

VIII. PRAWO RZYMSKIE – ŹRÓDŁO INSPIRACJI WIECZNIE ŻYWE

W poprzednich szkicach staraliśmy się przedstawić prawo rzymskie jako dyscyplinę historyczną. Stanowi ono istotny element kultury grecko-rzymskiej. Usiłowaliśmy wskazać także jego związki z filozofią czy filologią. Dotknęliśmy wreszcie, w sposób niesystematyczny, jego wpływów na Europę późniejszą. Teraz chcielibyśmy, *exempli gratia*, ukazać jego rolę inspirującą w studium prawa obowiązującego.

Zagadnienie nowe nie jest. Jawi się przy różnych okazjach, a prawie zawsze, ilekroć dyskutowany jest program studiów prawniczych. Biegunami wyznaczającymi granice dyskusji są: studia praktyczne – przysparzające społeczeństwu „gotowych” urzędników; studia teoretyczne, których absolwenci muszą być kształceni praktycznie w różnych kierunkach po ukończeniu studiów. W społeczeństwach konsumpcyjnych zdobywa sobie poklask pierwsza wersja studiów, w społeczeństwach otwartych, doceniających wartości humanistyczne w wykształceniu, jak np. społeczeństwo polskie, studia mają raczej charakter teoretyczny. *Być czy mieć* jest ważkim argumentem przy konstruowaniu programu. Przy plasowaniu prawa rzymskiego w programach studiów ważą takie racje, jak: że jest ono znakomitą szkołą myślenia prawniczego, ważnym elementem historycznego i humanistycznego wykształcenia, *lingua franca* prawników

ułatwiająca opanowanie prawa cywilnego i handlowego innych krajów Europy, i tym podobne¹. Można by tu zwrócić jeszcze uwagę na konstatację R. von Jheringa², iż Rzym trzykrotnie podyktował światu prawa, trzykrotnie zjednoczył ludy: w jedność państwową w *Imperium* cesarskie, w jedność Kościoła i później w jedność prawa (*ius commune*) w Europie średniowiecznej. W nieuniknionych procesach konsolidacji całego świata ma ono, ze swoją ideą unifikującą, szanse odegrania funkcji elementu integrującego prawa całej planety. Podsuwa model współżycia ludów według swych praw w jednym, obejmującym całą ludność organizmie. To na niedaleką przyszłość.

Tymczasem dziś działa prawnik w dziedzinie ustawodawczej, w orzecznictwie, w nauce. Od opracowanych przez niego norm prawnych, wydanych orzeczeń, koncepcji i teorii naukowych zależy w dużym stopniu jakość życia prawnego społeczeństwa. Różne dziedziny życia regulowane są dziś przy pomocy troskliwie i niejednokrotnie dziesiątki lat opracowywanych aktów zwanych kodyfikacjami. Stanisław Salmonowicz³ rozumie pod tym terminem „zbiór przepisów prawa o charakterze większej całości, mający moc prawa obowiązującego na mocy samoistnego aktu prawnego”. Kodyfikację możemy określić jeszcze inaczej, mianowicie że jest ona zabiegiem, przy pomocy którego na podstawie doświadczeń wczorajszych regulujemy potrzeby jutra. Na ile zda ona egzamin praktyczny, zależy to od wielu czynników, których wszystkich ani nie sposób przewidzieć, ani tym bardziej skatalogować. Sprawa jest skomplikowana, delikatna i trudna. Nawet najlepsza, najstaranniej przy-

¹ Por. J. Sondel, *O współczesnych wartościach prawa rzymskiego*, Przegląd Humanistyczny 20 (1976) 8 s. 85 nn. i tam dalsza lit.

² *Geist* 1 s. 1.

³ *Narodziny nowożytnej myśli kodyfikacyjnej w Europie*, CPH 29 (1977) 1 s. 83.

gotowana kodyfikacja starzeje się przez sam upływ czasu, przestaje odpowiadać potrzebom i wynaturza stosunki, które miała regulować. Nauka prawa i praktyka są niejednokrotnie stawiane wręcz w stan alarmu, by istniejące przepisy do tych nowych zjawisk życia przystosować. Jeśli się to nie udaje, następuje najczęściej spieszne wydawanie coraz to nowych przepisów, następuje inflacja norm prawnych. Wiedział o tym już doskonale św. Tomasz Morus. Obywatele jego *Utopii* mają praw niewiele. Z dezaprobatą patrzą też na te narody, którym nie wystarcza nieskończona ilość ksiąg zapisanych prawem i komentarzami. A za największe zło uważają, jeśli ludzie muszą żyć wedle tylu praw, że ich nie mogą przeczytać, i tak zagmatwanych i niejasnych, że ich nie mogą zrozumieć⁴.

Wśród wielu innych, dwa wszakże, tylko na pozór banalne warunki muszą być spełnione, by kodyfikacja oczekiwań nie zawiodła. Po pierwsze, stopujący prawo powinien je znać, a po wtóre, do jego aplikacji powinien być teoretycznie przygotowany; powinien być zaopatrzony w intelektualne instrumentarium, które pozwoli mu racjonalnie nowe zjawiska w stosunkach gospodarczych, społecznych, politycznych i jakich tam jeszcze upychać w stare formy. Musi być odpowiednio przygotowany do tego, by przezwyciężyć to nieznanne, które nieuchronnie przynosi i przynosić będzie jutro. I to jest pierwsze, i jedno z najważniejszych zadań zarówno dydaktyki uniwersyteckiej, jak i nauki prawa w ogóle.

⁴ *Opera omnia latina* (1689) s. 216: *Leges habent perquam paucas: sufficiunt enim sic institutis paucissimae. Quin hoc inprimis apud alios improbant populos, quod legum interpretumque volumina infinita non sufficiunt. Ipsi vero censent iniquissimum, ullos homines his obligari legibus, quae aut numerosiores sint, quam ut perlegi quaeant, aut obscuriores, quam ut a quovis possint intellegi.*

Wydaje mi się, że pogłębione studia prawa rzymskiego mogą tu być bardzo pomocne.

Współczesne kodeksy cywilne, nawet te najświeższej daty, obejmują bardzo wiele instytucji, które po raz pierwszy zostały naukowo opracowane w prawie rzymskim klasycznym. Dotyczy to wielu urzędzeń prawa rodzinnego, prawa majątkowego czy procesu. To prawda, że jurisprudencja klasyczna, pracując metodą topiczną⁵, dialektyczną, kładła akcenty w pracy naukowej w nieco innych miejscach, niż się to dzieje dziś. W ogólności zorientowana była w swych dociekaniach przede wszystkim na problem⁶, a w dalszej dopiero kolejności na instytucje⁷. Patrzenie instytucjonalne zakiełkowało w literaturze monograficznej, a jej siedliskiem stała się literatura izagogiczna⁸. Doszło ono do głosu w podręczniku Massuriusza Sabinusa *Libri*

⁵ Por. Th. Viehweg, *Topik und Jurisprudenz* s. 26 nn.; F. Horak, *Rationes decidendi* s. 45 nn.; R. Zippelius, *Das Wesen des Rechts* (1965) s. 65 nn.

⁶ Od czasu ukazania się cyt. wyżej książeczki Theodora Viehwega oraz pracy J. Essera, *Grundsatz und Norm* (1956) dzieli się porządku prawne na dwa zasadnicze typy w zależności od tego, czy normy prawne tworzą system, czy też są zestawieniem przypadków. Pierwszy typ prezentują prawa państw Europy kontynentalnej, drugi prawo rzymskie i anglosaskie *case law*. Pierwszemu typowi jest właściwe myślenie raczej aksjomatyczne, wywodzące się od Arystotelesa, polegające na tym, iż ze zdań niedowodliwych (*axiomata*) i pojęć zasadniczych buduje się system na drodze dedukcji logicznej. Dla drugiego typu, pochodzącego od Cycerona, jest charakterystyczne myślenie topiczne. Polega ono na tym, że dla znalezienia rozstrzygnięcia przypadku nie dedukuje się norm z systemu, lecz szuka się w samym przypadku przesłanek rozwiązania. W oparciu o te przesłanki konstruuje się pojęcia, reguły i normy, które ułatwiają znalezienie rozwiązania. Prawnik jest przy tym zorientowany nie na subsumcję stanu faktycznego pod przepis ogólny, lecz na znalezienie prawa przy pomocy dialektyki, dochodzenie do jądra problemu poprzez dyskusję wszystkich *pro* i *contra*. Twierdzi się przy tym, że prawnik zorientowany jest na problem i stąd ten typ myślenia nazywa się problemowym. Por. M. Kaser, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung* jako osobna publikacja i w *Ausgewählte Schriften* 1 (1976) s. 6 nn.

⁷ Por. O. Behrends, ZSS 95 (1978) s. 188 nn.; Th. Mayer-Maly, *Rechtswissenschaft* s. 88 nn.

⁸ Por. F. Schulz, *Geschichte* s. 186 nn.

tres iuris civilis, stało się sposobem przedstawiania materii w podręcznikach Gaiusa, Florentyna, Marcjana i podręczniku justyniańskim. Główne nurty pracy naukowej toczyły się jednakże według porządku, jaki występował w edykcje, i tym gatunku twórczości prawniczej, której na imię było *digesta*⁹.

To dopiero humaniści rozstali się ostatecznie z porządkiem *digestów* i opracowywanie prawa w porządku instytucjonalnym wysunęli na plan pierwszy. Szkoła prawa natury zapoczątkowała prace nad częścią ogólną prawa prywatnego¹⁰. Pandektyści doprowadzili ją do kształtu dojrzałego i ostatecznie stworzyli pięcioczęściowy podział prawa cywilnego, a to część ogólną, prawo rodzinne, rzeczowe, obligacyjne i spadkowe. W obrębie tych działów były przedstawiane poszczególne instytucje. Systematyka pandektowa wywarła wielki wpływ na legislację prawa cywilnego w XX stuleciu, a także na traktaty naukowe, które niejednokrotnie owemu pięcioczęściowemu podziałowi w zupełności czynią zadość.

Od kiedy za sprawą koncyliatorów wyszło prawo rzymskie z auli uniwersyteckiej i celi uczonego, i poczęło się przepierać w obrocie i sądzie, potrzeby praktyki decydowały o zakresie jego recepcji. Okazało się przy tym, że kompilacja justyniańska jest bogatym arsenałem, z którego dobywa się na światło dzienne to, co aktualnie potrzebne, i odstawia do lamusa to, co zbędne. Współczesne, historycznie pisane traktaty być może pozwolą na dokonanie ostatecznego bilansu recepcji instytucji rzymskich na przestrzeni różnych stuleci. Ważne, że od Bartolusa de Sasso-

⁹ Por. *ibidem* s. 166 nn.

¹⁰ A.B. Schwarz, *Zur Entstehung des modernen Pandektensystems*, ZSS 42 (1921) s. 578 nn.; K. Sójka-Zielińska, *op. cit.* s. 48 nn., 98 nn., 179 nn.

ferato¹¹ w XIV wieku do Bernharda Windscheida¹² romanistyka inspirowana potrzebami praktyki podejmowała opracowanie naukowe pewnych materii i te opracowania z kolei przez całe wieki wpływały na kształt oraz drogi rozwojowe obowiązującego prawa i teorii cywilistycznych.

Proces ten, który zawsze wpływał dodatnio na naukowość doktryny obowiązującego prawa, po II wojnie światowej osłabł. Złożyło się na to wiele przyczyn. Europa uległa głębokim przemianom ustrojowym, społecznym i gospodarczym, rewolucji naukowo-technicznej na Zachodzie i industrializacji na Wschodzie. Tu i tam legislacja, orzecznictwo i nauka zostały postawione przed zadaniami, które na wiele lat zaabsorbowały ich siły. Po II wojnie światowej Europa rozstała się z łaciną. Tym samym zamknięty został bezpośredni dostęp prawników do łacińskiego oryginału. Prawnik skazany jest na tłumaczenia i cudze przedstawienia. Romanistyka, ukierunkowana historycznie, posługująca się często żargonem naukowym, zrozumiałym dla niewielu, nie od razu była w stanie zbudować wygodny most wiodący do dyscyplin prawa obowiązującego. Staje się to możliwe obecnie.

Mimo takiego stanu rzeczy, zainteresowanie instytucjami prawa rzymskiego utrzymuje się nadal i będzie się utrzymywać, jak długo będzie istniał instytucjonalny system kodeksu.

Studia instytucji rzymskich mają wręcz niezastąpioną wartość dydaktyczną. *Cupida legum iuventus* („młodzież głodną praw”) wprowadzają w obszerną, ale i precyzyjną zarazem terminologię prawniczą. Uczą budowy pojęć, poszerzania i ograniczania ich zakresu, wzajemnego ich

¹¹ F. Calasso, *Medio evo del diritto* (1954) s. 574 nn.

¹² F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte* s. 446 nn.

stosunku. Przy pomocy pojęć dochodzili Rzymianie poprzez analizę nieskończonej liczby stanów faktycznych do jądra instytucji, do jej natury. Właśnie owo naturalistyczne patrzyenie na prawo pozwalało jurystom na klarowną indywidualizację poszczególnych urzędzeń¹³. Jak istnieje *natura hominis, natura animalis, rei*, tak istnieje *natura* instytucji¹⁴. Jest ona pojmowana zawsze jako istota, specyfika i typowość równocześnie. Poznanie *natura obligationis, contractus, actionis, natura negotii, condicionis, servitutis* to pierwszy krok w niezbędną abstrakcję¹⁵, która jest chlebem codziennym dla prawnika w tym samym stopniu jak dla matematyka.

To, co powiedzieliśmy o przydatności prawa rzymskiego studiowanego „instytucjonalnie”, nie jest jednak najważniejsze ani nie wyczerpuje obszaru, na którym widzimy jego dzisiejszą doniosłość. Największą chorobą współczesnych ustawodawstw jest ich objętość. Państwa dzisiejsze produkują co roku całe biblioteki norm prawnych o różnej randze i zakresie. Znajomość prawa dla najwytrawniejszych stała się koszmarną fikcją. Przyczyny tego zjawiska, wielokrotnie badanego i opisanego, dadzą się dla naszych celów sprowadzić do trzech następujących. Tempo życia, które z epoki na epokę ulega przyśpieszeniu i komplikacji przez postęp techniczny. Etatyżacja życia we wszystkich jego przejawach. Państwo przejmuje na siebie coraz to więcej obowiązków, a w imię demokracji, równości, sprawiedliwości reguluje coraz to drobniejsze kwestie, starając

¹³ W. Waldstein, *Entscheidungsgrundlagen der klassischen römischen Juristen*, w ANRW II.15 s. 64 nn.

¹⁴ Co do pojęcia *institutum* por. J. Bleicken, *Lex publica* (1975) s. 355; Th. Mayer-Maly, *Rechtswissenschaft* s. 205 nn.; R. Gmür, *Rechtswirkungsdenken in der Privatrechtsgeschichte* (1981) s. 210.

¹⁵ Por. R. von Jhering, *Geist* 2 s. 297 n.

się zaprogramować wyczerpująco sposób postępowania w każdej sytuacji. I wreszcie bardzo niskie na ogół przygotowanie obywateli do stosowania prawa. Miast ogólnych przepisów, które by się stosowało na drodze wykładni, prą oni do gotowej recepty, która odejmuje niewdzięczny trud myślenia, daje perspektywę mechanicznego ich stosowania i stanowi parawan, za którym można uchylić się od odpowiedzialności za to, co się zrobiło.

Remedia na zły stan rzeczy są dwa. Mechaniczna redukcja liczby i objętości norm, skutkująca natychmiast, ale i na krótko. Na dłuższej jedynym środkiem jest podniesienie poziomu legislacji i, co o wiele trudniejsze, podniesienie świadomości prawnej obywateli, lepsze przygotowanie prawników do pracy w dziedzinie aplikacji prawa. Jeśli idzie o ostatni punkt, prawo rzymskie może być użyteczne i pomocne. Tam bowiem zakotwiczone są pierwociny dogmatyki prawniczej¹⁶, rozległe fundamenty interpretacji i rozbudowany arsenał *rationes decidendi*.

Z dogmatyką mamy do czynienia w różnych naukach. Szczególnego znaczenia nabrała ona w teologii i prawie. W nauce prawa wywody uczonych płyną dwoma przeciwstawnymi niejako nurtami. Jeden to nurt dogmatyczny, drugi dzetetyczny (od greckiego *dzetein*, krytycznie badać, poszukiwać)¹⁷. Różnice między obydwoma nurtami są o charakterze funkcjonalnym i strukturalnym. Funkcją dogmatyki jest – przez formułowanie twierdzeń, opinii, sądów – nadanie normom, czynnościom prawnym, aktom

¹⁶ Por. co do dogmatyki M. Herberger, *Dogmatik* (1981). W sposób nie budzący wątpliwości dowodzi tam, że termin *dogma* był pierwotnie terminem medycznym. Stamtąd przeszedł do innych dyscyplin. Co do dogmatyki prawniczej por. Th. Mayer-Maly, *op. cit.* s. 72 n.; E. Betti, *Istituzioni di diritto romano* (1947) s. VII n.; T. Giaro, *Prawda dogmatyczna i ponadczasowość jureprudencki klasycznej*, CPH 40 (1988) I s. I nn.

¹⁷ Por. Th. Viehweg, *Rechtsdogmatik und Rechtsdzetetik*, w *Jherings Erbe* (1970) s. 211 n.

administracyjnym, rozstrzygnięciom odpowiedniego kierunku, poziomu, jasności i pewności. Funkcją dzetetyki jest zdobycie wglądu w związki rzeczowe (*cognoscere rerum causas*) w badanych materiach. Struktura dogmatyki charakteryzuje się tym, że pewne pojęcia, twierdzenia, reguły i zasady prawne stawia się poza wątpliwościami, stanowią one *dogmata*; struktura dzetetyki polega znów na tym, że wszystkie terminy, pojęcia sądy i twierdzenia stawiane są nieustannie pod znakiem zapytania, muszą się ustawicznie przed intelektem badacza legitymować swoją *ratio*; stanowią one *dzetemata*. Gdzie nauka stawia sobie wyłącznie cele poznawcze, informatywne, cele opisu dość powszechnego dziś w historii prawa – może z dogmatyki zrezygnować. Gdzie natomiast obok względów naukowych wchodzą w rachubę cele praktyczne, jak w prawie obowiązującym, dogmatyzacja jest nieodzowna.

Jurysprudencja rzymska uprawiała dogmatykę w sposób umiarkowany. W dziedzinie budowy systemu prawnego jej osiągnięcia są więcej niż skromne. W zakresie zaś terminologii i budowy abstrakcyjnych pojęć jej dorobek jest wręcz imponujący¹⁸. Zaskakuje jednak, że Rzymianie ani terminów, ani pojęć nie absolutyzowali. Chętnie i często posługiwali się nimi w nietechnicznym znaczeniu, jeśli w ten sposób udawało im się lepiej wyrazić swoją myśl lub lepiej oddać, uwypuklić jakąś cechę, jakiś istotny element stanu faktycznego lub wypowiedzanego sądu. Warto także zauważyć, że w prawie najdawniejszym terminy i pojęcia wyrażano nagminnie przy pomocy czasowników. Od czasów Cycerona tworzenie rzeczowników odslownych toczyło się lawinowo. Prawnicy jednakże przez bardzo długi

¹⁸ Por. B. Biondi, *La terminologia romana come prima dogmatica giuridica*, w *Studi V. Arangio-Ruiz* 2 (1953) s. 73 nn.; M. Kaser, *Zur juristischen Terminologie der Römer*, w *Studi B. Biondi* 1 (1965) s. 97 nn., także w *Ausgewählte Schriften* 1 s. 37 nn.

jeszcze czas, względnie w niektórych przypadkach stale, posługiwali się czasownikiem, gdzie on lepiej służył do oddania myśli¹⁹.

Do szczególnych wyników doszła rzymska nauka prawa w zakresie konstrukcji prawniczej²⁰. Palmę pierwszeństwa dźierży Julian²¹. Zbliżyli się do niego pandektyści. Przerósł go jedynie nasz S. Wróblewski²². Przez konstrukcję prawniczą rozumiemy zabieg intelektualny polegający na dobywaniu treści z przepisów prawa, tworzeniu pojęć, figur, zasad, instytucji systemu²³. Ma ona nade wszystko cele praktyczne, ułatwia opanowanie danych dziedzin lub całości prawa. Ubocznym skutkiem jest estetyka²⁴. Prawu nadaje się poprzez konstrukcję prawniczą elegancję. W Rzymie konstrukcja była instrumentem nauki i dochodziła do budowy instytucji. Dziś konstrukcja jest nie tylko instrumentem nauki, ale także ustawodawcy i sędziego. Jest nieodzownym elementem w budowie spójnego systemu²⁵.

Dogmatyka prawników rzymskich cechowała się przyległością do analizowanych stanów faktycznych, była narzędziem głębszego wniknięcia w istotę zagadnienia prawnego. Być może dorobek Rzymian tkwi także w tym, iż ukazali pewne granice, poza którymi dogmatyka staje się zbędnym werbalizmem i balastem, niczego nie tłumacząc.

¹⁹ Por. M. Kaser, *op. cit.* s. 134 n.

²⁰ Por. R. von Jhering, *Geist* 2 s. 357 nn.

²¹ Por. E. Bund, *Untersuchungen zur Methode Julians* (1965).

²² Por. J. Gwiazdomorski, *Konstrukcja w nauce prawa cywilnego i prawa rzymskiego – Stanisław Wróblewski (1868–1938)*, w *Studia z dziejów Wydziału Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego* (1964) s. 269 nn.

²³ G. Lazzaro, *Storia e teoria della costruzione giuridica* (1965) s. 16.

²⁴ Cyt. wyżej G. Lazzaro pisze za Jheringiem (s. 32) o sensie artystycznym i pięknie prawa.

²⁵ Por. G. Lazzaro, *op. cit.* s. 153 n.

Za jedno z istotnych osiągnięć nauki o starożytności w ostatnich czasach uważam twierdzenie Adama Krokiewicza²⁶ na temat postawy człowieka antyku w stosunku do świata. Filozofowie greccy – twierdził uczony – starali się poznać naturę, by żyć zgodnie z jej prawami²⁷, by się jej podporządkować. Aspiracje człowieka starożytności były tedy ukierunkowane nieco inaczej niż człowieka nowożytnego, który począwszy od epoki Renesansu usiłuje nad naturą zapanować, by ją zmienić.

Taka postawa miała niewątpliwie konsekwencje w różnych dziedzinach nauki i życia, a dla nas jest tutaj istotne, że wpłynęła na rozwój dyscypliny, która z grecka nazywa się hermeneutyką²⁸, z łacińska interpretacją. W Grecji rozwinęła się ona w religii, nauce o języku, literaturze, sztuce, retoryce, muzyce. W Rzymie odegrała znaczną, jeśli nie doniosłą rolę w rozwoju prawa²⁹: od prymitywnego formalizmu do kunsztownego wywodu opartego na sylogistyce. Dla pewnego uproszczenia wyróżnimy interpretację normy prawnej i interpretację czynności prawnej. Od razu zaznaczyć wypada, że normy prawa rzymskiego nie stanowiąc systemu w nowożytnym (od szkoły prawa natury) tego słowa znaczeniu, były szczególnie odporne na interpretację³⁰. W prawie pretorskim epoki przedklasycznej i klasycznej uciekano się do *actiones ad exemplum* (*ad exemplum legis Aquiliae*), *actiones in factum, ficticiae*, który to zabieg ciągle budzi wątpliwości – na ile jest jeszcze interpretacją,

²⁶ Por. *Zarys filozofii greckiej* (1971) s. 20.

²⁷ Filozof stoicki Chryzyp formułuje to: *to akolouthos te fysei dzen* („żyć zgodnie z naturą”), por. Diogenes Laertios VII.89 i do tego M. Pohlenz, *Stoa* 1 s. 117, 2 s. 67; A.A. Long, *Freedom and Determinism*, w *Problems in Stoicism* (1971) s. 179.

²⁸ Por. Arystoteles, *Hermeneutyka* i do tego A. Krokiewicz, *Arystoteles, Pirron i Plotyn* s. 32 n.

²⁹ Por. E. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione* (1955).

³⁰ Lit. na ten temat zestawiona u M. Kasera, RPR 1 s. 212 przyp. 22.

a na ile już tworzeniem nowego prawa. Co się tyczy *leges*, to ich dyspozycje stosowano często do nowych zjawisk życiowych na zasadzie analogii³¹. U podstaw tego postępowania *a similibus ad similia* leżała metoda logicznej indukcji, która nierzadko prowadziła do tworzenia się reguł prawnych. Analogia, mająca przy *interpretatio legis* znaczenie centralne, zachowuje także dziś wielu zwolenników jako jeden ze środków ograniczających konieczność produkowania norm prawnych³².

Przy interpretacji czynności prawnych³³ największym niewątpliwie osiągnięciem jurysprudencji klasycznej było wyzwolenie się z tyranii *verba* i przejście do królestwa *voluntas*. Teoria woli w interpretacji czynności prawnej rodziła się w Rzymie z ogromnym opóźnieniem w porównaniu z hellenistycznym Wschodem. Pewien fragment z *Drugiego listu św. Pawła Apostoła do Koryntian* uzmysławia nam

³¹ Por. *ibidem* s. 213 i lit. w przyp. 28.

³² Interpretacja mogła także służyć do obejścia prawa. Przykładowo *lex Fufia Caninia* wydana w czasach Augusta, zakazywała wyzwalań niewolników w testamentach ponad pewną liczbę. Testator, który ten zakaz chciał ominąć, wpisał imiona wyzwalańców w okrąg, wychodząc z założenia, że nie ma on początku ani końca i w związku z tym wszyscy niewolnicy będą pierwsi i będą wolni (Gai. 1.46: *nam et si testamento scriptis in orbem servis libertas data sit, quia nullus ordo manumissionis invenitur, nulli liberi erunt, quia lex Fufia Caninia, quae in fraudem eius facta sint, rescindit*). Autor testamentu musiał znać odpowiedź Pytii w Delfach, która na pytanie, w jakiej kolejności należy wypisywać imiona siedmiu mędrców, miała właśnie powiedzieć, że należy ich wpisywać w okrąg, bo wszyscy są sobie równi, względnie wszyscy są pierwsi, por. Ausonius, *Laus septem sapientium* i D. Daube, *Roman Law. Linguistic, Social and Philosophical Aspects* (1969) s. 95. Werdykt wyroczni delfickiej znalazł także naśladowców poza prawem rzymskim. Legenda powiada, że mityczny król Brytów w VI wieku, por. A. Maurois, *Dzieje Anglii* s. 28, Artur, nie mogąc sobie poradzić z kłótniami i waśniami, jakie między jego rycerzami powstawały przy zajmowaniu miejsc przy stole, posadził ich przy stole okrągłym. W Royal Navy petycje buntowników kierowane do kapitana statku były zawsze opatrzone podpisami wpisanymi w okrąg, aby uniemożliwić zakuwanie prowodyrów w kajdany, por. D. Daube, *op. cit.* przyp. 2.

³³ Por. G. Gandolfi, *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano* (1966) i dalsza lit. u M. Kasera, RPR 1 s. 234 przyp. 1.

różnicę czasu. Na marginesie interpretacji Pisma Świętego konstatuje on, że powinno się być *ministri non litterae sed spiritus, littera enim occidit spiritus autem vivificat* („powinniśmy być rzecznikami nie litery, lecz ducha, litera bowiem zabija, duch ożywia”). List ukazuje dobitnie nie jedyny zresztą wypadek, że to, co na Wschodzie było elementem świadomości powszechnej, w Rzymie drażyło zaledwie elitę intelektualną.

Kultura hellenistyczna korzystała tu z bogatego dorobku szkół filozoficznych greckich, dla których zagadnienie interpretacji *secundum verba* i *secundum sensum* („według słów” i „według sensu”) występuje jako dobrze znany *topos*: *rhetos kai dianoia* – „słowo i myśl”³⁴ czy później jako *gramma kai pneuma* – „litera i duch”³⁵. Do Rzymu zawitało to zagadnienie pod hasłem: *verba – voluntas*, względnie *scriptum – voluntas*³⁶. Stare prawo rzymskie wiązało skutki prawne z formą czynności prawnej; była ona elementem przesądzającym skutki prawne aktu. Obowiązywał on strony nawet jeśli ich wola była inna³⁷. Uwzględnianie i dowartościowywanie woli podmiotu w interpretacji czynności prawnej znalazło zrazu miejsce w kontraktach konsensualnych³⁸, następnie przy testamentach, fideikomisach, by w czasach prawa klasycznego wtargnąć także do kontraktów formalnych. Pedius, prawnik z drugiej połowy I wieku,

³⁴ Por. J. Triantaphyllopoulos, *Das Rechtsdenken der Griechen* (1985) s. 23 n.

³⁵ Por. B. Cohen, *Letter and Spirit in the New Testament*, w *Jewish and Roman Law* (1966) I s. 58 nn.

³⁶ Badaniu tego zagadnienia w XX stuleciu najwięcej uwagi poświęcił S. Riccobono sr. Zestawienie jego prac daje M. Kaser, RPR I s. 235 przyp. 3. Por. także F. Pringsheim, *Id quod actum est*, w ZSS 78 (1961) s. 1 nn.

³⁷ Por. M. Kaser, RPR I s. 234.

³⁸ Por. D. 50.16.219: *In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit* („przy umowach stron postanowiono brać pod uwagę raczej wolę niż słowa”), i do tego M. Kaser, RPR I s. 235.

cytowany przez Ulpiana, powiada: *nam et stipulatio quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est* („ponieważ i stypulacja, która jest zawierana słowami, jest nieważna, gdy nie ma porozumienia”) ³⁹. Tak więc do ważności stypulacji, kontraktu abstrakcyjnego i formalnego, poczęto wymagać zgodnej woli obu stron. W prawie klasycznym przy wykładni testamentu pytali prawnicy o wolę testatora – *quod sensit testator*⁴⁰, przy interpretacji zaś kontraktów *quod actum (acti) est (fuit)*⁴¹. Chodziło przy tym o ustalenie nie woli kontrahenta, ale woli kontrahentów: co strony myślały, co sobie wyobrażały, jaka była ich wspólna intencja. Podkreślić także wypada, że wola i oświadczenie przedstawiały się prawnikom rzymskim jako nierozrywalna jedność. Odpowiedź na *quod actum est* mogła być zorientowana na typowe przedstawienie, na typowy sens czynności prawnej dedukowany z przesłanek obiektywnych, względnie na rzeczywiste wyobrażenie, jakie strony przed oczyma mieć mogły. Nie było tutaj reguły. Przebogata kazuistyka zdradzająca subtelność argumentacji, wielość metod prowadzących do ustalenia woli stron jest i dla współczesnego prawnika pouczająca oraz kształcąca.

Także do dzisiejszego dnia doktryna klasyków żywi współczesne tradycyjne sposoby interpretacji systematyczno-logicznej, a to *argumentum a minori ad maius*, *argumentum a maiori ad minus*, *argumentum a contrario*, *e silentio*, *e lege non distinguente*⁴².

W związku z interpretacją czynności prawnej na jedno jeszcze wypada zwrócić uwagę. Mianowicie Rzymianie

³⁹ Por. 2.14.1.3 i do tego Th. Mayer-Maly, *Die Konsensstörung in der klassischen Irrtumslehre*, w *Mélanges Ph. Meylan* 1 (1963) s. 248 n.

⁴⁰ Por. B. Biondi, *Successione testamentaria e donazioni* (1955) s. 547 nn.

⁴¹ Por. F. Pringsheim, *op. cit.* s. 7 nn.

⁴² Por. Th. Mayer-Maly, *Rechtswissenschaft* s. 81 n.

posiedli rzadką umiejętność manipulowania elementami strukturalnymi aktu. Polegała ona na systematycznym zarzucaniu elementów zbędnych, przestarzałych, dostawianiu nowych. Na pozór w krótkim odcinku czasowym nic się nie zmienia. Dopiero kiedy porówna się dłuższe okresy względnie punkt wyjścia i punkt dojścia, różnica bije w oczy. Weźmy jako przykład mancytację⁴³. Na początku w prawie prymitywnym była ona sposobem przeniesienia własności i kupnem rzeczy szczególnie cennych⁴⁴, zwanych *res Mancipi*. Dochodziła do skutku między *Mancipio dans* i *Mancipio accipiens* w obecności libripensa, wagowego (bo takżeśmy to spolszczyli) i pięciu świadków. Nabywca, *accipiens*, chwycił jedną ręką nabywaną rzecz, drugą kładł na wagę kruszec i recytował formułę: *hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra*. Libripens był przy tym akcie rzeczoznawcą na okoliczność, że ta ilość takiego kruszcu (ještěśmy w epoce pieniądza ważonego) jest ekwiwalentem nabywanej rzeczy. Była więc mancytacja czynnością przyczynową, bo płacenie ceny należało do *essentialia negotii*. Z biegiem czasu wprowadzono pieniądz bity⁴⁵. Libripens występował przy akcie nadal, ale wobec tego, że sztuki pieniądza były identyczne, traktowany był raczej jako świadek niż rzeczoznawca (nad jakością pieniądza czuwała sama

⁴³ Por. co do mancytacji K.F. Thormann, *Der doppelte Ursprung der Mancipatio* (1943) i M. Kaser, RPR I s. 43 i tam przebogata lit. najnowsza.

⁴⁴ Por. uzasadnienie M. Kasera w *Eigentum und Besitz* (1956) s. 163: „Bowiern ograniczenie do niewolników i bydła, do *aequi, muli, asini*, do gruntów i służebności wiejskich musi pochodzić z epoki, w której wartościowy dobytek rzymskiego wieśniaka wyczerpywał się w tych właśnie przedmiotach”.

⁴⁵ Tzw. *aes grave*. Data wprowadzenia go jest sporna. Th. Mommsen przyjmował połowę V wieku przed Chr., głównie w oparciu o Ustawę XII tablic, gdzie występują kary pieniężne. Dziś przyjmuje się czasy znacznie późniejsze, por. F. De Martino, *Storia economica di Roma antica* I (1980) s. 47 n.

bogini Moneta⁴⁶). Pewnego dnia strony wpadły na pomysł, by na szalkę wagi zamiast całej ceny rzucić symbolicznie jeden pieniążek, *nummus unus*. Realna zapłata została wysunięta poza *essentialia negotii* aktu. Zapłata bowiem mogła nastąpić wcześniej (mówimy, że mancypancja była *obligandi causa*), mogło jej nie być w ogóle, jeśli jeden drugiego chciał obdarować *res Mancipi*. Ubierał wtedy darowiznę w formę mancypancji. *Nummus unus* z powodzeniem symbolizował zapłatę⁴⁷. Notujemy, że rezygnacja w obrębie samego aktu z realnej zapłaty i wprowadzenie w jej miejsce *nummus unus* przekształciły mancypancję w czynność prawną abstrakcyjną. Mancypancja przestała bowiem zdradzać *causa*, dla której została podjęta. Jeśli mancypancji użyto do załatwienia przy jej pomocy darowizny, nic nie stało na przeszkodzie, by dorzucić tu jakieś polecenie, tzw. *nuncupatio*⁴⁸. Jeśli ktoś darował niewolnika, mógł dorzucić polecenie *ne exporteretur*, albo, przy niewolnicy, *ne prostituatur*. Jesteśmy więc już u narodzin aktu, który później został nazwany *donatio cum modo*. Ale wzmianka o *nuncupatio* jest nam potrzebna do tego, by przedstawić powstanie testamentu pretorskiego. Testator⁴⁹ (*mancipio dans*) mógł oso-

⁴⁶ Por. F. De Martino, *op. cit.* s. 48.

⁴⁷ W formie mancypancji *nummo uno* mógł być ustanowiony posag, jeśli jego przedmiotem były *res Mancipi*, dalej *noxae deditio*, *noxae liberatio*, por. M. Kaser, *Eigentum und Besitz* s. 158 nn.

⁴⁸ Por. V.Al. Georgesco, *Essai d'une théorie générale des leges privatae* (1932) s. 144 nn.; U. von Lübtow, *Catos leges venditioni et locationi dictae*, w *Symbolae R. Taubenschlag* 3 s. 242 nn.

⁴⁹ Ogniwem pośrednim jego wykształcenia stał się testament mancypancyjny, o którym Gaius w 2.102 tak pisze: *Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur. Qui enim neque calatis comitiis, neque in procinctu testamentum fecerat, is, si subita morte urgebatur, amico familiam suam, id est patriomonium suum, Mancipio dabat eumque rogabat, quid cuique post mortem suam dari vellet.* („Następnie doszedł trzeci rodzaj testamentu, który sporządzany był za pomocą spizu i wagi. Kto zatem nie dokonał testamentu na zwołanym zgromadzeniu ani w szyku, ten, jeśli był zagrożony nagłą

bie zaufanej, powiernikowi zwanemu w źródłach *familiae emptor*, mancytować majątek *nummo uno* z *nuncupatio*, że (ten ostatni) po jego śmierci zadysponuje majątkiem w taki to a taki sposób. Jak długo testator żył, tak długo trwała własność podzielona⁵⁰. Jeśli testator zmarł, *familiae emptor* wykonywał *nuncupatio* i przekazywał majątek wymienionym w niej osobom. Naturalnie między podjęciem takiego testamentu a śmiercią testatora mógł niejednokrotnie upłynąć długi okres. Świadkowie mancytacyjni i *libripens* mogli zapomnieć, jak dokładnie brzmiała treść *nuncupatio*. Dlatego takiemu testamentowi mancytacyjnemu towarzyszyło spisanie specjalnych *tabulae*⁵¹. Po śmierci testatora owe *tabulae* otwierano i bez trudu ustalano treść *nuncupatio*. Z biegiem czasu pretor przestał się zajmować mancytacją, lecz skupiał uwagę na treści *tabulae*. Kto w nich był wskazany jako dziedzic, tego wprowadzał w posiadanie masy spadkowej. Pewnego dnia oświadczył on, że jeśli ktoś przedstawi mu *tabulae testamenti* spisane przez testatora i opatrzone podpisami siedmiu świadków, tego uzna za dziedzica⁵². Widzimy więc, jak z mancytacji, która była aktem oralnym, opatrzonym *nuncupatio*, w toku przekształceń powstał testament pisemny. Liczba siedmiu świadków nie jest tu przypadkowa. Rozpoznajemy w nich

śmiercią, dawał przyjacielowi w ‘mancipium’ swój majątek, to znaczy swoje posiadłości, i nakazywał mu co chce aby każdemu było dane po jego śmierci”). Por. do tego P. Voci, *Diritto ereditario romano* I (1967) s. 87 nn.

⁵⁰ Mianowicie zarząd majątkiem pozostawał w rękach testatora, a *mancipio accipiens* – wykonawca testamentu miał *dominium dormiens* – własność drzemiącą, która stawała się pełną po śmierci testatora. Por. jednakże poglądy P. Voci, *op. cit.* s. 90. M. Kaser widzi tu własność podzieloną funkcjonalnie, por. RPR I s. 108.

⁵¹ Mówi o nich Gai. 2.104.

⁵² Gai. 2.119: *Praetor tamen, si septem signis testium signatum sit testamentum, scriptis heredibus secundum tabulas testamenti bonorum possessionem pollicetur...* („pretor jednak, jeżeli testament jest oznaczony pieczęciami siedmiu świadków, przyrzeka ustanowionym dziedzicom posiadanie dóbr zgodnie z tabliczkami testamentu”).

pięciu świadków mancypanyjnych oraz *libripensa* i *familiae emptor*, którzy z upływem czasu z pierwszoplanowych *dramatis personae* zdegradowani zostali do roli dwu dalszych świadków. Przytoczony tutaj przykład nie jest jedyny.

Proces przekształceń istniejących urządzeń prawnych, ich unowocześniania, dopasowywania przybrał charakter lawinowy na przełomie starych i nowych czasów, zwłaszcza w dziedzinie obligacji. Na drodze takich przekształceń rozbudowano odpowiedzialność z czynności prawnych podjętych przez osoby podległe władzy ojca⁵³ i reprezentantów⁵⁴. Poszerzono system kontraktów realnych o tzw. kontrakty realne nienazwane, zobowiązania *quasi*-kontraktowe i *quasi*-deliktowe. W prawie rodzinnym na tej (nie wyłącznie) drodze doszło do zabezpieczenia interesów materialnych dzieci⁵⁵. Korzyści z takiego *modus procedendi* są przede wszystkim natury psychicznej i socjologicznej. Społeczeństwo ma poczucie stabilności prawa, która jest dobrem o niewymiernych wartościach. Ma poczucie tradycji i kontynuacji, nie tracąc nic z przeświadczenia innowatorów.

Jurysprudencja rzymska wykształciła przebogaty arsenał *rationes decidendi*, uzasadnień prawniczych⁵⁶. Najnowsza nauka dzieli je na dwie kategorie. Pierwsza obejmuje wypadki subsumpcji⁵⁷ i zalicza do nich uzasadnienia normą prawną, gramatyką i logiką, doktryną prawną, regułą prawną, konstrukcją i pojęciem prawnym. Druga obejmuje

⁵³ Por. tzw. przez glosatorów *actiones adiecticiae qualitatis* M. Kaser RPR I s. 605 n.

⁵⁴ Por. M. Kaser, RPR I s. 260 nn.

⁵⁵ Por. H. Kupiszewski, *Powtórne małżeństwo w konstytucjach cesarzy rzymskich w IV i V wieku*, w *Analecta Cracoviensia* 7 (1975) s. 353 nn.

⁵⁶ Pracę nad tym zagadnieniem prowadzili uczeni austriaccy: F. Horak, *Rationes decidendi*; W. Waldstein, *Entscheidungsgrundlagen der klassischen römischen Juristen*, w ANRW II.15 s. 4 nn.

⁵⁷ Autorem takiej systematyki jest F. Horak, *op. cit.* s. 84.

uzasadnienia prawdopodobne⁵⁸, na które składają się argumenty z nauki kontrowersyjnej i własnych poglądów, praktyki językowej, woli, filozoficznych rozważań, zwyczaju, analogii, przykładu, *reductio ad absurdum*, natury rzeczy. Wylizywanie nie jest taksatywne. Same Digesta obejmują około 13 000 fragmentów, a wśród nich około jedna trzecia jest *explicite* lub *implicite* uzasadniona. Z tego nie więcej niż jedna czwarta została systematycznie przebadana⁵⁹.

Uzasadnienia te w nieprzebranym bogactwie wariantów oparte były na fundamentach, zasadach ogólniejszych i nie tylko jurydycznej, lecz także etycznej natury. Nauka prawa w Rzymie nie starała się ich nigdy ani sprecyzować, ani zdefiniować, a tym bardziej skatalogować. Należały tu takie jak: *humanitas*, *aequitas*, *fides*, *benevolentia*, *favor*, *benignitas*, *iustitia*. Cechują się one obowiązkiem pozytywnego działania w określonym kierunku, działania o określonej treści.

Wyrastały one z intuicyjnie wyczuwanej identyczności ideałów etycznych i prawnych. *Honeste vivere* należało wszak do *praecepta iuris*⁶⁰. *Fides*⁶¹ np. postulowała rzetelność postępowania, nakazywała dotrzymanie raz danego słowa. Ideą *fides* przepełnione było życie prywatne obywateli, a także życie państwowe. Na *fides* były oparte kontrakty konsensualne, realne, *pacta*. *Fides* stanowiła instrument w rękach sędziego, który przy ferowaniu wyroku dbał o to, by strony świadczyły sobie to, co między uczciwymi ludźmi świadczone być powinno. Ustawy odnosiły się tylko do tego, co się zdarzyło *post hanc legem rogatam*. *Senatus-*

⁵⁸ Por. *ibidem* s. 171 nn.

⁵⁹ Por. W. Waldstein, *op. cit.* s. 9; F. Horak, *op. cit.* s. 289.

⁶⁰ Por. U. von Lübtow, *De iustitia et iure*, ZSS 66 (1948) s. 541.

⁶¹ Por. F. Schulz, *Principles of Roman Law* (1936) s. 223 nn.; F. Pringsheim, *Gesammelte Abhandlungen* 1 s. 164 nn.

consultum de Bacchanalibus, przy którego pomocy chce się dowieść *contrarium*, nie tyle działało wstecz, ile dotknęło m.in. osoby, które przed i po wydaniu *consultum* działały przestępczo. W stosunkach cywilnoprawnych niedziałanie norm prawnych wstecz to wręcz niepisany *kanon*⁶². *Fides* nakazywała też, by *magistratus* trzymali się swoich edyktów. Byłoby w najgorszym tonie odstąpić od tego, co się samemu rzekło⁶³. Rzymska *fides* była wręcz przysłowiowa. Z uznaniem pisali o niej ówczcześni nie-Rzymianie.

Oparcie obrotu na dobrej wierze znalazło odzwierciedlenie w procesie rzymskim. Obok skarg ścisłego prawa (*stricti iuris*), gdzie sędzia był zobowiązany do zasądzenia tylko tego, co się przyrzekało, występują skargi dobrej wiary (*actiones, iudicia bonae fidei*), dające sędziemu swobodę oceny stosunku prawnego i zasądzenia zgodnie z zasadami uczciwego obrotu. Dotyczyło to zarówno stosunków między *cives Romani*, jak i między Rzymianami a peregrynami, i między peregrynami. Kontrakty odgrywające w obrocie prawnym rolę zasadniczą, jak kupno, najem, zlecenie, spółka, rodziły skargi zaopatrzone klauzulą *ex fide bona*. *Fides* w stosunkach publiczno- i prywatnoprawnych była inwencją rdzennie rzymską. Nie znały jej prawa greckie ani hellenistyczne. Pojawiająca się w II wieku w papirusach fraza *kale pistis* jest tłumaczeniem z łaciny.

Inaczej z *aequitas*. Oznacza ona równość, słuszność, sprawiedliwość⁶⁴. Można powiedzieć, że jest przasadą prawa. Jej symbolem jest waga, a Homerowym bogom służyła do znalezienia słusznego wyroku:

⁶² Por. F. Schulz, *op. cit.* s. 230.

⁶³ Nawet Piłat, kiedy doń przyszli arcykapłani i mówili: „Nie pisz: Król żydowski, ale, że On powiedział: Jestem królem żydowskim.” odparł im: „Com napisał, napisałem.” (J 19.22).

⁶⁴ Por. źródła u F. Pringsheima, *Gesammelte Abhandlungen* 1 s. 167.

„Lecz gdy słońce ubiegło połowę swej drogi,
 Ten pod którego władzą i ludzie i bogi,
 Wziął złote w ręce szale, włożył dwa wyroki,
 W których był oznaczony śmierci sen głęboki;
 Ich ciężar przyszłość obu ludów zapowiada.
 Waży je, wraz nieszczęście na Greki wypada,
 Bo ich do ziemi na dół niszczą się losy,
 A trojańskie się w górę wznoszą pod niebiosa”⁶⁵.

Z jej ducha wywodzi się zasada koniecznej odpłatności (*das Prinzip der notwendigen Entgeltlichkeit*) uporczywie broniona przez niektórych współczesnych uczonych⁶⁶. Zna ona była prawu greckiemu, prawom hellenistycznym, a jako idea surogacji wystąpiła w późnym prawie rzymskim. Głosi ona, że nabywca rzeczy staje się właścicielem, kiedy za nią uiszcza zapłatę. Jeśli rzecz została nabyta za pieniądze pożyczone, właścicielem nabytej rzeczy był pożyczkodawca tak długo, dopóki nie został zaspokojony.

Z jej ducha wywodzi się także prawo talionu, znane prawom klinowym, żydowskiemu, staroegipskiemu, prawom greckim, hellenistycznym i rzymskiemu. Każę ono oddać „życie za życie, oko za oko, ząb za ząb, rękę za rękę, nogę za nogę”⁶⁷.

W prawie rzymskim *aequitas*, jej koncepcja filozoficzna i prawna ewoluowała wraz ze zmieniającymi się epoka-

⁶⁵ Por. *Iliada* w tłum. F.K. Dmochowskiego (1950) s. 120 8.62 nn.; por. także 12.433; 19.223; 22.209.

⁶⁶ Twórcą tej zasady jest E. Seidl, por. *Ägyptische Rechtsgeschichte* (1968) s. 45. Przyjęli ją za trafną J.Ph. Lévy, *Les ventes dans la Bible, le transfert de la propriété et le Prinzip der notwendigen Entgeltlichkeit*, w *Mélanges Ph. Meylan* 2 s. 157 nn.; P.W. Pestman, *Marriage and Matrimonial Property in Ancient Egypt* (1961) s. 18; A. Claus, *Gewillkürte Stellvertretung* (1973) s. 14 nn.; częściowo uznaje ją M. Kaser, *ZSS* 91 (1974) s. 146 nn. Przeciwno tej zasadzie wystąpili H.J. Wolff, *ZSS* 74 (1957) s. 413 i R. Yaron, *Law of the Aramaic Papyri* (1961) s. 79.

⁶⁷ Por. Wj 21.24; Kpł 24.18–20; Pwt 19.21.

mi prawa. W okresie poklasycznym pod wpływem Arystotelesa i doktryny Ojców Kościoła przybrała w swym pojęciu wyłącznie treści etyczne i stała się paliatywem na surowość prawa (*rigor iuris*), jego ostrość (*asperitas*), skrupulatność (*scrupulositas*), przenikliwość (*subtilitas*) i *ratio civilis*. Szła w parze z takimi pojęciami, jak *humanitas*, *pietas*, *caritas*, *clementia*, *lenitas*⁶⁸. Konstytucje cesarskie od czasów Konstantyna Wielkiego cechują się moralizatorstwem⁶⁹. Normy prawne są przeplatane *praecepta* etycznymi.

W najdawniejszym prawie rzymskim termin *aequitas* nie występuje. Spotykamy natomiast takie określenia jak *aequus*, *iniquus* lub *actiones* z zasadzeniem na ... *in quantum aequum videbitur* („na ile wydaje się słuszna”). *Aequus* to w konkretnej sytuacji równy, odpowiedni, proporcjonalny, stosowny. Aplikacja prawa oparta na kanonach logiki może nie odpowiadać społecznemu poczuciu słuszności. „Często bowiem zdarza się – pisze Gaius⁷⁰ – że ktoś ponosi odpowiedzialność według prawa obywatelskiego, lecz byłoby niesprawiedliwe skazanie go w postępowaniu sądowym”. Zasadzenie *in quantum aequum videbitur* to odstępstwo od litery prawa i wydanie w konkretnej sytuacji wyroku realizującego ideę słuszności czy równości.

Abstrakcyjne pojęcie *aequitas*, jako ideę słuszności, spotykamy dopiero u Cyncerona⁷¹. Jest ona postulatem stosowania podmiotowo i przedmiotowo równego prawa. Tych postawionych najwyżej w hierarchii społecznej i tych

⁶⁸ Por. F. Pringsheim, *Gesammelte Abhandlungen* s. 168 nn.; F. D'Agostino, *Epieikeia* (1973) s. 176 nn.; P. Silli, *Mito e realtà dell'aequitas cristiana* (1980).

⁶⁹ Cesarz ten postawił nawet *aequitas* ponad prawem, stanowiąc w C. 3.1.8: *Placuit in omnibus rebus praecipuum esse iustitiae aequitatisque quam stricti iuris rationem* („postanowiono, że we wszystkich sprawach przeważająca będzie raczej miara sprawiedliwości i słuszności niż ścisłego prawa”); por. P. Silli, *op. cit.* s. 17 nn.

⁷⁰ Gai. 4.116.

⁷¹ Por. P. Pinna Parpaglia, *Aequitas in libera republica* (1973) s. 109 nn.

stojących najniżej sędzi wedle tego samego prawa: *aequitate constituenda, summos cum infimis pari iure retinebat*⁷². Przedmiotowo idzie o stosowanie w identycznych przypadkach tego samego prawa: *valeat aequitas, quae paribus in causis paria iura desiderat*⁷³. Podczas gdy *fides, bona fides*, była instrumentem w rękach sędziego, ideę słuszności, *aequitas*, realizował przede wszystkim pretor⁷⁴. Była ona, po pierwsze, instrumentem krytyki prawa. Najlepsze prawo z upływem czasu przestaje odpowiadać zadaniom, dla których zostało stworzone. Warunki socjalne, polityczne, gospodarcze podlegają stałym przemianom. Przepis wczoraj dobry, dziś nie zdaje egzaminu. Do nowych potrzeb trzeba go przystosować. Czyni to pretor kierując się *aequitas*, która w ten sposób staje się pomostem między wczoraj i jutrem przepisów. Występuje ona także jako *ratio decidendi* w przypadkach konkretnych i każe odstąpić od litery prawa, a kierować się jego duchem. *Fides, bona fides, bonum* realizowały w prawie pewne cele moralne, którymi się porządek prawny winien cechować, *aequitas* zmierzała do utrzymania równości socjalnej⁷⁵. *Fides* i *aequitas* były fundamentami sprawiedliwości (*iustitia*), która w porządku społecznym jest dobrem nadrzędnym⁷⁶. Wszystkie winny cechować w działaniu prawego obywatela. Tylko wtedy *summum ius* nie stanie się *summa iniuria*.

Obok tych *praecepta* nakładających w pewnych wypadkach obowiązek działania o określonej treści były zakazy: *praecepta* dotyczące czynów, od których człowiek powinien się powstrzymać, a więc np. od *dolus, metus, fraus*. Tu po-

⁷² Cicero, *De off.* 2.41.

⁷³ Cicero, *Top.* 4.23.

⁷⁴ Por. F. Pringsheim, *Gesammelte Abhandlungen* s. 161.

⁷⁵ Por. A. Guarino, *Equità*, w *Novissimo Digesto Italiano* 6 s. 623.

⁷⁶ Por. U. von Lübtow, *De iustitia et iure* s. 462 nn.

święcimy kilka uwag *dolus*⁷⁷. Ulpian w D. 4.3.1.2 podaje dwie jego definicje: Serwiusza Sulpicjusza Rufusa i Labeona. Przytoczymy je, ponieważ obie są interesujące, oto one: *Dolum malum Servius quidem ita definiit machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur. Labeo autem posse et sine simulatione id agi, ut quis circumveniat: posse et sine dolo malo aliud agi aliud simulari, sicuti faciunt, qui per eiusmodi dissimulationem deserviant (= se servant) et tuentur vel sua vel aliena: itaque ipse sic definit dolum malum esse omnem caliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibita.* („Serwiusz jako zły podstęp określił pewną machinację celem oszukania kogoś, kiedy to jedno jest udawane, a co innego robione. Labeon zaś [stwierdził], że może dojść do tego również bez udawania, aby ktoś został zwiedziony. Również bez złego podstępu co innego może się dziać, a co innego być czynione dla pozorów, jak robią ci, którzy przez tego typu zakrycie prawdy pielęgnyją [ratują się] i strzegą spraw swoich lub obcych. Tak więc on sam definiuje, że złym podstępem jest wszelki fortel, kłamstwo, machinacja powzięta ku zwiedzeniu, wprowadzeniu w błąd, podejściu drugiego.”)⁷⁸ Ulpian następnie notuje, że: *Labeonis definitio vera est* („definicja Labeona jest prawdziwa”). Serwiusz uważał zatem za *dolus* machinację mającą na celu oszukanie kogoś, a to przez to, iż co innego się symuluje, a co innego robi. Labeon zaś każdą chytrą, szalbierstwo, matactwo, machinację mające na celu podejście kogoś, oszukanie. Nieuprzedzonego czytelnika uderza, że obydwaj juryści używają zwrotu *dolus malus*. S. Wróblewski⁷⁹ uważał, że „malus” jest tylko

⁷⁷ Na temat *dolus* por. M. Kaser, RPR 1 s. 155, 504 nn.

⁷⁸ Por. do tej definicji wywody A. Carcaterra, *Dolus bonus – dolus malus* (1970) s. 9 nn.

⁷⁹ Por. *Zarys wykładu prawa rzymskiego* (1916) 1 s. 446.

wzmocnieniem, nie zaś bliższym określeniem znaczenia. Jakoż w literaturze II wieku po Chr. termin *dolus* występuje najczęściej bez „malus”. Ulpian natomiast wyjaśnia nam, skąd pochodzi owo określenie „malus”: *non fuit autem contentus praetor dolum dicere, sed adiecit malum, quoniam veteres dolum etiam bonum dicebant et pro solertia hoc nomen accipiebant, maxime si adversus hostem latronemve quis machinetur* („pretor bowiem nie zadowolił się mówieniem: ‘podstęp’, ale dodał: ‘zły’, ponieważ dawni prawnicy mówili także o dobrym podstępie i używali tej nazwy dla określenia przebiegłości, zwłaszcza gdy ktoś knuł przeciwko wrogowi lub łotrowi”)⁸⁰. A więc jurysprudencja republikańska (*veteres*) rozróżniała *dolus bonus* i *dolus malus*⁸¹. Jeśli ktoś dopuścił się podstępu w stosunku do wroga, rozbójnika, to taki podstęp był czynem chwalebny. *Dolus bonus* jest jakże częstym motywem literatury greckiej i rzymskiej. Odys słynie z takiej chytrłości w stosunku do wrogów, do przeciwności losu. Nie poskąpił także Henryk Sienkiewicz roztropności i przemyślności (*sollertia*) Zagłobie, któremu przy różnych okazjach cisnęły się do głowy tyśiące fortelów. Według Labeona *dolus* jest postępowaniem skierowanym nie tylko przeciwko wrogom i rozbójnikom, ale przeciwko każdemu, kto nastaje na nasze życie, mienie nasze lub naszych bliskich. W późnym prawie klasycznym *dolus* oznaczał zawsze postępowanie naganne i określenia „bonus”, „malus” straciły rację bytu. Teoria *dolus bonus* odżywa w średniowieczu, a nawet ulega rozszerzeniu, bowiem kanoniści na równi z obroną przeciwko wrogom postawili obronę procesową. *Dolo bono* mogła zatem działać strona, świadek i adwokat. Nauka zajmuje się tym zagad-

⁸⁰ D. 4.3.1.3.

⁸¹ Por. A. Carcaterra, *op. cit.* s. 115 nn.

nieniem jeszcze w wieku XVII, np. Georg Adam Struve w 1679 roku publikuje dysertację *De dolo boni advocati*. Nauka współczesna prawa nie zna już pojęcia „dobry podstęp”. W prawie karnym operuje się bowiem kontratypami zwalniającymi od odpowiedzialności. Życie jednak z pojęcia *dolus bonus* nie zrezygnowało⁸².

Zwróćmy jeszcze uwagę na jeden fragment Ulpiana - Pomponiusza-Juliana, który dał podstawę teorii mającej i współcześnie w doktrynach prawa cywilnego duże znaczenie.

D. 4.3.7 pr.: *Et eleganter Pomponius haec verba ‘si alia actio non sit’ sic excipit (explicat?), quasi res alio modo ei, ad quem ea res pertinet, salva esse non poterit. Nec videtur huic sententiae adversari, quod Iulianus libro quarto scribit, si minor annis viginti quinque consilio servi circumscriptus eum vendidit cum peculio emptorque eum manumissit, dandam in manumissum de dolo actionem – hoc enim sic accipimus carere dolo emptorem, ut ex empto (czytaj ex vendito) teneri non possit – aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est.* („I trafnie słowa ‘jeżeli nie ma innej skargi’ Pomponiusz tak ujmuje [wyjaśnia?], że interes tego, kogo to dotyczy, nie może być w inny sposób zachowany bez uszczerbku. Nie wydaje się, aby sprzeciwiało się temu to, co pisze Julian w czwartej księdze, że jeśli ktoś poniżej dwudziestego piątego roku życia zwiedziony namową niewolnika sprzedałby go wraz z ‘peculium’, a nabywca by go wyzwolił, należałoby udzielić przeciwko wyzwolonemu skargi z tytułu podstępu – rozumiemy to bowiem, że nabywca jest wolny od podstępu tak, że nie może być odpowiedzialny z tytułu kupna [czytaj z tytułu sprzedaży], albo

⁸² Ucieka się np. do niego medycyna, kiedy lekarz aplikuje środki obojętne (*placebos*) *ut aliquid fecisse videatur* („aby wydawało się, że coś zrobił”).

sprzedaż jest nieważna, jeżeli [zbywca] został zwiedziony co do samego tego, żeby sprzedał.”)

Źródło⁸³ dotyczy usunięcia skutków błędnego oświadczenia woli wywołanego podstępem. Pretor w takim wypadku dawał skrzywdzonej stronie w pierwszej kolejności taką skargę, jaką rodziła dana czynność prawna. Został *circumscrip-tus* nabywcą, chroniła go *actio empti*; był podstępnie oszukany wydzierżawiający, przysługiwała mu *actio locati*. *Actio de dolo* powodująca infamię była brana w rachubę jako ostateczność. Pomponiusz frazę edyktu „si alia actio non sit” wyłożył właśnie w tym kierunku, że *actio de dolo* wchodzi w rachubę subsydiarnie, jeśli wprowadzona podstępnie w błąd strona nie ma innego środka procesowego. Z tym poglądem – pisze Ulpian – nie stoi w sprzeczności opinia Juliana, który dyskutuje następujący stan faktyczny: niewolnik podstępnie namówił swego niepełnoletniego właściciela (*minor viginti quinque annis*), by go sprzedał wraz z *peculium*. Nabywca natychmiast niewolnika wyzwolił. Według Juliana niepełnoletniemu, jeśli podstęp dotyczył tylko *peculium*, a wskutek *circumscriptio* sprzedał go z *peculium*, przysługuje *actio de dolo* przeciwko wyzwolen-cowi, pod warunkiem, że nabywca o podstępnie nic nie wiedział. Jeśliby bowiem wiedział, niepełnoletniemu przysługiwałaby *actio venditi* przeciw nabywcy; *dolus* niewolnika traktowany byłby bowiem jak *dolus* nabywcy. Rządziła tutaj identyczna zasada, jaką znamy z art. 86 §2 naszego k.c., że „podstęp osoby trzeciej jest jednoznaczny z podstępem strony, jeżeli ta o podstępnie wiedziała i nie zawiadomiła o nim drugiej stronie...”. Przeciwno wyzwolen-cowi pretor nie mógł dać *actio venditi* o zwrot *peculium*, gdyż niewolnik nie był stroną w kontrakcie. Był jedynie przedmiotem

⁸³ Por. A. Wacke, *In integrum restitutio propter dolum*, ZSS 88 (1971) s. 111 nn.

umowy sprzedażnej. Stąd subsydiarna *actio de dolo* jest tu jedynym remedium, jakie *minor* od pretora otrzymywał. Jeżeli podstęp dotyczył sprzedaży w ogóle, a więc jeśli niepełnoletni nie miał zamiaru sprzedaży niewolnika, ale pod wpływem *dolosa gestio* niewolnika sprzedał go, to taka sprzedaż jest nieważna. Pretor w takich wypadkach chronił niepełnoletniego przez przywrócenie go do stanu pierwotnego (*in integrum restitutio*). Stąd *nullitas venditionis* wywołanej przez podstępne działanie. W naszym przypadku nie było to możliwe, gdyż *manumissus* był chroniony *favore libertatis*. Wyzwolonego nie można było wtrącać z powrotem do niewoli przez unieważnienie *manumissio*.

Glosatorowie w oparciu o to źródło stworzyli teorię rozróżnienia między tzw. *dolus causam dans (contractui)* i *dolus incidens (dolus qui incidit in contractum)*. Przez *dolus causam dans* rozumiano takie podstępne działanie, które było przyczyną powstania kontraktu w ogóle. Gdyby nie podstępne działanie, strona wprowadzona w błąd nigdy by czynności prawnej nie podjęła. *Dolus incidens* to taki podstęp, który nie tyle miał wpływ na podjęcie aktu w ogóle, ile na jego jakiś punkt, na modalność aktu. Strona wprowadzona *dolose* w błąd czynność prawną byłaby zawarła, ale na innych warunkach.

Współczesne kodeksy i teorie cywilistyczne kładą nacisk na to, czy błąd wywołany podstępem był obiektywnie istotny, czy nie i od tego uzależniają ochronę – prawda, że w interesie pewności obrotu – poszkodowanego. Rzymianie natomiast obok istotności lub nieistotności błędu opartego na podstępie wyszli w sposób bardzo subtelny naprzeciw woli działającego podmiotu. Ich umiarkowanie w uwzględnianiu interesów stron, w sytuacji kiedy jedna działała pod wpływem podstępu, było w sumie precyzyjniejsze.

Dojście teoriopoznawcze do tych zasad etycznych jest dla współczesnego człowieka dość utrudnione. Głównie

dlatego, że w pewnym momencie dziejowym drogi etyki i prawa poczęły biec dość odległe od siebie⁸⁴. Stało się to w czasach absolutyzmu, kiedy to państwo zorganizowało wręcz doskonale wymuszenie prawa. Obowiązek prawny mógł być wyegzekwowany bez względu na jego stosunek do etyki. Ponadto sama etyka w pogoni za monopolem na prawdę uległa rozbiciu. Różne państwa, a w obrębie państw różne grupy społeczne, żyją według różnych etyk. Pozytywizm przypieczętował obojętność w stosunku do etyki. Nowsze kierunki w romanistyce do tego zagadnienia przywiązują coraz to większą wagę. Początek za granicą zrobił we Włoszech Salvatore Riccobono, w Niemczech Johannes Stroux w słynnej rozprawie *Summum ius summa iniuria*, przedstawionej w 1934 roku na kongresie w Rzymie z okazji 1400 lat kompilacji justyniańskiej. W ostatnich dziesięcioleciach stają się one bardzo ważnym nurtem romanistyki. Myślę, że mają one szanse odegrania dużej roli w konsolidacji moralnej ludzi, która się staje koniecznością. Myślę także, a jestem tu również uczniem Adama Krokiewicza⁸⁵, że prawo i etyka jest jedynym środkiem obrony ludzi przed techniką, która nas postawiła nad brzegiem niebytu.

⁸⁴ Por. H. Coing, *Das Verhältnis der positiven Rechtswissenschaft zur Ethik im 19 Jahrhundert, Recht und Ethik: Zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert* (1970) s. 11 nn.

⁸⁵ Por. *Zarys filozofii greckiej* s. 32 n.