawienie go w sposób zgodny z zasadami systematyki naukowej. Zasady wywodzące się z prawa rzymskiego odgrywały w tym przedstawieniu doniosłą rolę.

3. Angielskie *common law* było z kolei traktowane jako prawo powszechne dla całego królestwa. Nie było ono jednak utożsamiane z *ratio scripta*, którą miała wyrażać doktryna prawa powszechnego rzymsko-kanonicznego czy też francuskiego powszechnego prawa zwyczajowego. Angielska nauka prawa pozostawała wierna tradycyjnemu podejściu kazuistycznemu. Była niechętna opracowaniom teoretycznym wykształconym przez interpretacje *ius commune* rzymsko-kanonicznego, czy – tak jak to było we Francji – poszukiwania jego źródeł w tradycji zwyczajowej praw podstawowych dotyczących *status regni*⁸³.

Ciekawe są – przedstawione przez Mario Caravale – rozważania prawników angielskich dotyczące istoty *common law* w systemie prawa angielskiego.

Według powoływanego wielokrotnie przez Mario Caravale Edwarda Coke'a (1549–1634) źródła prawa Anglii składają się z: 1) powszechnego zwyczaju (*common law*), najbardziej ogólnego i najstarszego prawa Królestwa; 2) prawa stanowionego przez statuty i akty parlamentu oraz 3) poszczególnych zwyczajów⁸⁴.

John Cowell (1554–1611) określa stosunek zwyczaju ogólnego i do szczególnego następująco: „Zwyczaj może być ogólny lub szczególny. Ogólny zwyczaj jest przestrzegany w całym królestwie (*Realme*) i jest zwany

⁸³ Zob. rozdział 6 „Il *common law* in Inghilterra” (s. 181–233).

⁸⁴ Zob. E. Coke, *The First Part of the Institutes of the Laws of England*, (cytowany przez M. Caravale, *Alle origini del diritto europeo...*, s. 190, nota 29): *The law of England is divided ... into three parts: 1) the common law, which is the most general and ancient law of the realme (...); 2) statutes or acts of parliament; and 3) particular customs (...)*.

jako wspólne prawo (*Common Right*). Zwyczaj szczególny jest przestrzegany w poszczególnych hrabstwach, miastach, osadach, wsiach i majątkach. Lecz jakkolwiek zwyczaj, który byłby sprzeczny z Prawem lub Rozumem powinien być zniesiony”⁸⁵.

Pisarze angielscy podkreślali często ścisły związek *common law* i rozumu. Doprowadziło to np. Edwarda Coke’a, do uznania tego prawa za *the absolute perfection of the reason*. Jednak „Rozum”, z którego wywodzi *common law* jest to rozum szczególny, stworzony przez pogłębione studia i dłuгоletnie doświadczenie. Rozpoznanie tego „Rozumu” może być jedynie dokonane przez sędziów sądzących w sądach *common law*⁸⁶. *The common law* – jak pisał Coke – *itself is nothing else but reason which is to be understood of an artificial perfection of reason, gotten by long study, observation, and experience, and not of every man’s natural reason; for, Nemo nascitur artifex. The legal reason est summa ratio. And therefore if all the reason that is dispersed into so many several heads, were united into one, yet could he not make such a law as the law in England is; because by many successions of ages it hath been fined and refined by an infinite number of grave and learned men, and by long experience grown to such perfection, for the government of this realme, as the old rule may be justly verified of it, Neminem oportet esse sapientiores legibus: no man out of his own private reason ought to be wise than the law, which is the perfection of reason*⁸⁷.

Odnajdywanie przepisów prawa powszechnego dokonywało się przez sądy *common law*. Mogły one jednak procedować jedynie wtedy, gdy istniała określona podstawa pozwalająca takiej procedury, udzielana przez monarchę – *writ*. Możliwości stosowania odpowiedniej procedury były ustalane enumeratywnie poczynając od XII wieku. Statut westminsterski z 1285 r. określił *writs*, które mogły stanowić podstawę ochrony w zakresie *common law*, starał się też ukrócić możność stosowania nowych podstaw⁸⁸.

⁸⁵ Por. J. Cowell, *The Institutes of the Lawes of England* (cytowany przez M. Caravale, *Alle origini del diritto europeo...*, s. 190, nota 29): *A custome is either general or particuler. A general custome is that which is observed through the whole Realme, and is more properly tearmed by us a common Right. A particuler is that which is in force in divers particuler Counties, Cities, Borroughs, Villages, and Mannors (...) But any custome which is repugnant either to Law or Reason is to be abolished.*

⁸⁶ Zob. M. Caravale, *Alle origini del diritto europeo...*, s. 206.

⁸⁷ Edward Coke (cytowany przez M. Caravale, *Alle origini del diritto europeo...*, s. 207–208).

⁸⁸ M. Caravale, *Alle origini del diritto europeo...*, s. 184.

W tym sensie również prawo stanowione przez decyzje parlamentu było traktowane jako prawo sądowe, gdyż parlament był najwyższym sądem królestwa, mającym prerogatywy sędziowskie⁸⁹.

Obok wymiaru sprawiedliwości sprawowanego przez sądy *common law*, poczynając od XIV wieku, zaczął działać królewski Sąd Kanclerski (*Court of Chancery*), Sąd Admiralicji (*Court of Admiralty*) oraz oddzielony w początku wieku XVI z królewskiej *Privy Council* jako *Star Chamber*. Sądy te orzekając na zasadzie *equity* stosowały normy procesowe wywodzące się z prawa rzymsko-kanonicznego⁹⁰.

Dlatego też istniały w Anglii dwa rodzaje formacji prawników: obok prawników *common law* (którzy kształcili się w *Inns of Court*, kolegiach organizowanych przez korporacje zawodowe prawników *common law*) istniała też formacja uniwersytecka prawników kształconych *in iure civili* (w Uniwersytetach Cambridge i Oxford). Ci ostatni nie dążyli jednak do recepcji prawa rzymskiego w Anglii, lecz jedynie do zachowania równej pozycji z prawnikami *common law*⁹¹.

Angielscy prawnicy *common law* widzieli wyższość angielskiego *common law* nad jakimkolwiek prawem stanowionym. John Davies (1569–1626) pisał: „*our native common law is far more apt and agreeable than the civil or canon law, or any other written law in the world besides (...) But certain it is, that the great and wise men in the Parliament of Merton (...) made answer with one voice: Nolumus leges Angliae mutari. (...) The realm of England neither had been in former times, nor hereafter should be rule and governed by the civil law*”⁹².

Inny jurysta angielski John Selden (1584–1654) podkreślając, że wprowadzenie po podboju wyspy przez cesarza Klaudiusza zostało tam wprowadzone prawo rzymskie, a w XII wieku nauczał tego prawa Rogerius Vacarius, to jednak już w XIV wieku, za Ryszarda II, Izba Lordów podjęła uchwałę, że prawo rzymskie nie będzie miało zastosowania⁹³. Selden stwierdzał wyraźnie, że „*the common law of England (...) is the ius civile Anglorum*”⁹⁴.

⁸⁹ Por. E. Coke, (cytowany przez M. Caravale, *Alle origini del diritto europeo...*, s. 211–212): *Parliament is the highest and most honourable and absolute court of justice in England, consisting in the king, the lords of Parliament and the commons.*

⁹⁰ M. Caravale, *Alle origini del diritto europeo...*, s. 188.

⁹¹ Tamże, s. 189.

⁹² J. Davies, *Les premier report des case et matters en ley resolues et adiudges en les courts del roy en Ireland* (cytowany przez M. Caravale, *Alle origini del diritto europeo...*, s. 191).

⁹³ J. Selden, *The History of Tytes* (cytowany przez M. Caravale, *Alle origini del diritto europeo...*, s. 193).

⁹⁴ Zob. M. Caravale, *Alle origini del diritto europeo...*, s. 193.

Podstawą obowiązywania *common law* była jego ciągłość w Królestwie od zamierzchłej przeszłości. W tym sensie w ramach tej tradycji mieściły się również zasady interpretacyjne wykształcone na gruncie prawa rzymskiego.

Trudno dziś ustalić jaki będzie ostateczny kształt wspólnego prawa zjednoczonej Europy: czy wpłyną nań bardziej koncepcje wykształcone w kulturze Europy kontynentalnej, wywodzące się z prawa rzymskiego, czy też wykształcone w kulturze prawnej anglo-amerykańskiej. Wydaje się jednak, że dla zrozumienia funkcjonowania przyszłego prawa zjednoczonej Europy niezmiernie ważne jest rozumienie różnorodności znaczeń pojęcia *ius commune* i różnych tradycji prawnych, które formowały kulturę prawną Europy.

Książka Mario Caravale stanowi ciekawy przykład traktowania historii prawa jako podstawy rozumienia różnych tradycji prawnych, które kształtowały kulturę prawną Europy. Autor, odrzucając traktowanie *ius commune* jako jednolitego systemu pokazuje podstawy, na których kształtowały się (i nadal kształtują) europejska kultura i myśl prawna.

7. Historyczne uwarunkowania integracji prawa prywatnego w Unii Europejskiej⁹⁵

W przededniu rozszerzenia Unii Europejskiej coraz częściej pojawia się pytanie jak będzie wyglądać system prawa prywatnego przyszłej zjednoczonej wielkiej Europy. Czy będzie on dążył do pełnej unifikacji tego prawa we wszystkich państwach Unii, czy też jedynie do zbliżania rozwiązań przyjętych w poszczególnych państwach członkowskich. Problem **unifikacji – uniformizacji – harmonizacji** (używając tych terminów jako hasel wywoławczych) jest zagadnieniem kluczowym dla studiów nad rozwojem prawa prywatnego Wspólnoty Europejskiej⁹⁶.

Globalizacja życia gospodarczego, prowadzonego w wielkiej mierze przez ponadnarodowe korporacje, będzie sprzyjać dążeniom do unifikacji przynajmniej niektórych działów prawa dotyczących obrotu gospodarczego (prawo handlowe, bankowe, w pewnym zakresie prawo zobowiązań). Nie znaczy to jednak, by nawet przyjmując jak najdalej idącą globalizację, musiała nastąpić w bliskim czasie pełna unifikacja prawa prywatnego w zjednoczonej Europie⁹⁷.

⁹⁵ *Materiały III Międzynarodowej Konferencji Praw Człowieka* (Olsztyn 29–30 maja 2003 r.), Olsztyn 2004, s. 445–451.

⁹⁶ Por. G. Benacchio, *Diritto privato della Comunità Europea. Fonti, modelli, regole*, Milano 1998, s. 11.

Unifikacja – oznacza nie tylko to, że normy prawne są tworzone przez jeden, wspólny organ ustawodawczy, ale również jednolite stosowanie i interpretację norm prawnych przez organy jurysdykcyjne.

Uniformizacja – przez uniformizację należy rozumieć sytuację, gdy wprowadzone normy prawne są tworzone przez jeden ponadnarodowy organ legislacyjny, jednak ich stosowanie i interpretacja pozostaje w gestii organów jurysdykcyjnych każdego państwa i może zawierać istotne różnice.

Harmonizacja – oznacza tworzenie przez organy legislacyjne każdego państwa własnych norm prawnych, jednakże zbliżonych do siebie, choć mogących różnić się od podstawowego modelu prawnego przewidzianego dla wspólnoty państw.

⁹⁷ Można powołać przykłady niektórych państw federalnych, w których pomimo daleko posuniętej globalizacji nie nastąpiła pełna unifikacja prawa prywatnego (np. USA czy Kanada, gdzie obok systemu prawnego opartego na *Common Law* funkcjonuje, np. w prowincji Quebec, system

Innym możliwym rozwiązaniem jest uniformizacja prawa, która pomimo ujednolicenia prawa przez ponadnarodowy organ legislacyjny, dopuszcza jednak różnice w interpretacji i orzecznictwie w poszczególnych państwach.

Najbardziej prawdopodobnym rozwiązaniem (przynajmniej na najbliższe lata zjednoczonej Europy) będzie harmonizacja prawa, oznaczająca zbliżenie prawa w poszczególnych państwach Wspólnoty, tworzonego jednak przez organy legislacyjne każdego z państw członkowskich. Normy prawne tworzone przez suwerenne organy legislacyjne muszą jednak uwzględniać pewne przyjęte przez wspólnotę zasady. Nie znaczy to jednak, że nie będą się one różnić od podstawowego modelu prawnego przewidzianego dla wspólnoty państw.

W pracach nad zbliżeniem systemów prawnych krajów UE niezbędne będzie zrozumienie pomiędzy prawnikami, którzy będą musieli stosować prawo zunifikowane, zuniformizowane, czy też jedynie zharmonizowane.

Jakie będą podstawy tego zrozumienia?

Na pewno przyczyniać się do tego będzie przepływ studentów korzystających z możliwości zaliczania tzw. „kredytów” (ECTS) w ramach europejskich programów edukacyjnych (program „Socrates”), czy też tworzenia różnych szkół prawa obcego, pomagających zrozumieć podstawy prawa obowiązującego w poszczególnych państwach UE.

Samo poznanie przepisów nie przyczyni się jednak do zrozumienia między prawnikami poszczególnych krajów Wspólnoty Europejskiej. Konieczne będzie znalezienie wspólnych źródeł przyszłego *ius privatum europaeum*.

Czy źródeł tych można poszukiwać w prawie rzymskim, które – jak to się często powtarza – stanowiło jeden z istotnych składników kultury europejskiej? A może należy szukać tych źródeł w prawie anglo-amerykańskim?

W procesie unifikacji prawnej Europy będą współzawodniczyć dwa modele: jeden oparty na prawie rzymskim, drugi na prawie anglo-amerykańskim (tzw. „model śródziemnomorski” i „model atlantycki”). Jako przykład współzawodniczenia między tymi dwoma modelami prawa można przytoczyć zagadnienie zawierania kontraktów i skutków ich nie-

prawa prywatnego wywodzący się z francuskiego *Code civil*). Przykładem może być również Polska w okresie II Rzeczypospolitej, w której pomimo wysiłków Komisji Kodyfikacyjnej, grupującej najtęższe umysły prawników, nie doszło do pełnej unifikacji prawa prywatnego polskiego.

wykonania: w systemie „romańskim” odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania opiera się na określonych przesłankach, wynikających z przepisów prawa; inaczej w prawie „anglo-amerykańskim”, w którym odpowiedzialność za *breach of contract* oparta jest na gwarancjach, szczegółowo określanych w samym kontrakcie. Stąd też kontrakty oparte na modelu anglo-amerykańskim spisywane są na setkach stron i przewidują sankcje odpowiedzialności z tytułu kazuistycznie określonych przyczyn. Ten model zawierania kontraktów staje się coraz bardziej rozpowszechniony również na kontynencie europejskim. Przyczyniają się do tego międzynarodowe firmy prawnicze, oparte na wzorach amerykańskich i z udziałem prawników ukształtowanych w systemie anglo-amerykańskim. W praktyce prawnej Europy kontynentalnej coraz większą rolę zaczynają również odgrywać kontrakty wykształcone w praktyce amerykańskiej, jak np. leasing, factoring, karty kredytowe.

Wykształcone w prawach kontynentalnych, na bazie odpowiedzialności akwiliańskiej, ogólne pojęcie szkody deliktowej konkuruje z systemem odpowiedzialności za poszczególne szkody (*Torts*) w systemach prawnych opartych na *common law*.

Wielu odnosi się z obawą do penetracji *common law* w praktyce Europy kontynentalnej. Wybitny romanista włoski Mario Talamanca⁹⁸ wyrażał jednak pogląd, że nie tyle istotny jest problem czy zostanie przyjęty model „śródziemnomorski” (wywodzący się z prawa rzymskiego), czy model „atlantycki” (oparty o anglo-amerykańskie *common law*), lecz który z tych systemów jest bardziej adekwatny dla rozwiązywania problemów współczesności. Zagadnienie to – wedle Talamanki – winno być rozważone głównie przez historyków prawa. Obydwa systemy (w inny wprowadzicie sposób) zakorzenione w historii prawa mogą być bardziej użyteczne przy tworzeniu prawa europejskiego niż wyłącznie techniczne rozwiązania wprowadzane w „prawie wspólnotowym”.

Tymczasem w świecie współczesnym, gdy jurysta staje się coraz częściej „technikiem prawa”, mniej odczuwa się potrzebę studiowania przedmiotów historyczno-prawnych i innych dyscyplin o charakterze ogólnym. Ograniczane są również studia prawa rzymskiego. W wielu krajach, o wielkiej tradycji tych studiów, zaniechano wykładania prawa rzymskiego na wydziałach prawa, a w innych jest ono coraz bardziej ograniczane. Jakże

⁹⁸ Wypowiedź podczas Convegno „Copanello” w roku 2000. Por. W. Wołodkiewicz, *Czy prawo rzymskie przestało istnieć?*, Kraków 2003, s. 198.

aktualne są i dziś pochodzące z *Encyklopedii* Diderota słowa A.G. Boucher d'Argis'a, który odnosząc się do tak popularnych w XVIII wieku krytyk nauczania prawa rzymskiego pisał: „Ale wbrew tym niedostatkom nie ulega wątpliwości, że to właśnie na prawie rzymskim należy oprzeć naukę prawa i że prawnik, który by poznał tylko prawa swego kraju i nie nauczył się prawa rzymskiego, pozostałby na całe życie człowiekiem powierzchownym. Wydaje nam się zresztą, że ktoś taki w ogóle nie byłby prawnikiem (*jurisconsulte*), lecz tylko miernym praktykiem prawa”⁹⁹.

Nie ulega wątpliwości, że prawo rzymskie jest jednym z elementów kultury antycznej, który wpłynął na świat współczesny. Prawo rzymskie, mocno osadzone w realiach społeczno-gospodarczych państwa, w którym powstało, zawierało także elementy uniwersalne, nadające się do zastosowania również w zupełnie odmiennych warunkach niż te, w których się narodziło. Wpływ prawa rzymskiego na kształt praw współczesnych jest nieporównywalny z wpływem innych prawodawstw antycznych. Wiele ludów starożytnych wniosło wkład w rozwój kulturowy ludzkości, żaden z nich jednak nie przyczynił się do rozwoju prawa w takim stopniu, jak Rzymianie. Stworzone przez nich instytucje, konstrukcje prawne oraz siatka pojęciowa wywarły wpływ na późniejsze dzieje prawa.

Prawo rzymskie przeżyło istnienie państwa, w którym powstało. Wpływało ono na tworzenie prawa w państwach Europy średniowiecznej, nowożytnej i najnowszej.

We współczesnych systemach prawa i w szczegółowych rozwiązaniach tkwi wiele elementów wywodzących się z prawa rzymskiego czy też z rozwiniętej na jego gruncie doktryny. O żywotności tradycji romanistycznej w historycznym rozwoju prawa i w praktyce prawnej, od średniowiecza po czasy współczesne, świadczyć może obecność zaczerpniętych z prawa rzymskiego zasad i sformułowań, zwanych paremiami, regułami, maksymami, brokardami. Z jednej strony pełniły one funkcję podstaw aksjologicznych, na których winno być oparte prawodawstwo, z drugiej nawiązywano do nich przy opracowywaniu poszczególnych rozwiązań prawnych i instytucji, traktując je w tym zakresie jako gotowe instrumentarium techniczne, z którego korzystać można przy tworzeniu i stosowaniu prawa.

Co do znaczenia prawa rzymskiego narosło wiele, często zupełnie sprzecznych, opinii.

⁹⁹ *Encyclopédie...*, t. 5, s. 141 (tłum. według W. Wołodkiewicz, *Prawoznawstwo w poglądach i ujęciu encyklopedystów*, Warszawa 1990, s. 181).