

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie
Wydział Prawa i Administracji

Studia **P**rawnoustrojowe

21



Wydawnictwo
Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego
w Olsztynie

KOMITET REDAKCYJNY

Małgorzata Szwejkowska (redaktor naczelna)
Robert Dziembowski, Beata Kędzierska (zastępcy)
Martyna Seroła (sekretarz)

RADA NAUKOWA

Bronisław Sitek, Stanisław Pikulski, Jarosław Dobkowski, Piotr Majer,
Agnieszka Góra-Błaszczkowska, Sebastiano Tafaro, Egidijus Jarasiunas,
Pavel Kubiček, Jaime Bonet

ADRES REDAKCJI

Wydział Prawa i Administracji UWM
10-702 Olsztyn, ul. Warszawska 98
tel. 89 524 64 31, fax 89 535 15 97

SEKRETARZ TOMU

Magda Pieńkowska

REDAKCJA WYDAWNICZA

Elżbieta Pietraszkiewicz

PROJEKT OKŁADKI

Maria Fafińska

Lista recenzentów zostanie zamieszczona
w ostatnim numerze danego roku

PL ISSN 1644-0412

© Copyright by Wydawnictwo UWM • Olsztyn 2013

Wydawnictwo UWM

ul. Jana Heweliusza 14, 10-718 Olsztyn
tel. 89 523 36 61, fax 89 523 34 38
www.uwm.edu.pl/wydawnictwo/
e-mail: wydawca@uwm.edu.pl

Nakład: 110 egz.; ark. wyd. 16,4; ark. druk. 14
Druk: Zakład Poligraficzny UWM w Olsztynie, zam. nr 514

Spis treści

ARTYKUŁY

Robert Dziembowski, Małgorzata Szwejkowska, Ochrona czci w starożytnym prawie	5
Michał Hejbudzki, Domy składowe jako wyraz ewolucji prawa składu na ziemiach polskich w okresie do 1918 r.	13
Justyna Krzywkowska, Przeszkoda niemocy płciowej w świetle wykładni kan. 1084 Kodeksu Prawa Kanonicznego z 1983 roku	35
Bronisław Sitek, Ewolucja odpowiedzialności za sprzedajność (concessio) w prawie rzymskim	47
Piotr Sadowski, Starość w prawie rzymskim	59
Sławomir Patrycjusz Kursa, Rzymskie korzenie stanowiska Gracjana w kwestii przyczyny sprawczej małżeństwa	79
Amparo Montañana Casaní, “Postliminium receptum Gallus Aelius in libro significationum, quae ad ius pertinent...”. Origine storica del postliminium e sua classificazione	87
Carmen Lázaro Guillamón, Associazioni di pescatori, uno spazio di identità sociale nella Hispania romana e nella attualità	99
Marcin Dąbrowski, Dialog w starożytnej Grecji jako podstawa współczesnej nauki	109
Igor Palúš, Obecné zastupiteľstvo v systéme miestnej samosprávy	121
Alena Krunková, Referendum na lokálnej úrovni v Slovenskej republike	133
Maria Casola, Gli stranieri e la mediazione	145
Patricia Panero Oria, The methodological criteria of counterpropositions within the Roman social legal framework	157
Jerzy Kawa, Metodologia, metodyka, metoda jako podstawa wywodu naukowego	169

RECENZJE

Anna Korzeniewska-Lasota, Węzłowe problemy prawa dyscyplinarnego w służbach mundurowych, pod red. Piotra Józwiaka i Krzysztofa Opalińskiego, Wydawnictwo Szkoły Policji w Pile, Piła 2012	189
Aldona Rita Jurewicz, Pedro López Barja de Quiroga, Historia de la Manumisión en Roma. De los orígenes a los Severos, Gerión Naejos. Serie de monografías. Anejo XI, Publicaciones Universidad Complutense, Madrid 2007	193

SPRAWOZDANIA

Bronisław Sitek, Sprawozdanie z III Międzynarodowej Konferencji Romanistycznej <i>Interes prywatny a interes publiczny w prawie rzymskim. Współczesne spostrzeżenia Kętrzyn</i> (Centrum Szkoleniowe Straży Granicznej), 28–29 maja 2012 r.	209
--	-----

Agnieszka Kowalska , Sprawozdanie z ogólnopolskiej konferencji <i>Państwo a zdrowie</i> , Olsztyn, 4 czerwca 2012 r.	213
Anna Korzeniewska-Lasota, Adam Zienkiewicz , XX Jubileuszowy Zjazd Katedr Teorii i Filozofii Prawa <i>Integracja zewnętrzna i wewnętrzna prawnictwa</i> , Łódź, 6–9 września 2012 r.	215
Małgorzata Szwejkowska, Robert Dziembowski , Sprawozdanie z II Warmińskiej Konferencji Nauk Penalnych <i>Granice kryminalizacji i penalizacji</i> , Olsztyn, 19–20 września 2013 r.	217

Artykuły

Robert Dziembowski

Małgorzata Szwejkowska

Katedra Prawa Karnego Materialnego

Wydział Prawa i Administracji UWM

Ochrona czci w starożytnym prawie

Analizy współczesnych form ochrony czci i godności człowieka nie mogą być uznane za kompletne bez przedstawienia, jak kształtowała się ta ochrona w najstarszych regulacjach prawnych i jakim zmianom ulegała w historii prawa.

Do najdawniejszych pomników prawa należy Kodeks Ur-Nammu, sumeryjskiego króla, założyciela III dynastii z Ur i władcy miasta Ur. Dokładniejsza data panowania tego władcy, a co za tym idzie – powstania kodeksu, nie została jak dotąd ustalona. Przyjmuje się, iż przypada około 2500 r. p.n.e. Kodeks Ur-Nammu wyprzedza kodeksy Hammurabiego i Lipit-Isztara. Poszczególne przepisy rozpoczynają się od słowa „jeśli” (*tukumbi*), a cały kodeks dzieli się na prolog, część normatywną oraz prawdopodobnie epilog¹. Artykuł 10 tego kodeksu reguluje kwestię fałszywego oskarżenia o czary. Zachowany fragment stanowi, iż z inicjatywy oskarżyciela osoba oskarżona o czary mogła być poddana tzw. próbie wody. Jeśli oskarżony okazał się niewinny, tj. po zanurzeniu w rzece wypłynął na powierzchnię, oskarżyciel ponosił karę (jej charakter nie jest znany, gdyż nie zachowała się końcowa część artykułu 10)².

Kolejnym znanym sumeryjskim zbiorem praw jest Kodeks Lipit-Isztara, którego panowanie przypadało na lata 1875–1865 p.n.e. Tekst kodeksu dzieli się na trzy części: wstęp, część normatywną oraz epilog. Artykuł 17 przewiduje karę za fałszywe oskarżenie: „Jeśli ktoś kogoś innego, nie schwytawszy go na gorącym uczynku, oskarża o coś, czego nie ma, i nie udowadnia mu tego, poniesie karę przewidzianą za to, o co go oskarżył”³.

Na terenie Mezopotamii w III tysiącleciu p.n.e. powstało szereg państw. W 2007 r. p.n.e. na skutek najazdu Amorytów i Elamitów państwo Ur uległo rozbiciu. Na jego gruzach powstało m.in. państwo starobabilońskie. Władca

¹ C. Kunderewicz, *Kodeks Ur-Nammu*, CPH, Poznań 1958, t. X, z. 2, s. 11–16.

² C. Kunderewicz, *Najstarsze prawa świata*, Łódź 1972, s. 11.

³ Ibidem, s. 27; zob. też C. Kunderewicz, *Kodeks Lipit-Isztara*, CPH, Poznań 1959, t. XI, z. 2, s. 29, 38, 41.

Babilonu panujący w latach 1720–1668 p.n.e.⁴ był twórcą jednego z najbardziej znanych pomników prawa – Kodeksu Hammurabiego. Kodeks składa się z prologu, części normatywnej liczącej 282 paragrafy oraz epilogu⁵.

Kodeks Hammurabiego⁶ nie traktował czci jako dobra prawnego chronionego specjalnymi przepisami. Mamy tutaj do czynienia jedynie z typowymi przypadkami karalności zniewag i to wyłącznie w przypadku ochrony czci członków klasy panującej. Kodeks karze osobę dokonującą fałszywego oskarżenia o zabójstwo (§ 1), gdy ta nie jest w stanie tego faktu udowodnić. W takiej sytuacji oszczerca karany był śmiercią. Podobna kara przewidziana była za oskarżenie o czary (§ 2). Osoba, która nie była w stanie swojego oskarżenia udowodnić, zostawała poddawana próbie wody⁷. Śmiercią karane były również fałszywe zeznania w przypadku, gdy osoba, która słowa wypowiedziała, nie udowodniła ich prawdziwości (§ 3). Jeśli zeznania te dotyczyły zboża lub pieniędzy, ponosiła odpowiedzialność właściwą dla danej sprawy (§ 4)⁸. Zgodnie z § 11 śmiercią karano osobę, która fałszywie oskarżyła pełnoprawnego obywatela o kradzież. W przypadku, gdy osoba, która nie była w rzeczywistości ofiarą kradzieży, twierdziła przed władzami swojego okręgu, iż taki czyn miał miejsce, po udowodnieniu fałszywego oskarżenia podlegała karze dwukrotnej rekompensaty na rzecz swojego okręgu tego, czego sama się domagała (§ 126)⁹. W przypadku pomówienia o nieprzyzwoite postępowanie (prawdopodobnie dotyczyło to spraw intymnych) skierowane przeciwko arcykapłance bądź małżonce pełnoprawnego obywatela sprawca, o ile nie potrafił swojego twierdzenia udowodnić, podlegał karze chłosty i hańbiącego ostrzyżenia głowy (§ 127)¹⁰.

Niezwykle duży wkład w rozwój koncepcji ochrony czci miało bezsprzecznie prawo rzymskie. W literaturze przedmiotu proponuje się różne podziały. Na potrzeby niniejszego artykułu można podzielić historię prawa rzymskiego na okres sprzed prawa XII Tablic (753–450 p.n.e.), okres formalnego obowiązywania ustawy XII Tablic (451–27 p.n.e.) oraz okres obowiązywania prawa klasycznego i poklasycznego (27 p.n.e. – 565 r.)¹¹.

Według źródeł okresu justyniańskiego pojęcie *iniuria* występowało w języku prawnym starożytnego Rzymu w dwóch podstawowych znaczeniach. Pierwsze odnosiło się do różnych czynów, których wspólnym mianow-

⁴ B. Sygit, *Historia prawa kryminalnego*, Toruń 2007, s. 76.

⁵ W. Huba (red.), P. Bożym, K. Dąbrowski, M. Różański, *Dzieje państwa od starożytności do połowy XX w.*, Warszawa 2003, s. 168; zob. również M. Stępień, *Kodeks Hammurabiego*, Warszawa 1996, s. 56–59.

⁶ S. Estreicher, *Najstarsze kodeksy prawne świata. Kultura prawnicza trzeciego i drugiego tysiąclecia przed Chrystusem*, Kraków 1931, s. 17.

⁷ J. Klima, *Prawa Hammurabiego*, Warszawa 1957, s. 279.

⁸ R. Skeczowski, *Pomniki prawa. Kodeks Hammurabiego. Prawo Salickie. Wielka Karta Wolności*, Koszalin 1996, s. 29.

⁹ Ibidem, s. 62.

¹⁰ J. Klima, op. cit., s. 279–280.

¹¹ B. Sygit, op. cit., s. 97.

nikiem było bezprawie: *omne enim quo non iure fit, iniuria fieri dicitur*, drugie do deliktu *iuris civilis* – do zniewagi¹².

Przed prawem XII Tablic zdawano sobie sprawę, iż każde naruszenie reguł społecznych powinno zostać ukarane. W początkowym okresie zachowania naruszające interesy indywidualne powodowały jedynie reakcję pokrzywdzonego bądź jego rodziny (w formie zemsty prywatnej lub prawa odwetu). Później doszło do ukształtowania się przestępstw prywatnych (*delictum*)¹³ i przestępstw publicznych (*crimen*)¹⁴.

Do źródeł pierwotnych zakazów w okresie sprzed ustawy XII Tablic należały zarówno zakazy religijne – obejmujące czyny obrażające bogów i narażające całe społeczeństwo na ich zemstę, jak i zakazy wynikające ze zwyczajowych norm prawa międzyludzkiego (*ius*)¹⁵. W tym okresie *ius* uosabiało porządek prawny. Jego zaprzeczeniem była *iniuria*, czyli niedozwolone naruszenie dóbr materialnych oraz nietykalności człowieka¹⁶.

Czyny, które naruszały wymienione powyżej zakazy, zostały zabronione i jako krzywdzące poszczególnych ludzi stały się przestępstwami prawa prywatnego (*delicta*), a czyny godzące w spokój społeczny – przestępstwami prawa publicznego (*crimina*)¹⁷.

Ustawa XII Tablic powstała w V wieku p.n.e. i formalnie nigdy nie została uchylona¹⁸. Była ona owocem pracy decemwirów (komisji złożonej z dziesięciu mężów – *decemviri legi bus scribundis*). Odnosiła się przede wszystkim do szeregu czynów przestępczych. Z biegiem czasu wzięto pod uwagę także te zachowania, które przejawiały się jako zniewaga osoby fizycznej przez naruszenie czci mianem *iniuria*. Ustawa przewidywała trzy wypadki, które weszły w zakres *iniurii*¹⁹:

1. Przestępstwo określone jako *malum carmen* oraz *occentatio* było utożsamiane z pismami oszczerczymi i z wrzawą (*convicium*). *Occentatio* to publiczne zniesławienie dokonywane pierwotnie przez szkodliwe zaklęcia czaro-

¹² A. Koch, *Ewolucja deliktu iniuria w prawie rzymskim epoki republikańskiej*, CPH, Poznań 1967, t. XIX, z. 2, s. 51.

¹³ Delikty (*delicta, maleficia*) to lekkie przestępstwa naruszające mniej istotne interesy jednostek (przestępstwa prawa prywatnego). Prawo rzymskie odróżniało: 1) delikty prawa cywilnego – zaliczano do nich *iniuria, furtum, damnum iniuria datum, rapina*; 2) delikty prawa pretorskiego, czyli *metus, dolus, fraus creditorum*. Pokrzywdzony mógł dochodzić w procesie cywilnym zadośćuczynienia za wyrządzoną krzywdę, przy czym suma należna pokrzywdzonemu mogła stanowić nie tylko wynagrodzenie szkody, ale również karę za dokonane przestępstwo. Za: R. Taubenschlag, *Rzymskie prawo prywatne*, Warszawa 1969, s. 385–386.

¹⁴ B. Sygit, op. cit., s. 98.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ A. Koch, op. cit., s. 51.

¹⁷ B. Sygit, op. cit., s. 99.

¹⁸ M. Zabłocka, J. Zabłocki, *Ustawa XII Tablic. Tekst – Tłumaczenie – Objasnienia*, Warszawa 2003, s. 5.

¹⁹ R. Taubenschlag, op. cit., s. 387; zob. również E. Gintowt, *Rzymskie prawo prywatne w epoce postępowania legislacyjnego (od decemwiratu do lex Aebutia)*, Warszawa 2005, s. 104–105.

dziejskie. Wypowiadanie magicznych zaklęć oraz układanie i śpiewanie pieśni, które zniesławiały innych, zagrożone było karą śmierci²⁰.

2. Ciężkie uszkodzenie ciała z wyjątkiem złamania kości (*membrum ruptum*) i uszkodzenie ciała przez złamanie kości (*os fractum*).

3. Naruszenie czci poprzez dokonanie zniewagi, które nie powodowało trwałego uszkodzenia ciała (np. spoliczkowanie), podlegało karze 25 asów.

Wykształcenie się pojęcia czci (*existimatio*) oraz pojęcia jej naruszenia, czyli zniewagi (*contumelia*), stworzyło potrzebę zastosowania środka prawnego zapewniającego ochronę *existimatio*. Ochrony tej bowiem nie przewidywała ustawa XII Tablic²¹. Pretor wypowiedział się na ten temat w czterech edyktach. W pierwszym (*edictum generale*) określono kary jedynie za przypadki *iniurii* przewidziane w ustawie XII Tablic. Na mocy drugiego edyktu (*edictum de convicio*) karano znieważenie ściśle określonej osoby poprzez publiczne wykrzykiwanie słów uważanych za obelżywe. Trzeci edykt (*edictum de adtemptata pudicitia*) brał pod ochronę cześć kobiety lub osoby nieletniej. Czwarty (*edictum ne quid infamandi causa fiat*) karał wszystkie inne przypadki, które nie były przewidziane we wcześniejszych edyktach²². Od tego edyktu sprawca ponosił karę z uwagi na chęć znieważenia innej osoby, bez względu na formę, w jakiej swój zamiar uzewnętrznił²³. Pretor wprowadził *actio iniuriarum aestimatoria*²⁴, która służyła we wszystkich przypadkach zniewagi. Jej skutkiem była infamia. Osoba, której cześć naruszono, szacowała (*aestimatio*) doznaną krzywdę, ale sędzia upoważniony był do sądzienia według własnego uznania (*ex bono et aequo*)²⁵.

Doskonałym źródłem opracowań z okresu prawa klasycznego (27 p.n.e. – 284 n.e.)²⁶ pozostają *Institutiones* Gaiusa, napisane prawdopodobnie w latach 160–161. Zawierają one zwięzłe przedstawienie rzymskiego prawa prywatnego i składają się z czterech ksiąg zwanych komentarzami (*commentarii*). Pierwszy dział prawa – *ius quo ad personas pertinet* – obejmuje prawo osobowe, wypełniając księgę pierwszą, dział drugi – *ius quod ad res pertinet* – poświęcony został prawu majątkowemu i wypełnia księgę drugą i trzecią, dział trzeci – *ius quod ad actiones pertinet* – dotyczący postępowań i po-

²⁰ B. Sitek, *Infamia w ustawodawstwie cesarzy rzymskich*, Olsztyn 2003, s. 147.

²¹ A. Koch, op. cit., s. 66–67.

²² R. Taubenschlag, op. cit., s. 388–389, zob. również W. Litewski, *Rzymskie prawo prywatne*, Warszawa 2003, s. 310.

²³ A. Koch, op. cit., s. 70.

²⁴ Skarga *actio iniuriarum aestimatoria* przysługiwała poszkodowanemu, który mógł dochodzić kary pieniężnej, i opierała się na ocenie krzywdy wyrządzonej przez sprawcę. Zaliczana była do skarg infamujących (*actio famosa*) i przysługiwała wyłącznie osobie poszkodowanej, nie podlegała natomiast dziedziczeniu (należała do tzw. *actiones vindictam spirantes*), tj. wygasała z chwilą śmierci poszkodowanego bądź sprawcy deliktu. Za: A. Dębiński, *Rzymskie prawo prywatne. Kompedium*, Warszawa 2007, s. 318.

²⁵ W. Bojarski, *Prawo rzymskie*, Toruń 1999, s. 217.

²⁶ B. Sygit, op. cit., s. 97.

wództw wypełnia ostatnią czwartą księgę²⁷. Zniewaga została uregulowana w księdze trzeciej we fragmentach 220–225.

Za znieważenie uznawano nie tylko przypadki, gdy osoba została uderzona czy pobita, ale również jeśli inna osoba publicznie obrzuciła ją obelgami. Ze zniewagą miano do czynienia także wówczas, gdy ktoś wystawił na licytację majątek innej osoby, wiedząc, że osoba ta nie jest dłużnikiem²⁸, lub gdy napisał wierszyk bądź paszkwil w celu zniesławienia innej osoby. Także natrętne chodzenie za kobietą zamężną oraz młodzieńcem było uznane za zniewagę. Jak zaznacza Gaius, zniewaga mogła być popełniona również innymi sposobami (G. 3.220)²⁹ i to nie tylko bezpośrednio na konkretnej osobie, ale również pośrednio poprzez zstępnych pozostających pod władzą ojcowską oraz poprzez żonę – nawet w sytuacji, gdy nie pozostawała już ona pod władzą męża (G. 3.221)³⁰. Oznacza to, iż zniewaga dzieci (*sub potestate*), żony (*quamvis in manu nostra non sit*), narzeczonej bądź zmarłego była znieważeniem ojca, męża, narzeczonego czy spadkobiercy³¹.

Niewolnikowi nie można było wyrządzić żadnej zniewagi, ale zakładano, iż poprzez niewolnika można było dokonać zniewagi jego właściciela (*sed domino per eum fieri videtur*)³². Musiało być to jednak działanie rażące i dokonane w celu znieważenia właściciela (G. 3.222). W przypadku publicznego obrzucenia niewolnika obelgami lub uderzenia go pięścią właścicielowi niewolnika przeciwko sprawcy znieważenia nie przysługiwało żadne powództwo³³.

W *Institutiones* przypomniano kary stosowane za zniewagę przewidziane w ustawie XII Tablic, uznając je jednak za niewystarczające (G. 3.223). Zgodnie z G. 3.224 osoba znieważona sama mogła wycenić dotkliwość naruszenia czci, ale ostateczna wysokość rekompensaty była ustalana przez sąd. W przypadku ciężkich zniewag pretor miał prawo do wyceny dotkliwości znieważenia³⁴.

²⁷ W. Rozwadowski, *Gai Institutiones. Instytucje Gaiusa*, Poznań 2003, s. XIII–XIV.

²⁸ Oprócz sytuacji umieszczonej w podręczniku Gaiusa („jeśli ktoś wystawi na licytację majątek innego człowieka, wiedząc, że nie jest on zadłużony”) źródła prawa rzymskiego przekazują również inne podobne przypadki znieważenia: 1) gdy osoba wystawiła do sprzedaży przedmiot otrzymany w zastaw, sugerując, że dłużnik nie spłacił zabezpieczonego zastawem długu; 2) nazwanie dłużnikiem w celu znieważenia osoby nieobciążonej długiem; 3) wierzyciel, któremu dłużnik jest gotów spłacić dług, sugeruje poręczycielom, iż dłużnik nie jest w stanie tego zrobić; 4) gdy osoba zabezpiecza mienie lokatora w sposób sugerujący wyprowadzenie tego lokatora się bez zapłaty czynszu. Widać tu wyraźnie, jak wyczuleni byli Rzymianie na sprawy majątkowe. Bardzo poważnie traktowali zniewagę dokonaną przez rzucenie cienia podejrzenia na dobre imię osoby jako człowieka rzetelnego, niezadłużonego i nieprowadzącego wątpliwych interesów. Za: M. Kuryłowicz, *Prawo i obyczaje w starożytnym Rzymie*, Lublin 1994, s. 161.

²⁹ C. Kunderewicz, J. Rezler, *Gaius. Instytucje*, Warszawa 1982, s. 357.

³⁰ W. Rozwadowski, op. cit., s. 148.

³¹ W. Bojarski, op. cit., s. 217.

³² Zob. ibidem.

³³ Ibidem, s. 148–149.

³⁴ C. Kunderewicz, J. Rezler, op. cit., s. 359.

Zniewaga była uważana za ciężką (*iniuria atrox*)³⁵ z uwagi na:

1) sam czyn (*ex facto*) – zranienie innej osoby, wychłostanie jej bądź pobicie (G. 3.225)³⁶;

2) miejsce (*ex loco*) – w przypadku, gdy zniewaga była dokonana w teatrze lub na placu publicznym (*forum*);

3) stanowisko, jakie zajmował znieważony, gdy zniewagi doznawał urzędnik bądź senator ze strony osoby z niskiego stanu.

Iniuria była wspominana w licznych konstytucjach cesarskich. W jednej z nich za znieważenie uznaje się wypowiedź mającą na celu obrażenie wolnej osoby przez nazwanie jej niewolnikiem. Ulpian stwierdzał, iż zabronione jest dokonywanie jakiegokolwiek czynu, który ma na celu znieważenie innych osób (cesarz Dioklecjan odniósł się w tej kwestii do edyktu pretorskiego *ne quid infamandi causa fiat*)³⁷. Zdaniem Ulpiana naruszenie czci mogło przyjmować formę działania bądź słów uznanych za obraźliwe. Mogła to być również wypowiedź ironiczna, oceniająca wygląd innej osoby, jak również układanie i pisanie pieśni oraz nakłanianie do ich pisania i śpiewania w celu zniesławienia³⁸.

Termin „infamia” w prawie rzymskim miał podwójne znaczenie. Stanowił rodzaj kary, ale również oznaczał stan bliski oszczerstwu (nie będąc nim), gdyż osoba wypowiadająca infamujące słowa podawała nieprawdę co do stanu społecznego osoby pomówionej³⁹.

Przez *libellus famosus* rozumiano początkowo pisemny paszkwil, w którym publicznie dokonywano zniesławienia, a następnie także donosy i fałszywe oskarżenia. Konstytucja z 16 lutego 365 r. zawierała zakaz nie tylko rozpowszechniania, ale również pisania i czytania paszkwilów⁴⁰.

21 listopada 533 r. opublikowane zostały *Instytucje* Justyniana. Podręcznik dzielił się na cztery księgi i opierał się przede wszystkim na *Institutiones* Gaiusa⁴¹. Rozwiązania z G. 3.220–225 zostały tam przeniesione (znieważenie znajduje się w księdze czwartej w tytule czwartym) i rozwinięte. Fragment G. 3.220 uzupełniono w ten sposób, że nie tylko natrętne chodzenie za kobietą zamężną oraz młodzieńcem będzie uznane za zniewagę, ale również za dziewczyną bądź inną osobą, na której wstydlivość nastawano. Do fragmentu G. 3.221 dodano, iż w razie wyrządzenia zniewagi mężowi żona nie może prowadzić sporu z tego powodu, choć może to zrobić w jej imieniu teść, gdyż pod jego władzą ojcowską znajduje się jej mąż. G. 3.222 uzupełniono

³⁵ W. Bojarski, op. cit., s. 217.

³⁶ I. Żeber, *Prawo rzymskie. Teksty źródłowe do ćwiczeń*, Wrocław 1998, s. 180.

³⁷ B. Sitek, op. cit., s. 148.

³⁸ Ibidem, s. 149.

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ Ibidem, s. 150–151.

⁴¹ W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérier, *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, Warszawa 2009, s. 83.

o sytuację, w której zniewaga została wyrządzona niewolnikowi należącemu do współwłaścicieli. W takiej okolicznościach oszacowania zniewagi dokonuje się nie w stosunku do części, jaką mają we współwłasności, ale biorąc pod uwagę osoby współwłaścicieli. Jeśli osobie wolnej, która służy innej jak niewolnik, została wyrządzona zniewaga, to sam poszkodowany ma prawo do wystąpienia z powództwem, chyba że został znieważony w celu naruszenia czci osoby, u której służy. Do G. 3.223 i G. 3.224 dodano stwierdzenie, iż wycena zniewagi zmienia się w zależności od stopnia godności i uczciwości życia. Zniewaga jest uważana za ciężką poza sytuacjami określonymi w G. 3.225, gdy została wyrządzona wstępnemu bądź patronowi przez następnych lub wyzwolenców. Stwierdzono również, iż w sytuacji zignorowania zniewagi przez osobę po jej dokonaniu, osoba ta traci możliwość późniejszego wystąpienia z powództwem⁴².

Pojęcie czci (*existimatio*) było rozumiane jako korzystanie obywatela z przysługujących mu praw. Poszlakowanie czci pociągało za sobą pozbawienie bądź ograniczenie obywatela w przysługujących mu prawach (np. *ius suffragii* – prawa uczestniczenia i głosowania na zgromadzeniach ludowych oraz prawa wybierania wyższych urzędników magistratualnych, *ius honorum* – prawa do bycia wybieranym na wszystkie urzędy magistratualne, czy *ius conubii* – prawa zawierania związków małżeńskich z wolno urodzonymi⁴³). Umniejszenie czci mogło być następstwem dokonania czynu hańbiącego, wykonywania wzgardzonego rzemiosła (*infamia immediate*) bądź konsekwencją skazania za czyn karygodny pociągający za sobą niesławę (*infamia mediata*)⁴⁴.

Ciekawą instytucją prawa rzymskiego była również utworzona na podstawie *lex de censoribus creandis* z 443 r. kolegialna magistratura cenзорów (*censores*). Ich głównym zadaniem było strzeżenie dobrych obyczajów, co łączyło się z kwestiami utraty dobrego imienia czy czci obywatelskiej. Funkcjonowanie tego urzędu polegało na ustalaniu spisu obywateli (*census*) oraz udzielaniu nagany publicznej bądź zastrzeżenia w sprawie danego obywatela (*nota censoria*). Cenзорzy posiadali uprawnienie do ustalania przynależności obywateli do określonej klasy (w 58 r. p.n.e. możliwość ta została zabroniona), mogli pozbawić prawa do głosowania, usunąć z centurii jazdy, a nawet z senatu⁴⁵.

Ochrona czci człowieka w najdawniejszych regulacjach prawnych ulegała szybkiej ewolucji, której ukoronowanie znajdujemy w rozwiązaniach przyjętych w starożytnym Rzymie.

⁴² C. Kunderewicz, *Instytucje Justyniana*, Warszawa 1986, s. 229–232.

⁴³ W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Brier, op. cit., s. 46–47.

⁴⁴ W. Kulesza, *Zniesławienie i zniewaga. Ochrona czci i godności osobistej człowieka w polskim prawie karnym – zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1984, s. 9.

⁴⁵ W. Mossakowski, *Działalność cenзорów w zakresie ochrony dobrych obyczajów w Rzymie*, [w:] M. Kuryłowicz (red.), *Crimina et mores. Prawo karne i obyczaje w starożytnym Rzymie*, Lublin 2001, s. 114–116.

Summary

Protection of a good name in the light of ancient law regulations

Key words: ancient law, good name protection, genesis and evolution of the protection that regard good name and honor.

In this paper, the authors present the genesis and evolution of the laws that protected the good name and honor in ancient times, beginning with the analysis of the Sumerian solutions, till thorough analysis of the ancient Roman law. The aim of this article is to highlight the evolution of legal norms of the protection of honor in ancient times, in order to facilitate understanding of modern concepts that regard the protection of a good name.

Michał Hejbudzki

Katedra Prawa Gospodarczego

Wydział Prawa i Administracji UWM

Domy składowe jako wyraz ewolucji prawa składu na ziemiach polskich w okresie do 1918 r.

Wprowadzenie

Podstawą prawną dla działalności domów składowych w Polsce w okresie od 2001 r. do 2011 r. była ustawa z dnia 16 listopada 2000 r. o domach składowych oraz o zmianie Kodeksu cywilnego, Kodeksu postępowania cywilnego i innych ustaw (dalej: u.d.s.)¹.

Domy składowe są kwalifikowanymi przedsiębiorcami składowymi, o czym świadczy podporządkowanie ich aktywności regułom działalności regulowanej oraz wyposażenie w atrybut zbywania przez licytację publiczną rzeczy złożonych na skład, a zwłaszcza uprawnienie do wystawiania dowodów składowych. Stosownie zaś do przepisu art. 2 pkt 3 u.d.s. dowód składowy oznacza zbywalny przez indos dokument wydany przez dom składowy, składający się z dwóch części, z których jedna (rewers) stwierdza posiadanie rzeczy złożonych na skład, a druga (warrant) stwierdza ustanowienie zastawu na rzeczach złożonych na skład.

Jednocześnie całokształt unormowań dotyczących domów składowych, analiza przesłanek przywrócenia instytucji domów składowych oraz zadania i cele, które wiążą się z ich działalnością, prowadzą do wniosku, że celem działalności domów składowych jest pełnienie określonych funkcji na rynku. Możliwe i zasadne jest kreowanie trzech podstawowych funkcji domów składowych, z których pierwsza związana jest z przechowywaniem towarów, druga dotyczy usprawnienia obrotu towarowego, natomiast trzecia polega na wprowadzeniu nowej podstawy udzielania kredytu, którego zabezpieczeniem są towary.

¹ Dz.U. nr 114, poz. 1191 ze zm. Przytoczona ustawa weszła w życie z dniem 4 stycznia 2001 r. i następnie została uchylona przepisem art. 104 ustawy z dnia 25 marca 2011 r. o ograniczaniu barier administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców (Dz.U. nr 106, poz. 622 ze zm.), który wszedł w życie z dniem 1 lipca 2011 r.

Należy pamiętać, że instytucja domów składowych ma długą tradycję – jej początki sięgają wieków średnich. Jednocześnie domy składowe związane są nieodłącznie z normami prawa składu, które stworzyły podstawy do ukształtowania się domów składowych w dzisiejszej postaci. Rozwiązania prawne przyjęte w przepisach u.d.s. co do zasady powieliły polskie unormowania z okresu międzywojennego² oraz obowiązujące na ziemiach polskich w okresie zaborów³, jak również w głównych zarysach pozostawały zgodne z unormowaniami obowiązującymi w wielu państwach⁴.

Dlatego celem niniejszego opracowania stało się zbadanie procesu wyodrębniania się na ziemiach polskich instytucji domów składowych z norm prawa składu, jak też analiza pierwszych prawnych regulacji dotyczących działalności domów składowych. Tłem dla tych rozważań są uwagi na temat kształtowania się podstaw prawnych tej instytucji w porządkach prawnych wybranych krajów.

Rozwój prawa składu i domów składowych w systemach prawnych wybranych państw

Potrzeba składowania rzeczy, zwłaszcza żywności, towarzyszyła człowiekowi nieomal od samego początku jego istnienia i wynikała z dążenia do uniezależnienia się od sił przyrody. Rezultatem organizowania się starożytnych społeczeństw w państwa było m.in. przekształcenie początkowych, bardzo

² Zob. rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 28 grudnia 1924 r. o prawie o domach składowych (Dz.U. nr 114, poz. 1020) oraz art. 647–681 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 czerwca 1934 r. – Kodeks handlowy (Dz.U. nr 57, poz. 502).

³ W zaborze austriackim obowiązywała ustawa z 28 kwietnia 1889 r. o zakładaniu i prowadzeniu publicznych domów składowych i o dowodach składowych, które domy takie wystawiają (pełny tekst ustawy zob. w: *Ustawa handlowa wraz z ustawami dodatkowymi*, w tłumaczeniu prof. dra Józefa Rosenblata, wydanie trzecie z objaśnieniami prof. dra Stanisława Wróblewskiego, t. II: *Ustawy dodatkowe*, Kraków 1917, s. 278 i n.); w zaborze niemieckim obowiązywały art. 416–424 niemieckiego k.h. (*Handelsgesetzbuch – HGB*) z 10 maja 1897 r. (pełny tekst zob. T. Zborowski, *Niemiecki kodeks handlowy z dnia 10 maja 1897 r. z uwzględnieniem ustaw uzupełniających*, na język polski przełożył i wydał Tadeusz Zborowski, radca sądu okręgowego w Inowrocławiu, Poznań 1912, s. 118 i n. oraz *Kodeks handlowy obowiązujący na ziemiach zachodnich Rzeczypospolitej Polskiej*, przekład urzędowy z uwzględnieniem ustawodawstwa polskiego, Poznań 1924, s. 143 i n.); natomiast w zaborze rosyjskim ustawa z 1888 r. o składach towarowych (omówienie ustawy zob. *Studia Władysława Andrychiewicza poprzedzone wspomnieniem o nim, skreślone przez Adolfa Suligowskiego*, Warszawa 1903, s. 241 i n. oraz W. Andrychiewicz, *Składy towarowe i warranty*, [w:] *Encyklopedia handlowa*, Warszawa 1891, s. 766 i n.), choć obowiązywanie tej ustawy w Królestwie Polskim było kwestią sporną.

⁴ Tytułem przykładu można wskazać Francję (art. L 522–1–L 522–40 francuskiego k.h.), Włochy (art. 1787–1797 włoskiego k.c. oraz przepisy rozporządzenia z dnia 1 lipca 1926 r. o organizacji domów składowych), Niemcy (§ 475b–475g niemieckiego k.h.) oraz USA (przepisy części 7 Uniform Commercial Code, jednakże zastosowanie tych regulacji do rolnych domów składowych jest ograniczone przez prawo federalne, czego wyrazem jest United States Warehouse Act z 2000 r. oraz Regulations for the United States Warehouse Act).

prymitywnych metod gromadzenia oznaczonych dóbr wyłącznie na własne potrzeby w coraz sprawniejsze sposoby magazynowania towarów z przeznaczeniem dla szerokich kręgów odbiorców. Polityka zmierzająca do zapobiegania kryzysom spowodowanym klęskami nieurodzaju prowadzona była m.in. w starożytnym Egipcie⁵, państwie izraelskim⁶ i Rzymie⁷. Począwszy od średniowiecza, występowanie spichlerzy zbożowych charakterystyczne było także dla państw europejskich, w tym Polski⁸.

Proces magazynowania produktów doprowadził do wykształcenia się regulacji prawnych mających na celu unormowanie dokonywanych czynności z tym związanych. W Europie prawo składu w sformalizowanej już postaci najwcześniej pojawiło się w państwach Europy Zachodniej. Za datę jego powstania przyjmuje się umownie rok 805, kiedy to Karol Wielki nakazał kupcom zmierzającym do krajów słowiańskich i awarskich przymusowe zatrzymywanie się w przygranicznych miastach monarchii frankońskiej, m.in. Magdeburgu, Erfurcie, Hallstadt, Barewich. Tylko tam kupcy frankońscy mogli handlować bezpośrednio z przybyłymi kupcami słowiańskimi i awarskimi oraz sprzedawać im nieograniczony asortyment towarów z wyjątkiem broni. Kupcy frankońscy nie mogli zatem wyruszać do państw słowiańskich czy awarskich w celach handlowych. Mimo iż następnie Karol Łysy zniósł ten zakaz, utrzymując jedynie zakaz sprzedaży broni, to za słuszne należy uznać stanowisko, w świetle którego Karol Wielki zapoczątkował w ten sposób prawo składu⁹. W literaturze przedmiotu wskazuje się na wysokie prawdopodobieństwo, że rozkaz Karola Wielkiego nie tyle stwarzał nowy stan prawny, co raczej sankcjonował już wykształcone zwyczaje¹⁰. Podnosi się także, że istniejący wówczas skład nie nosił jeszcze cech prawa, lecz zwyczaju¹¹.

Wśród instytucji pomocniczych prawa składu na uwagę zasługują domy kupieckie i składy towarów, ponieważ z uwagi na pełnione funkcje stanowią pierwowzór dla późniejszych domów składowych¹².

⁵ Pismo Święte Starego i Nowego Testamentu, Biblia Tysiąclecia, Poznań 2000, Księga Rodzaju 41, 40–57; 41,48; 41, 56.

⁶ Ibidem, Pierwsza Księga Kronik, 27, 27–28; Druga Księga Kronik 8, 4 i 6.

⁷ T. Korzon, S. Kempner, *Handel w przeszłości i w stanie dzisiejszym świata*, Warszawa 1901, s. 15–16; R. Ludwicki, *Custodia w rzymskim prawie prywatnym*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu, Nauki Humanistyczno-Społeczne”, z. 14, Prawo V, Toruń 1965, s. 96–97; J. Namitkiewicz, *Podręcznik prawa handlowego, wekslowego i czekowego*, Warszawa 1922, s. 166; B. Hełczyński, *Domy składowe i warranty*, [w:] *Encyklopedia pod ręczną prawą publicznego*, t. I, Warszawa [b.d.w.], s. 110; J. Kunert, *Transakcje w handlu morskim*, Warszawa 1958, s. 284.

⁸ Zob. *Studia Władysława Andrychiewicza...*, s. 241; W. Andrychiewicz, *Składy towarowe...*, s. 766; B. Hełczyński, op. cit., s. 111.

⁹ S. Lewicki, *Studia nad historią handlu w Polsce. Przywileje handlowe (prawo składu)*, Warszawa 1920, s. 94.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ S. Górzyński, *Prawo składu w Polsce*, Warszawa 1926, s. 3.

¹² K. Petyniak-Sanecki, *Technika handlu światowego, Część ogólna*, Lwów – Warszawa 1925, s. 122; *Studia Władysława Andrychiewicza...*, s. 242.

Domy kupieckie to miejsca, w których kupiec mógł złożyć i sprzedać swój towar oraz znaleźć dla siebie schronienie. W Niemczech określano je jako *Weich*, *Flucht*, a zwłaszcza *Kaufhause*. Zakładali je kupcy dokonujący wymiany handlowej z krajami słowiańskimi. Jako przykład można podać uzyskanie przez kupców bremeńskich prawa do zbudowania w Inflantach zamku mającego służyć jako dom kupiecki¹³.

Z kolei składy towarów charakterystyczne są dla miast hanzeatyckich¹⁴. Produkty do tych miast dostarczane podlegały niezwłocznie mierzeniu, ważeniu, sortowaniu i gromadzeniu w specjalnych miejscach ze względu na rodzaj i gatunek towaru. W miastach hanzeatyckich występowały także „kantory” (np. „dwór niemiecki” w Wielkim Nowogrodzie), pod względem pełnionej roli zbliżone do domów kupieckich. Służyły one „gościom” z państwa lub miasta, które je sobie zbudowały. Na wzór kantorów powstawały domy gościnne. Jedne z nich były wznoszone przez „gości” w celu stworzenia sobie wygodniejszych warunków pobytu w obcym mieście oraz zapewnienia bezpieczeństwa towarów. Drugie wykazywały ściślejszy związek z prawem składu i były budowane przez miasto, by umożliwić szczegółową kontrolę kupców i ich towarów¹⁵.

Wszelkie próby zlokalizowania pierwszych domów składowych napotykały na trudności. Nowoczesne domy składowe w zasadniczy sposób różniły się bowiem od wcześniejszych składów służących przede wszystkim do przechowania towarów. Ich odmienność przejawiała się w tym, że zostały wyposażone w dodatkowy atrybut – możliwość wystawiania dowodów składowych, co sprzyjało rozwojowi stosunków kredytowych. Wydaje się, że kolebką domów składowych w ich aktualnym stanie była się Holandia. Wykształciły się tam one ze średniowiecznych przedsiębiorstw ważenia towarów, które wraz z upływem czasu rozszerzyły przedmiot swojej działalności o przyjmowanie i skład towarów. W XVII w. holenderska Kompania Wschodnioindyjska przyjęła praktykę wydawania swoim klientom dowodów złożenia towarów, które mogli przenosić na inne osoby w drodze indosu, aby sprzedać lub zastawić towar. Działalność ta stanowi pierwszy znany nauce przypadek wystawiania dowodów składowych¹⁶. W Holandii przyjął się system pojedynczych dowodów składowych, zwanych warrantami. Sprzyjały one szybkiemu rozwojowi składów publicznych, np. w Rotterdamie jeden ze składów zajmował powierzchnię 143 tys. m kw.¹⁷

Niemniej jednak w doktrynie zdaje się dominować pogląd upatrujący pierwszych domów składowych w Anglii¹⁸. Już w XVII w. w portach angielskich

¹³ S. Lewicki, *Studja nad historją handlu...*, s. 72.

¹⁴ Szerzej na temat Hanzы zob. T. Korzon, S. Kempner, op. cit., s. 28.

¹⁵ S. Lewicki, *Studja nad historją handlu...*, s. 72–74.

¹⁶ B. Hełczyński, op. cit., s. 110.

¹⁷ S. Orłowski, *Warranty i składy publiczne*, Poznań 1890, s. 7.

¹⁸ A. Boistel, *Wykład prawa handlowego*, Warszawa 1877, s. 355; S. Orłowski, op.cit., s. 3; W. Andrychiewicz, *Składy towarowe...*, s. 766; J. Namitkiewicz, *Podręcznik prawa handlowego, wekslowego i czekowego*, Warszawa 1922, s. 166–167.

skich budowano dostępne dla każdego prywatne składy towarowe. Mimo to podmioty odpowiadające dzisiejszemu znaczeniu domów składowych pojawiły się tam dopiero w drugiej połowie XVIII w. Wzrastające obroty towarowe w handlu morskim powodowały powstawanie tzw. kompanii dokowych, które w dużych portach budowały nie tylko doki, lecz również magazyny. Eksploatacja tych ostatnich stanowiła dla kompani główne źródło dochodów¹⁹. Z tego okresu pochodzą pierwsze wzmianki o wystawianiu dowodów składowych (tzw. *weights-notes* i warrantów). Przykładem jest założona w 1799 r. *West India Docks*, która pełniła już wszystkie właściwe dla domów składowych funkcje: przechowywała towary, zapewniała gwarancję kredytodawcy co do złożonego towaru oraz ułatwiała zbyt²⁰. W późniejszym okresie nastąpił w Anglii szybki rozwój składów towarowych. Świadczy o tym fakt, że powierzchnia magazynów w Londynie w drugiej połowie XIX w. zajmowała kilka mil kwadratowych²¹. Zalety gospodarcze domów składowych spowodowały, że w zasadzie na okres XIX w. przypada pełne ukształtowanie się tej instytucji w dzisiejszym tego słowa znaczeniu.

Na kontynencie europejskim pierwszym aktem prawnym regulującym domy składowe był francuski dekret z dnia 21 marca 1848 r., będący odpowiedzią na przepełnione składy prywatne i trudności z uzyskaniem kredytu pod zastaw złożonych w nich towarów lub ich sprzedaż. W świetle nowej regulacji domy składowe mogły być urządzone pod nadzorem rządu i miały prawo wydawania zbywalnych przez indos warrantów stanowiących o prawie własności złożonego na skład towaru. Nowe rozwiązanie przyniosło oczekiwane rezultaty, albowiem w krótkim okresie wartość dyskontowanych warrantów przekroczyła sumę 60 milionów franków. Unormowanie to następnie udoskonalono ustawą z dnia 28 maja 1858 r. o negocjowaniu towarami złożonymi w magazynach publicznych, uzupełnioną przez dekret z dnia 12 marca 1859 r., ustawę z 23 maja 1863 r. oraz dekret urządzający z 31 sierpnia 1878 r.²² Rozwiązania wówczas przyjęte stały się podstawą dla kolejnych aktów prawnych regulujących zagadnienia związane z funkcjonowaniem domów składowych, a zwłaszcza rozporządzenia z dnia 6 sierpnia 1945 r. o domach składowych²³ oraz dekretu do niego wykonawczego²⁴, jak również obecnie obowiązujących przepisów art. L 522-1-40 francuskiego kodeksu handlowego.

Znaczenie ustawodawstwa francuskiego dla rozwoju prawa o domach składowych było ogromne, ponieważ stało się ono wzorem dla szeregu regula-

¹⁹ J. Kunert, *Transakcje w handlu morskim*, Warszawa 1958, s. 248.

²⁰ *Studia Władysława Andrychiewicza...*, s. 242.

²¹ A. Boistel, op. cit., s. 355.

²² A. Boistel, op. cit., s. 356; W. Andrychiewicz, *Składy towarowe...*, s. 767.

²³ Zob. dekret nr 45-1744 z dnia 6 sierpnia 1945 r. o domach składowych.

²⁴ Zob. dekret nr 45-1754 przyjęty w celu zastosowania rozporządzenia nr 45-1744 z dnia 6 sierpnia 1945 r. o domach składowych.

cji powstających w innych państwach, wprowadzało dość istotne odrębności w stosunku do prawa angielskiego i holenderskiego oraz zapoczątkowało dualizm w zakresie modeli regulacji domów składowych. Chodzi przede wszystkim o charakterystyczny i po raz pierwszy wprowadzony we Francji system podwójnych dowodów składowych i związaną z nim odmienną na gruncie terminologii, zwłaszcza dotyczącą instytucji warrantu, a także o rozbudowany system państwowego nadzoru nad działalnością domów składowych.

Ustawodawca belgijski, uchwalając prawo o domach składowych z dnia 26 maja 1848 r., wzorował się na przepisach francuskich, lecz następnie wprowadził własne rozwiązania w ustawie z dnia 18 listopada 1862 r. Stosownie do przepisów przywołanej ustawy warrantem był dokument handlowy wydany przez dom składowy osobie, która miała prawo rozporządzania towarem i złożyła go na skład. Dokument ten wydawany był w dwóch egzemplarzach, przy czym drugi nazywany był kwitem. Tylko warrant posiadany w obu egzemplarzach uprawniał do rozporządzania złożonym na skład towarem. Przeniesienie własności towaru następowało przez indos warrantu. Warrant bez kwitu dawał jedynie prawo zastawu. Unormowania te stanowiły również wzór dla ustawodawcy szwajcarskiego.

W Austrii i Przedlitawii na mocy patentu cesarskiego z dnia 20 września 1865 r. wydana została ustawa z dnia 19 czerwca 1866 r. o publicznych składach towarowych. Wprowadzona przez tę ustawę instytucja warrantów cieszyła się rosnącym zainteresowaniem wielkich składów zbożowych w Wiedniu, Peszcie i innych miastach²⁵. Bardzo doniosłym aktem prawnym regulującym domy składowe była ustawa z 28 kwietnia 1889 r. o zakładaniu i prowadzeniu publicznych domów składowych i o dowodach składowych, które domy takie wystawiają.

W Niemczech prawo handlowe już w 1857 r. wprowadziło niektóre postanowienia względem warrantów²⁶. Składy istniały m.in. w Hamburgu, Frankfurt nad Menem, Bremie, jednakże przez dość długi czas nie było ustawy, która traktowałaby o problematyce składu. W niemieckim kodeksie handlowym znalazły się tylko przepisy o przenoszeniu własności dowodów składowych (art. 302, 303, 305, 315 i 374), do których winny znaleźć zastosowanie przepisy ustawy wekslowej z 1848 r.²⁷ Następnie instytucja domów składowych została uregulowana w kodeksie handlowym niemieckim z dnia 10 maja 1897 r., który wszedł w życie 1 stycznia 1900 r. (*Handelsgesetzbuch* – HGB)²⁸. Kolejną poważną regulacją było nieobowiązujące już rozporządze-

²⁵ S. Orłowski, op. cit., s. 7.

²⁶ Ibidem.

²⁷ *Studia Władysława Andrychiewicza...*, s. 244 oraz K. Sójka-Zielińska, *Historia prawa*, Warszawa 1998, s. 256.

²⁸ W. Andrychiewicz, *Składy towarowe...*, s. 768.

nie z 16 grudnia 1931 r. o kwitach składowych na zlecenie²⁹. Aktualnie umowa składu jest unormowana w przepisach art. 467–475a HGB, zaś zagadnienia związane z dowodami składowymi w art. 475b–h HGB.

We Włoszech instytucja domów składowych została uregulowana dekretem z dnia 17 grudnia 1882 r. Aktualnie stosowne unormowania zawarte są w przepisach art. 1787–1797 włoskiego k.c. oraz przepisach rozporządzenia z dnia 1 lipca 1926 r. o organizacji domów składowych³⁰.

Na uwagę zasługuje też hiszpański kodeks handlowy z 1886 r., który w przepisach art. 193 i następnych traktował jedynie o spółkach zawieranych w celu urządzania składów publicznych i sposobie przenoszenia prawa własności dowodów składowych³¹.

Z kolei w Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej głębokie zainteresowanie skodyfikowaniem prawa dotyczącego domów składowych³² przejawiały w XIX w. stowarzyszenia skupiające banki oraz domy składowe³³. Przyczyniło się to do wydania *Uniform Warehouse Act* w 1906 r. jako ujednoliconego prawa stanowego. Natomiast na poziomie prawa federalnego pierwszym aktem regulującym instytucję domów składowych był uchwalony 11 sierpnia 1916 r. *United States Warehouse Act*. Aktualnie regulacja dowodów składowych zamieszczona jest w przepisach części 7 *Uniform Commercial Code*³⁴. Jed-

²⁹ Die Verordnung über Orderlagerscheine wurde am 16. Dezember 1931 im Deutschen Reichsgesetzblatt (DRGBl. 1931 I 763).

³⁰ Zob. Dz.U. nr 39 z dnia 17 lutego 1927 r.

³¹ W. Andrychiewicz, *Składy towarowe...*, s. 768.

³² Problematyka działalności domów składowych była szeroko komentowana w amerykańskiej doktrynie, zob. artykuły dostępne online <<http://heinonline.org>>: A.T. Carter, *Of dock warrants, Warehouse-Keeper's Certificates, etc.*, 8 „The Law Quarterly Review” 1892 s. 301 i n.; H. Gutteridge, *The law of England and America relating to warehouse receipts*, „3 J. Comp. Legis. Int'l L. 3d ser.” 1921, s. 5 i n.; E. Kixmiller, *Warehouse Receipts as Bank Collateral*, „27 Banking Law Journal” 1910, s. 23 i n.; *Warehouse receipts. Pledge of warehouse receipts not entitled to cotton*, „18 The Business Law Journal”, 1931, s. 65 i n.; M. Thompson, *The warehouseman vs. the secured party: who prevails when the warehouseman's lien covers goods subject to security interest?*, „8 Nat. Resources J.” 1968, s. 331 i n.; J. Blomquist, *Warehouse regulation Since Munn v. Illinois*, „29 Chi.-Kent Law Review” 1950–1951, s. 120 i n.; *Delivery of goods to warehouse no compliance with statute of frauds*, „6 The Business Law Review” 1925, s. 247 i n.; *Liability of warehouse for stolen goods*, „9 The Business Law Journal” 1927, s. 151 i n.; *Fire insurance company Liable for property stored in warehouse*, „11 The Business Law Journal” 1928, s. 228 i n.; *Who may negotiate a warehouse receipts in Maryland*, „2 Maryland Law Review” 1937–1938, s. 56 i n.; E. Merrick, *Recent interpretation of the uniform warehouse receipt law*, „1 Southern Law Quarterly” 1916, s. 199 i n.; R. Broute, *The emerging pattern of field warehouse litigation: liability for unexplained losses and non-existent goods*, „47 Neb. Law Review” 1968, s. 3 i n.; P. Smith, *Warehousing-Liability of Surety-Liability of Warehouseman's Surety when Warehouseman Acts as Seller and Warehouseman in same Transaction*, „2 Tex. Tech Law Review”, 1970–1971, s. 184 i n.; A. Lundberg, *Comments. An obscure point in North Dakota Warehouse Law*, „3 Dakota Law Review” 1930–1931.

³³ F.B. James, *Practical suggestions on codifying the law of warehouse receipts*, „3 Mich. Law Review” 1904–1905, s. 282, [online] <<http://heinonline.org>>.

³⁴ Zob. [online] <<http://www.law.cornell.edu/ucc/index.htm>>; jak też artykuły na stronie <<http://heinonline.org>>: J.J.C., J.F.H., M.F., H., *Article 7 – warehouse receipts, bills of lading*

nakże zastosowanie tych regulacji³⁵ do rolnych domów składowych jest ograniczone przez prawo federalne³⁶, czego wyrazem jest *United States Warehouse Act* z 2000 r.³⁷ oraz *Regulations for the United States Warehouse Act*³⁸.

Prawo składu w I Rzeczypospolitej

W Polsce prawo składu pojawiło się stosunkowo późno na tle państw Europy Zachodniej, gdyż dopiero w XIII w. Zostało ono przeniesione z państwa Franków do Niemiec, a stamtąd przez Śląsk trafiło do miast polskich³⁹. Warto jednak podkreślić, że pewne instytucje pomocnicze dla składu występowały już dużo wcześniej, np. w Poznaniu od 1260 r. na mocy przywileju Przemysława istniało „theatrum” pełniące funkcje zbliżone do domu kupieckiego, chociaż prawo składu miasto uzyskało dopiero w 1394 r.⁴⁰ Prawo składu przyjmowane było przez miasta polskie w różnym czasie w zależności od dzielnicy, np. miasta Śląska i Małopolski otrzymały to prawo w XIII w., miasta Pomorza i Prus Książęcych w XIII i XIV w., Wielkopolski w XIV i XV w., Prus Królewskich w XIV w., zaś Mazowsza i Litwy w XIV i XV w.⁴¹

Najogólniej rzecz ujmując, należy stwierdzić, że istota prawa składu (*ius depositionis*, *ius Stapulae*, *Stapelrecht*, *droit d'etap*) aż do ok. XVIII w. sprowadzała się do nałożenia na kupca przybywającego do miasta składowego obowiązku zatrzymania się w nim i wyprzedazy całości lub części towaru w terminie wskazanym w przywileju, którym obdarzono to miasto. Dostrzegalny był tutaj stosunek zależności zachodzący pomiędzy nieuprzywilejowanym kupcem oraz miastem korzystającym z przywileju. Regulujące ten wzajemny stosunek normy tworzyły prawo składu. W praktyce prawo składu

and other documents of title, „17 Albany Law Review” 1953, s. 111 i n.; E. Trousdale, *The Uniform Commercial Code in Minnesota: Article 7 – Warehouse Receipts and Bills of Lading*, „50 Minnesota Law Review” 1965–1966, s. 463 i n.; M. Ruud, *Warehouse receipts, bills of lading, and other documents of title: article VII*, „16 Ark. Law Review”, 1961–1962, s. 81 i n.; *Comments, Warehouse receipts, bills of lading, and other documents of title: a comparison of the Texas law and article seven of the Uniform Commercial Code*, „31 Texas Law Review” 1952–1953, s. 167 i n., *Case notes. Act 401 of the Public Grain Warehouse Law: An Exception of the U.C.C. Concept of Voidable Title*, „37 Ark. Law Review”, 1983–1984, s. 293 i n.

³⁵ Szczegółowe porównanie U.C.C. do obowiązującego uprzednio U.S.W.A z 1916 r. zob. w: D. L. Kershen, *Comparing the United States Warehouse Act and U.C.C. Article 7*, „27 Creighton Law Review” 1993–1994, s. 735 i n.

³⁶ Ch.E. Leon, *Article 7: Warehouse receipts, bills of lading and other documents of title*, „18 Wake Forest Law Review” 1982, s. 351 i 352.

³⁷ Zob. 7 United States Code 241–256.

³⁸ Zob. [online] <http://ecfr.gpoaccess.gov/cgi/t/text/text-idx?c=ecfr&sid=24890807dce409de26ea04a91bb0c1&tpl=/ecfrbrowse/Title07/7cfr735_main_02.pl>.

³⁹ S. Górzyński, *Ze studjów nad prawem składowem w Małopolsce w XIV i XV wieku*, Warszawa 1939, s. 6.

⁴⁰ S. Górzyński, *Prawo składu...*, s. 3.

⁴¹ S. Górzyński, *Polityka składowa Polski do roku 1565*, Warszawa 1934, s. 13.

w Polsce charakteryzowało się ogromnym stopniem złożoności i mogło przybierać różnorakie postacie, te zaś mogły występować w rozmaitych konfiguracjach. W rezultacie trudno o wskazanie generalnych norm, należy je raczej rozpatrywać na tle sytuacji prawnej poszczególnych miast⁴².

Z rozwojem prawa składu wiązało się wznoszenie w miastach budynków składowych, które służyły składowaniu przywiezionych towarów. W Polsce wzorem dla takich budynków były niemieckie domy kupieckie, które nazywano „taberna” lub „theatra”. Najwcześniej zaczęły one powstawać w miastach słowiańskich na Pomorzu. W Szczecinie np. jeszcze za czasów pogańskich istniały przy świątyniach publiczne budynki nazywane „contina”. Po wprowadzeniu chrześcijaństwa część dawnych świątyń uległa zburzeniu, inne zaczęły służyć jako składownie towarów, stając się w pełni domami kupieckimi, jakie funkcjonowały w Niemczech i przyjęło się określać je jako „taberna”⁴³.

Domy kupieckie nie tylko miały na celu zwiększenie kontroli nad przybywającymi i opuszczającymi miasto kupcami, ale również zapewniały pomieszczenie dla towarów oraz miejsce dla kupców. Domy takie występowały np. w Wilnie⁴⁴, zaś pod nazwą „dworów Artusowych” funkcjonowały od połowy XIV w. w Gdańsku, Elblągu, Królewcu i Toruniu. Nieco myląc nazwa pochodzi stąd, że początkowo służyły do ćwiczeń z bronią młodzieży kupieckiej, której patronował rycerz Artus⁴⁵.

Badania nad prawem składu nie dały odpowiedzi na pytanie, czy na innych ziemiach Polski istniały publiczne budynki składowe⁴⁶. Przykłady konkretnych miast wskazują natomiast, że istniały w nich rozwiązania bardzo zbliżone do domów kupieckich. Ilustracją tego jest chociażby nakaz Jana Kazimierza z 1658 r., który wprowadzał dla Szkotów, Niemców, Turków i Żydów ograniczenie w składowaniu towarów tylko do przeznaczonych na ten cel szop. Szopy te służyły do stałego przechowywania przywiezionych na skład towarów, wyjąwszy okres jarmarku. Kontrola przestrzegania tego obowiązku np. we Lwowie była wykonywana w ten sposób, że do składnic towarów były przewidziane dwa klucze. Jeden z nich otrzymywał kupiec, a drugi – zaprzysiężony przez magistrat obywatel lwowski. Do wydania towaru dochodziło tylko wówczas, gdy zamierzał go kupić mieszczanin lwowski. Z podobną sytuacją można się było spotkać w Krakowie⁴⁷.

⁴² Na temat prawa składu na ziemiach polskich zob. S. Lewicki, *Prawo składu w Polsce*, Lwów 1910; idem, *Historia handlu w Polsce na tle przywilejów handlowych (prawo składu)*, Warszawa 1920; S. Górzyński, *Prawo składu...*; idem, *Polityka składowa...*; idem, *Ze studiów nad prawem składowym...*; idem, *Obowiązki kupców w świetle opisanego o składzie i starych drogach Króla Zygmunta Augusta z 1565 r.*, Warszawa 1939.

⁴³ S. Lewicki, *Studja nad historją handlu...*, s. 69–71.

⁴⁴ S. Górzyński, *Prawo składu...*, s. 15.

⁴⁵ S. Lewicki, *Studja nad historją handlu...*, s. 71.

⁴⁶ Ibidem, s. 71–72.

⁴⁷ Ibidem, s. 74–75.

Przedmiotem składu w Polsce było przede wszystkim zboże, drewno, sól i wino⁴⁸. Szczególnego znaczenia nabrały jednak składy solne i winne. Pierwsze z nich kształtowały się stopniowo na przestrzeni wieków. Do XIV w. handlowano zarówno solą polską, jak i sprowadzaną z zagranicy, a jako że prawo składu w zasadzie odnosiło się tylko do towarów obcych, dotyczyło jedynie soli zagranicznej. W owym czasie prawo składu w Polsce wciąż jeszcze znajdowało się na etapie kształtowania, dlatego kupcy zagraniczni, zwłaszcza ślascy i pruscy, korzystali ze stosunkowo szerokich swobód handlowych. Dążąc do zlikwidowania tych niekorzystnych dla siebie okoliczności, kupcy polscy podejmowali starania o wprowadzenie zakazu sprowadzania soli z innych państw. Zwieńczeniem ich wysiłku stał się wydany przez Jana Olbrachta w 1496 r. zakaz używania soli zamorskiej pod surową sankcją czternastu grzywn dla sprzedającego lub przechowującego taką sól⁴⁹.

Od powyżej przedstawionego prawa składu, którego przedmiotem była sól, należy odróżnić stale utrzymywane magazyny zwane komorami lub żupami, a mniejsze przykomorkami. Znajdowały się one np. w Bydgoszczy, Drohiczynie i Płocku. Magazynowano w nich sól pochodzącą z żup, którym przyznano wyłączność na zaopatrywanie okolicy. Było to wyrazem troski władcy w zakresie zaopatrzenia poddanej ludności w sól. Decydującą rolę odgrywał jednak argument o charakterze ekonomicznym. Mianowicie władca, będąc właścicielem soli krajowej, czerpał z jej sprzedaży ogromne zyski. Stąd też był on zainteresowany w przeciwdziałaniu sprowadzaniu soli obcej⁵⁰.

Najpóźniej ze wszystkich składów pojawił się skład winny, gdyż handel winem rozwinął się na szerszą skalę dopiero w XVI w. Ponieważ wino sprowadzane było z Węgier, na jego składzie zyskały przede wszystkim miasta położone w południowo-wschodniej części kraju – np. Lublin, będąc od 1396 r. składem głównym, uzyskał osobny przywilej na skład wina w 1527 r., Sandomierz w 1647 r., a Lwów w 1611 r. otrzymał prawo wyłącznego składu małmazji. W ciągu całego XVII w. około 30 miast uzyskało prawo składu wina, jednakże poza Małopolską niezmiernie rzadko zdarzały się składy winne (np. w Wieluniu i Wilnie)⁵¹.

Regulacje domów składowych na ziemiach polskich w okresie zaborów

Rozwój prawa składu, którego odzwierciedleniem stały się m.in. XIX-wieczne prawne unormowania instytucji domów składowych, miał miejsce również na ziemiach polskich, a wyrazem jego było ustawodawstwo zaborców.

⁴⁸ *Encyklopedia staropolska*, Warszawa 1939, t. I, s. 243 i 407.

⁴⁹ S. Lewicki, *Studja nad historją handlu...*, s. 48–49.

⁵⁰ S. Lewicki, *Studja nad historją handlu...*, s. 50; S. Górzyński, *Prawo składu...*, s. 14.

⁵¹ S. Lewicki, *Studja nad historją handlu...*, s. 53; S. Górzyński, *Prawo składu...*, s. 15.

Zabór austriacki

W byłym zaborze austriackim instytucja domów składowych została uregulowana w ustawie z 28 kwietnia 1889 r. o zakładaniu i prowadzeniu publicznych domów składowych i o dowodach składowych, które domy takie wystawiają (dalej: ustawa z 1889 r.), opublikowanej w Dzienniku Praw Państwa nr 64⁵².

Ustawa ta definiowała publiczne domy składowe jako przedsiębiorstwa, które na podstawie osobnej koncesji trudniły się zarobkowo przechowywaniem towarów na cudzy rachunek i uprawnione były do wydawania dowodów składowych, których przenoszenie odbywało się w drodze indosu. Na gruncie ustawy z 1889 r. możliwe jest wyodrębnienie pewnych cech charakteryzujących domy składowe i odróżniających je od prywatnych przedsiębiorstw zajmujących się przechowywaniem towarów. Przede wszystkim wprowadzono obowiązek uzyskiwania koncesji nadawanej przez ministerstwo handlu samodzielnie lub w przypadku, gdy dom składowy chociażby po części przeznaczony był do przechowywania towarów podlegających kontroli urzędów celnych i podatkowych (tj. publicznego składu wolnego) w porozumieniu z ministerstwem skarbu. Pierwszeństwo przy spełnianiu równych warunków zostało przyznane publicznym osobom prawnym (krajom, powiatom, gminom), a następnie pod pewnymi warunkami stowarzyszeniom zarobkowym i gospodarczym oraz kasom zaliczkowym, jeżeli istniały co najmniej trzy lata. Przy nadawaniu koncesji ministerstwo handlu, względnie ministerstwo skarbu zatwierdzało także regulamin domu składowego. O wszelkich zmianach w regulaminie należało odtąd zawiadamiać ministerstwa handlu, które mogło zabronić zmian, gdyby kolidowały one z postanowieniami ustawy lub mogły szkodzić interesom obrotu. Przed uzyskaniem koncesji dom składowy zobowiązany był do wpłacenia kaucji, która miała służyć m.in. zabezpieczeniu wierzytelności wynikłych z działalności oraz roszczeń o wynagrodzenie szkody. Dla domów składowych wprowadzono tzw. przymus składowy, przez który należało rozumieć zakaz odmowy przyjęcia towarów od osoby spełniającej stosowne warunki, o ile pozwalało na to miejsce⁵³. Ponadto domy składowe uprawnione zostały do przeprowadzania publicznych licytacji złożonych towarów bez uprzedniego zezwolenia władzy.

Dopóki towar znajdował się na składzie, domowi składowemu przysługiwało na nim ustawowe prawo zastawu, korzystające z pierwszeństwa przed wszystkimi innymi prawami. Prawo to zabezpieczało wierzytelności domu składowego wynikające m.in. ze wskazanych w regulaminie i taryfie opłat należnych za wzięcie towaru na skład, przechowanie go, zajmowanie się nim,

⁵² *Ustawa handlowa wraz z ustawami dodatkowymi...*, t. II: *Ustawy dodatkowe*, Kraków 1917, s. 278 i n.

⁵³ *Prawo handlowe*, Kraków 1914, s. 18.

ubezpieczenie i wydanie oraz z wydatków poniesionych przez opłacenie ceł, podatków konsumpcyjnych, kosztów przewozu, konserwacji. Warto również odnotować, że na podstawie przepisu art. 2 ustawy z 1889 r. publiczne domy składowe mogły na podstawie koncesji zakładać publiczne wolne składy w celu m.in. przechowania nieoclonionych towarów dopóki nie została uiszczona opłata celna, towary nie zostały wywiezione lub dalej posłane.

Z racji szczególnej pozycji, jaką przepisy przyznawały publicznym domom składowym, zostały one obciążone pewnymi obowiązkami i ograniczeniami.

Do pierwszych niewątpliwie należało zaliczyć obowiązki domu składowego związane z wydaniem deponentowi (składającemu) na jego żądanie dowodu składowego (potwierdzającego złożenie towaru), który miał być wycinkiem z „książki sznurowej” (obecnie zwanej księgą składową) prowadzonej nieprzerwanie przez przedsiębiorstwo domu składowego. Normatywny wyraz regulacji dowodów składowych ustawodawca austriacki dał zwłaszcza w przepisach art. 17–26 ustawy z 1889 r. Odstąpiono zatem od koncepcji jednego dowodu składowego, którą wprowadzono uprzednio w Austrii ustawą z dnia 19 czerwca 1866 r. o publicznych składach towarowych. W świetle ustawy z 1889 r. dowód składowy składał się z dwóch złączonych, lecz dających się rozdzielić części, a mianowicie dowodu składowego posiadania (zwanego rewersem) oraz dowodu składowego zastawnego (tj. warrantu). Obie części dowodu składowego można było przenieść łącznie lub oddzielnie za pomocą indosu. Dopóki były przenoszone łącznie, indos rewersu był skuteczny dla obu części. Obie części dowodu składowego musiały być wystawione na zlecenie, wzajemnie się na siebie powoływać oraz zawierać wskazane przez ustawę dane. Skuteczne dokonanie pierwszego indosu warrantu obwarowane zostało szeregiem wymogów. Przede wszystkim ustawa wskazywała następujące elementy, które powinien zawierać indos: nazwisko i miejsce zamieszkania indosanta warrantu, oznaczenie sumy pieniężnej z odsetkami, jeśli się należały, które miały być zabezpieczone prawem zastawu na złożonym towarze, a ponadto dzień płatności sumy zastawnej. Szczegóły te zamieszczane były także na rewersie. Ponadto indos taki należało zapisać wraz z datą złożenia w księdze składowej domu składowego. Dom składowy powinien odnotować ten fakt na rewersie i warrancie z podaniem daty zapisania w księdze składowej.

Inne indosy jednej z dwóch części dowodu składowego lub obu części razem nie podlegały pod względem treści wymogom określonym dla pierwszego indosu. Zamieszczenie w księdze składowej ich dosłownej treści następowało tylko na prośbę ich posiadacza.

Ustawa przewidywała określone następstwa prawne związane z wręczeniem zarówno składowego dowodu posiadania, jak i warrantu. W przypadku rewersu sprowadzały się one do tego, że jego wręczenie indosatariuszowi miało pod względem nabycia praw powstałych od chwili dostarczenia towaru do domu składowego te same skutki, co wręczenie samego towaru. Jeżeli

został wystawiony dowód składowy, powyższy sposób wręczenia towaru pozostawał jedynym. Z kolei do ustanowienia zastawu na złożonym towarze (po wystawieniu już dowodu składowego) konieczne było wręczenie indosatariuszowi warrantu.

W zakresie ograniczeń przewidzianych dla domów składowych należy wymienić obwarowany sankcją utraty koncesji zakaz prowadzenia na własny lub cudzy rachunek handlu towarami, które według swojego rodzaju kwalifikowałyby się do przechowywania w domach składowych oraz udzielać na własny lub cudzy rachunek pożyczki na złożone u siebie towary. Także swobodne kształtowanie stosunku obligacyjnego w drodze zawieranej umowy podlegało ograniczeniu, w myśl którego postanowienia umowne sprzeciwiające się zobowiązaniu, które ustawa nakładała na przedsiębiorstwo domu składowego, nie miały skutku prawnego. Obowiązki publicznego domu składowego na płaszczyźnie odpowiedzialności cywilnej obejmowały wszelką szkodę powstałą wskutek zaniedbania pieczołowitości porządnego kupca przy załatwianiu interesów wynikających z utrzymywania domu składowego. Ciężar dowodu dołożenia pieczołowitości spoczywał na domu składowym (art. 14 ustawy z 1889 r.). Przepisem o charakterze kogentnym pozostawał również art. 15 ustawy z 1889 r. traktujący o obowiązku ubezpieczenia przez dom składowy towarów niezwłocznie po ich złożeniu. Przedsiębiorstwo domu składowego zobowiązane było pozwolić deponentowi, względnie – jeżeli wystawiono dowód składowy – właścicielowi dowodu posiadania oraz właścicielowi warrantu na oglądanie złożonego towaru w każdym czasie w godzinach biurowych podanych w regulaminie. Ponadto deponent lub właściciel dowodu posiadania miał prawo pobierania próbek złożonego towaru na warunkach określonych w regulaminie.

Przepisy art. 45 i n. ustawy z 1889 r. regulowały także instytucję domów składowych prywatnych. Mianowicie w sytuacji braku publicznych domów składowych przedsiębiorstwa publicznych kolei żelaznych mogły za zezwoleniem ministerstwa handlu zgodzić się na to, żeby na ich gruntach, o ile i dopóki będzie to niezbędne, zakładano domy składowe (prywatne) nieposiadające kwalifikacji domu składowego publicznego. Tego rodzaju domy składowe prywatne mogły być dopuszczone tylko na czas oznaczony i z ustanowieniem odpowiedniego terminu wypowiedzenia.

Oczywiście fakt obowiązywania w zaborze austriackim ustawy z 1889 r. nie wyłączał stosowania do domów składowych przepisów zawartych w innych aktach prawnych, zwłaszcza z zakresu prawa prywatnego, których zakres regulacji dotyczył przedsiębiorców⁵⁴.

⁵⁴ Np. art. 50 kodeksu handlowego traktującego o tzw. domniemanym pełnomocnictwie zob. *Ustawa handlowa wraz z ustawami dodatkowymi...*, t. I: *Ustawa handlowa*, Kraków 1906, s. 97–98.

Zabór niemiecki

W przeciwieństwie do systemów prawnych innych państw zaborczych, w Niemczech nie została uchwalona powszechnie obowiązująca ustawa szczególna o składach towarowych⁵⁵, istniały natomiast ustawy lokalne, czego przykładem było obowiązujące w Bremie prawo *Gesetz betref. Lagercheine und Warrants* z 1877 r.⁵⁶ Problematyka domów składowych w sposób ramowy znalazła się przede wszystkim w rozdziale piątym zatytułowanym „Przedsiębiorstwo handlowe” zawartym w księdze trzeciej kodeksu handlowego niemieckiego z 10 maja 1897 r., który wszedł w życie 1 stycznia 1900 r.⁵⁷ W świetle tych unormowań domy składowe były przemysłem wolnym i niekoncesjonowanym, zaś upoważnienie rządowe wymagane było tylko do wystawiania dowodów składowych⁵⁸. Składownikiem był ten, kto dla zarobku podejmował się umieszczania i przechowywania towarów (art. 416 HGB)⁵⁹. Podobnie jak w prawie austriackim, składownikowi przysługiwało co do kosztów składowych ustawowe prawo zastawu na towarze, dopóki go posiadał, w szczególności dopóki mógł nim rozporządzać mocą wykazu składowego.

Do podstawowych obowiązków przedsiębiorcy składowego należało umożliwienie w czasie sposobnym do załatwiania czynności handlowych pozwolić składającemu oglądać towar, zabierać próby i przedsiębrać czynności nieodzowne do zachowania towaru (art. 418 HGB). Ponadto przedsiębiorca składowy nie mógł żądać od składającego odebrania towaru przed upływem umówionego terminu, a jeżeli terminu nie uzgodniono – przed upływem trzech miesięcy od dnia oddania. Jeżeli w umowie nie ustalono okresu, przez który towar miał pozostać na składzie, albo jeżeli składający nie zabrał towaru ze składu po upływie umówionego czasu, wówczas składownik mógł żądać odebrania towaru dopiero po uprzednim miesięcznym wypowiedzeniu (art. 422 HGB).

Spośród uprawnień przedsiębiorcy składowego należy wymienić prawo żądania składowego oraz żądania odebrania towaru przed upływem okresu, na jaki się umówiono i z pominięciem okresu wypowiedzenia, jeżeli zachodziła ważna przyczyna. Ponadto w braku odmiennej umowy składownikowi wolno było dokonać pomieszczenia rzeczy tego samego rodzaju i ilości.

⁵⁵ J. Namitkiewicz, *Podręcznik prawa handlowego, wekslowego, czekowego i upadłościowego*, Warszawa 1919, s. 155.

⁵⁶ J. Namitkiewicz, *Podręcznik prawa handlowego, wekslowego, czekowego i upadłościowego*, Warszawa 1922, s. 167.

⁵⁷ K. Sójka-Zielińska, op. cit., s. 256.

⁵⁸ B. Hełczyński, op. cit., s. 111.

⁵⁹ T. Zborowski, *Niemiecki kodeks handlowy...*, s. 118–120.

Zabór rosyjski

Regulacje instytucji domów składowych w zborze rosyjskim były odmienne w Królestwie Polskim i na pozostałych ziemiach polskich wchodzących w skład Cesarstwa Rosyjskiego.

W województwach wschodnich obowiązywała ustawa z 1888 r. o składach towarowych (dalej: ustawa z 1888 r.) zatwierdzona 30 marca 1888 r.⁶⁰ Przewidywała ona możliwość zakładania składów dwojakiego rodzaju: albo dla przechowywania towarów w partiach należących oddzielnie do każdego właściciela, albo łącznego przechowywania towarów należących do różnych właścicieli z rozdzieleniem ich jedynie według rodzaju i gatunku (art. 3 ustawy z 1888 r.).

Podobnie jak inne systemy prawne państw zaborczych, także prawo rosyjskie wprowadzało szereg obowiązków i ograniczeń dla składów towarowych. Przede wszystkim istniał obowiązek uzyskania zezwolenia na urządzenie lub zbywanie składów. Wydanie zezwolenia co do zasady leżało w gestii ministra skarbu (art. 6 ustawy z 1888 r.). Wprowadzono także obowiązek komunikowania ministrowi skarbu oraz ogłaszania przepisów wewnętrznych i taryf opłat (art. 12 ustawy z 1888 r.).

Składy towarowe miały obowiązek przyjęcia towaru od każdego, kto się w tym celu zgłosił, bez dawania komukolwiek pierwszeństwa. W przypadku jednoczesnego zgłoszenia się kilku właścicieli towarów i niemożności zadośćuczynienia żądaniu wszystkich, pierwszeństwo przysługiwało temu, który chciał złożyć swój towar na czas krótszy. Skład towarowy ponosił odpowiedzialność za zaginięcie lub uszkodzenie towarów, chyba że udowodnił, iż nastąpiło to wskutek siły wyższej lub zostało spowodowane właściwością towaru lub nieodpowiednim opakowaniem, które nie mogło być zauważone w chwili przyjmowania towaru do składu. Modyfikowanie tej odpowiedzialności w drodze umowy zostało ograniczone tylko do kwestii uszkodzeń lub zaginięcia, które mogły wynikać z właściwości towaru lub nieodpowiedniego opakowania. Odmierna regulacja dotyczyła składów przechowujących łącznie towary różnych właścicieli, albowiem w takim przypadku skład towarowy odpowiadał za utratę lub uszkodzenie tych towarów zawsze – bez względu na przyczynę, która je wywołała. Ustawodawca rosyjski nakładał na składy towarowe także obowiązek ubezpieczenia złożonych towarów, z tym jednak zastrzeżeniem, że odnosił się on tylko do tych rodzajów składów, które przechowywały łącznie towary wielu właścicieli.

Skład towarowy uprawniony był – oprócz przechowywania – do podejmowania szeregu innych czynności: wyładowania i ładowania składanych rzeczy; przewozu tych towarów z lub do najbliższych stacji albo przystani; gątownienia ich, suszenia, pakowania i ważenia; opłacania cła na komorze

⁶⁰ W. Andrychiewicz, *Składy towarowe...*, s. 769–772.

znajdującej się w miejscu, gdzie istniał skład; ubezpieczenia w imieniu, na koszt i według wskazówek właściciela; wydawania towarów ze składu dla przewozu ich w imieniu i na koszt właściciela.

Brak w rosyjskiej ustawie z 1888 r. odpowiednika art. 8 ustawy austriackiej z 1889 r. o zakładaniu i prowadzeniu publicznych domów składowych i o dowodach składowych nie pozwalał na jasną odpowiedź w kwestii dotyczącej uprawnienia właściciela składu towarowego do udzielania zaliczek na złożony towar. Przepis art. 21 ustawy rosyjskiej z 1888 r. stanowił tylko, że prawo takie mają instytucje kredytowe mogące udzielać pożyczek, których zabezpieczeniem był zastaw towarów. Interpretacja *a contrario* tego przepisu skłaniała do podzielenia stanowiska, że brak *expressis verbis* takiego uprawnienia w stosunku do składów towarowych oznaczał, że intencją ustawodawcy nie było przyznanie im takiego uprawnienia⁶¹.

Istotnym atrybutem przyznanym składom towarowym było też prawo zarządzenia sprzedaży złożonego towaru przez maklera giełdowego na giełdzie albo przez publiczną licytację. Podstawą dokonania tych czynności było nieodebranie w terminie złożonego na umówiony czas towaru, niebezpieczeństwo zepsucia całego towaru lub jego części, żądanie posiadacza świadectwa zastawnego lub zastawionego świadectwa prostego, jeżeli pożyczka nie została mu zwrócona w terminie oraz nieodebranie w ciągu sześciu miesięcy towaru złożonego na czas nieokreślony. Sprzedaż w wymienionych sytuacjach obwarowana została warunkiem upłynięcia ośmiu dni od końca terminu, a w ostatnim przypadku od ostatniego dnia terminu sześciomiesięcznego. Warunkiem sprzedaży było trzykrotne ogłoszenie w dziennikach urzędowych i miejscowych co najmniej na tydzień przed jej dokonaniem. Sprzedaż dokonywana była w zabudowaniach składu.

Cechą charakterystyczną regulacji domów składowych było przyznanie im możliwości wydawania dowodów składowych albo w postaci świadectw prostych, albo podwójnych. Połączenie tych dwóch systemów w ramach jednego ustawodawstwa nie spotkało się z aprobatą przedstawicieli doktryny polskiej, którzy wyrażali obawy, iż doprowadzi to do zbędnego oraz nadmiernego zamętu przy i tak znacznym stopniu skomplikowania zagadnień związanych z instytucją dowodów składowych. Ponadto godny uwagi jest fakt, że ustawodawca rosyjski, wzorując się na kodeksie włoskim, konsekwentnie unikał posługiwania się terminem „warrant”, zastępując go własną nazwą: „świadectwo zastawne”. Także i ten zabieg spotkał się z krytyką, jako że dla stosunków handlowych właściwsze jest posługiwanie się powszechnie przyjętymi określeniami⁶².

Świadectwa podwójne składały się z dwóch części, tj. świadectwa składowego i świadectwa zastawnego. Przepisy ustawy z 1888 r. drobiazgowo wyli-

⁶¹ *Studia Władysława Andrychiewicza...*, s. 249.

⁶² *Ibidem*, s. 249–250.

czały elementy, które powinna zawierać każda z tych części. Przelew praw następował przez indos, który mógł być wydany na imię nabywcy albo *in blanco*. Do indosu stosowano przepisy ustanowione dla weksli zawarte w Ustawie handlowej – Zbiorze Praw, tomie XI części drugiej. Jeżeli w celu uzyskania pożyczki następowało oddzielenie świadectwa zastawnego od świadectwa składowego, przepisy określały treść pierwszego indosu. Indos taki powinien być także dosłownie powtórzony na świadectwie składowym i poświadczony na obu świadectwach przez notariusza albo wniesiony do rejestru utrzymywanego w składzie z uczynieniem o tym wzmianki na obu świadectwach przez zarządzającego składem. Posiadaczowi świadectwa zastawnego przysługiwało prawo zastawu na towarze do wysokości udzielonej mu na mocy tego dowodu pożyczki. Posiadacz świadectwa składowego oddzielnego od świadectwa zastawnego miał prawo rozporządzać towarem. Sam towar mógł jednak odebrać ze składu dopiero po zwrocie pożyczki, którą zabezpieczył prawem zastawu na złożonym towarze poprzez wręczenie pożyczkodawcy świadectwa zastawnego. Pożyczkę taką mógł zwrócić również przed terminem. W przypadku, gdy posiadacz dowodu zastawnego był nieobecny lub nieznan, albo strony nie mogły się porozumieć co do zwrotu pożyczki, posiadacz świadectwa składowego miał prawo wnieść sumę udzielonej mu pożyczki zabezpieczonej zastawem do kasy instytucji wskazanych w tym celu przez ministra skarbu. Instytucja ta jest istotna z punktu widzenia przyszłych polskich regulacji. W literaturze przedmiotu został wyrażony pogląd⁶³, iż wykazywała ona pewne podobieństwa do banku domicylowego. Uiszczenie kwoty pożyczki skutkowało zwrotem świadectwa zastawnego z pokwitowaniem, zaś zwrot części pożyczki odznaczano na świadectwie zastawnym. Niezwroćenie pożyczki w terminie powinno skutkować złożeniem protestu u pierwszego indosanta pod groźbą utraty możliwości zwrócenia się do następnych indosantów.

Świadectwa proste zawierały te same istotne elementy, co świadectwa podwójne. Gdy dom składowy uzyskał specjalne upoważnienie od ministra skarbu, mógł następnie wydawać świadectwa proste na okaziciela. Do ustanowienia zastawu potrzebne było wręczenie świadectwa prostego pożyczkodawcy i wypisanie indosu poświadczonego przez notariusza lub wpisanego do rejestru ze wzmianką o tym podpisaną przez zarządzającego składem. Świadectwo zastawne mogło być dalej indosowane, z tym że indosanci tacy nie podlegali odpowiedzialności w drodze regresu⁶⁴.

Regulacje zawarte w ustawie o składach towarowych znalazły się następnie w rosyjskiej ustawie handlowej w Zbiorze Praw, tomie XI, części II, rozdziale czwartym zatytułowanym „O składach towarowych” obejmującym art. 776–819 i 821–825. Unormowaniom tym podlegały składy towarowe

⁶³ R. Jastrzębski, *Domy składowe. Komentarz*, Warszawa 2004, s. 36.

⁶⁴ *Studia Władysława Andrychiewicza...*, s. 246–248.

urządzone do przyjmowania na przechowanie różnego rodzaju towarów z wydaniem dokumentów sprzedaży i zastawu tych towarów. Utrzymano dotychczasową terminologię, tj. była mowa o świadectwach składowych i zastawniczych. Pozostawiono podział składów na te przeznaczone do oddzielnego przechowywania towarów należących do każdego oddzielnego właściciela oraz te do przechowywania towarów zamiennych, przy czym towary różnych właścicieli były łączone z zachowaniem podziału tylko w odniesieniu do ustalonych gatunków (art. 768 Zbioru Praw).

Przepisy art. 766–775 nie miały zastosowania do spichlerzy oraz innych lokali urządzonych w celu przechowywania towarów bez wydawania dowodów składowych. W takim przypadku przyjęcie towaru na przechowanie do domu składowego stwierdzane było za pomocą pokwitowania⁶⁵.

Kwestia obowiązywania w Królestwie Kongresowym rosyjskiej ustawy handlowej w części dotyczącej składów towarowych jest dyskusyjna i rodzi wątpliwości⁶⁶. Wydaje się jednak, że podzielić należy stanowisko, zgodnie z którym w Królestwie Polskim nie było żadnych przepisów normujących materię domów składowych. Spółki akcyjne, które prowadziły działalność właściwą dla domów składowych, posiadały własne statuty, a ich postanowienia odnosiły się do poszczególnych kwestii związanych z prawnym aspektem funkcjonowania tych kupców⁶⁷. Statuty te podlegały zatwierdzeniu przez Najwyższą Władzę, a ich postanowienia często stanowiły powtórzenie przepisów art. 776–845 ustawy handlowej rosyjskiej (Zbiór Praw, t. XI, cz. II)⁶⁸. Egzemplifikacją tego było Warszawskie Akcyjne Towarzystwo Warrantowe, którego statut zatwierdzony został w 1910 r., a jego uzupełnienie, zawierające przepisy o operacjach pożyczkowych, zatwierdzono w 1911 r.⁶⁹ Nie było także tak rozwiniętej formy udzielania kredytu towarowego, jak na pozostałych polskich ziemiach. W efekcie fakt pobrania kredytu w księgach domów składowych figurował jako informacja, że złożony towar obciążony jest zastawem na rzecz kredytodawcy. Pod względem prawnym notatka taka nie dawała wierzycielowi żadnych uprawnień, jakie wiązały się z warrantem. Z tego powodu rozwój tego rodzaju kredytu możliwy był tylko dzięki zaufaniu, jakim kredytodawca obdarzał zarząd domu składowego⁷⁰. Do znanych domów składowych na obszarze Królestwa Kongresowego należały: „Warrant” w Łodzi, „Warszawskie Towarzystwo Warrantowe” oraz „Warszawskie

⁶⁵ J. Kozłowski, W. Szawłowski, *Kodeks handlowy obowiązujący na ziemiach wschodnich*, t. XI (cz. II Zbioru Praw Cesarstwa Rosyjskiego wyd. 1912), Warszawa 1929, s. 69–71 i 86.

⁶⁶ W. Andrychiewicz, *Składy towarowe...*, s. 774.

⁶⁷ S. Szer, *Domy składowe*, [w:] H. Konic (red.), *Encyklopedia podręczna prawa prywatnego*, t. I, Warszawa [b.d.w.], s. 229.

⁶⁸ A. Siebeneichen, *Prawo o domach składowych*, „Przemysł i Handel” 1925, z. 2, s. 31.

⁶⁹ J. Namitkiewicz, *Podręcznik prawa handlowego, wekslowego i czekowego*, Warszawa 1922, s. 167.

⁷⁰ B. Hełczyński, op. cit., s. 111.

Towarzystwo Składów Towarowych”. Jednakże również ich obroty nie były znaczne, a „Warrant” łódzki zmuszony był nawet do obniżenia kapitału zakładowego celem pokrycia strat⁷¹.

Ziemie Spiszu i Orawy

W granicach przyszłej niepodległej Polski znalazły się także Spisz i Orawa. Istniejące na tych ziemiach regulacje dotyczące składów towarowych obowiązywały w II Rzeczypospolitej aż do momentu unifikacji prawa o domach skladowych w 1924 r.

Normy dotyczące składów towarowych zostały zawarte w węgierskiej ustawie handlowej (Artykuł Ustaw XXXVII z 1875 r.) w przepisach art. 434–452. W odróżnieniu od innych omawianych systemów prawnych obowiązujących na ziemiach polskich warunkiem założenia składu towarowego było posiadanie kapitału zasobowego w wysokości co najmniej 500 tys. guldenów. Na gruncie wspomnianej ustawy przyjęto rozwiązanie podwójnych dowodów skladowych: jeden z nich był dowodem złożenia towaru, drugi stanowił dowód zastawu. Dowód skladowy składał się z dwóch wymienionych części, które były ze sobą połączone, lecz dawały się oddzielić. Złożony towar mógł być wydany dopiero przy przedstawieniu obu części dowodu skladowego. Niewykonanie zobowiązania w terminie było stwierdzane przez sporządzenie protestu. Zajęciu, zabezpieczeniu powództwa lub wykonaniu wyroku podlegały tylko dowody skladowe. Możliwość taka wyłączona była w stosunku do złożonego na skład towaru⁷².

Podsumowanie

Przeprowadzone badania jednoznacznie wskazują, iż potrzeba składowania rzeczy towarzyszyła ludzkości od wczesnego etapu jej istnienia. Z czasem doprowadziło to do powstania wyspecjalizowanych urządzeń i infrastruktury, zaś na gruncie prawa – do wykształcenia się norm, które zbiorczo można ująć jako prawo składu. Pojawienie się i rozwój instytucji domów skladowych datuje się dosyć późno. Jednakże pierwowzory tej instytucji dostrzegalne są co najmniej od okresu średniowiecza. Dlatego w konkluzji należy uznać, że domy skladowe stanowią wyraz ewolucji prawa składu i są najwyższą formą organizacyjną-prawną związaną z zawodowym przechowywaniem rzeczy.

Udział polskiej myśli prawniczej w okresie początków kształtowania się instytucji domów skladowych nie jest duży. Przedstawiciele polskiej doktryny

⁷¹ S.A. Kempner, *Dzieje gospodarcze Polski porozbiorowej*, t. I, Warszawa 1920, s. 246.

⁷² W. Andrychiewicz, *Składy towarowe...*, s. 768.

świadomości byli znaczenia regulacji domów składowych dla rozwoju stosunków gospodarczych. Niemniej jednak z uwagi na brak państwowości polskiej w XIX w. dorobek polskiej myśli prawniczej nie mógł być bezpośrednio wykorzystany w procesie stanowienia prawa o domach składowych. Mimo to regulacje prawa składu w I Rzeczypospolitej, jak też obecność instytucji domów składowych w różnych systemach prawnych na ziemiach polskich pod zaborem oraz refleksja polskich przedstawicieli doktryny nad tymi unormowaniami sprawiły, że zostały stworzone solidne podwaliny dla polskiego prawa o domach składowych, któremu wyraz dały akty prawne wydane w niepodległej Polsce.

Summary

Warehouses as an expression of the evolution of the right of staple on Polish territory in the period up to 1918

Key words: warehouse, warehouse operators, warehousemen, warehouse receipt, reverse, warrant, storage contract, storage agreement.

The article relates to the institution of a warehouse, which was restored in the Polish legal system by the Act of 16th November 2000 on bonded warehouses and on the amendment of the Civil Code, the Civil Procedure Code and other acts (hereinafter referred to as “the warehouse act”). The referred to act entered into force on 4 January 2001 and was then rescinded by the provision of art. 104 of the act of 25 March 2011 on restricting the administrative barriers for citizens and entrepreneurs, which entered into force on 1 July 2011.

The term of “warehouser” (also: “warehouse operator”) means a person who is lawfully engaged in the business of storing goods and entitled to issue warehouse receipts and to sell the stored goods in public auction. It is possible to claim that warehouses exercise three kinds of functions. Firstly, warehousemen are entrepreneurs who provide services of professional goods storage. The existing warehouse operators make the turnover of commodities more comfortable and cheaper because it is not necessary for single participants to invest in expensive storehouses. In the majority of cases, modern warehouses are equipped with the necessary technical machines and installations, which allow goods to be sorted, reloaded and weighed. Secondly, the aim of the warehousemen is to improve the circulation of commodities. Thirdly, warehouse operators introduce a new base of obtaining loans. These aims can be achieved by warehousemen because they are authorized to issue security, which is called the warehouse receipt. The warehouse receipt consists of

two parts: the first one is a reverse which is a document of title and makes selling goods possible without the necessity of moving them; the second part of the security is a warrant defined as the warehouse pledge receipt. It is the source of credit.

The conducted research which has been presented within the article clearly indicates that the need to store goods has accompanied humankind from the beginnings of their existence. Over time, it has led to the formation of specialized equipment and infrastructure, while in the legal field – to the development of norms which can collectively be referred to as the right of staple. The appearance and development of warehouse institutions did not, however, occur until relatively late. Nonetheless, the prototypes of this institution can be traced as far back as to the middle ages. That is why, in conclusion, warehouses can be said to express the evolution of the right of staple and are the highest organizational-legal form connected with the professional storage of goods.

The role of Polish legal science in the period when warehouses were beginning to form is not large. Representatives of Polish doctrine were aware of the importance of regulating warehouses to the development of economic relations. Nevertheless, due to the lack of Polish sovereignty in the 19th century, the literary output of Polish legal science could not be used directly in the process of enacting a law concerning warehouses. Despite this, regulations on the right of staple in the First Republic of Poland as well as the presence of warehouses in different legal systems on annexed Polish territory and the reflection of representatives of Polish doctrine on these normalizations caused solid foundations for Polish warehouse law to be formed, which was expressed by legal acts issued in independent Poland.

Justyna Krzywkowska

Katedra Prawa Kanonicznego i Wyznaniowego

Wydział Prawa i Administracji UWM

Przeszkoda niemocy płciowej w świetle wykładni kan. 1084 Kodeksu Prawa Kanonicznego z 1983 roku

Małżeństwo to nie tylko wspólny dom, wspólny stół, lecz także wspólne łożo. Z natury więc wymagana jest zdolność partnerów zawierających związek małżeński do współżycia cielesnego¹. Poczęcie bowiem nowego życia dokonuje się przez akt seksualny. Jeśli więc jedno z małżonków nie jest zdolne do obcowania cielesnego ze współmałżonkiem, zachodzi niemożliwość przekazywania nowego życia. Niezdolność ta może rodzić się z przyczyn organicznych, np. braku odpowiednich organów płciowych, czy też z przyczyn funkcjonalnych. We wszystkich tych przypadkach małżonek nie przekazuje prawa do własnego ciała i stąd umowa małżeńska jest nieważna.

W niniejszym artykule ukazane zostanie pojęcie niemocy płciowej, jak również cechy i rodzaje tej przeszkody w świetle kan. 1084 obowiązującego Kodeksu Prawa Kanonicznego².

¹ Por. Z. Grocholewski, *Sakrament małżeństwa: fundament teologiczny prawodawstwa kościelnego*, „Prawo Kanoniczne” 1997 (40), nr 1–2, s. 175–200; S. Kosowicz, *Ewolucja pojęcia celu małżeństwa*, „Prawo Kanoniczne” 1988 (31), nr 3–4, s. 131; H. Stawniak, *Uprawnienie – obowiązek zrodzenia i wychowania potomstwa w świetle kanonicznego prawa małżeńskiego*, „Prawo Kanoniczne” 1989 (32), nr 3–4, s. 126–127.

² *Codex Iuris Canonici* auctoritate Ioannis Pauli PP. II promulgatus, z 25 stycznia 1983 r., AAS 1983 (75 II), 1–317. *Kodeks Prawa Kanonicznego*, przekład polski zatwierdzony przez Konferencję Episkopatu, Poznań 1984 (dalej: KPK). W Kodeksie Prawa Kanonicznego z 1917 r. (*Codex Iuris Canonici*, Pii X Pontificis Maximi iussu digestus, Benedicti Papae XV auctoritate promulgatus, 27.05.1917, AAS 1917 (9 II), 3–521 (dalej: KPK 1917) dział omawiający przeszkody małżeńskie jest najbardziej obszerny w tytule kodeksowym poświęconym małżeństwu (kan. 1035–1080). Prawodawca mówi najpierw o przeszkodach w ogólności (kan. 1035–1057), następnie precyzuje poszczególne przeszkody wzbraniające (kan. 1058–1066) i zrywające (kan. 1067–1080). KPK 1917 zaliczył niezdolność płciową do przeszkód zrywających. Por. W. Pawelczak, *Prawo małżeńskie*, cz. 1: kan. 1012–1143, Poznań 1950, s. 5–6.

1. Pojęcie przeszkody impotencji

Niemoc płciowa to jedna z przeszkód małżeńskich wymienionych w Kodeksie Jana Pawła II³. Na oznaczenie tego pojęcia używa się różnych terminów: „niezdolność płciowa”, „impotencja”, „niemoc płciowa” czy „niezdolność małżeńska”⁴. Przeszkodą w szerokim znaczeniu jest okoliczność, która na mocy prawa Bożego lub kościelnego nie pozwala zawrzeć małżeństwa godziwie lub ważnie. Okoliczność ta może dotyczyć nie tylko osoby, lecz także zgody małżeńskiej oraz formy zawarcia małżeństwa. Przeszkoda w ścisłym znaczeniu to pewne określone cechy osobiste i okoliczności rzeczowe, które nie pozwalają osobom nimi obarczonym na ważne zawarcie małżeństwa⁵.

Przez niemoc płciową w znaczeniu kanonicznym należy rozumieć niezdolność do małżeńskiego obcowania cielesnego, która polega na wrodzonym lub nabytym braku występującym u mężczyzny i kobiety, uniemożliwiającym akt płciowy z natury swej zmierzający do zrodzenia potomstwa⁶.

³ KPK, kan. 1084 § 1 brzmi następująco: „Niezdolność dokonania stosunku małżeńskiego uprzednia i trwała, czy to ze strony mężczyzny, czy kobiety, czy to absolutna lub względna, czyni małżeństwo nieważnym z samej jego natury”. Przeszkoda ta jest również wymieniona w Kodeksie Kanonów Kościołów Wschodnich z 1990 r., kan. 801 § 1–2. *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium* auctoritate Joannis Pauli PP. II promulgatus, 18.10.1990. Tekst polski: *Kodeks Kanonów Kościołów Wschodnich*, promulgowany przez papieża Jana Pawła II, Lublin 2002. Por. W. Góralski, *Prawo małżeńskie Katolickich Kościołów Wschodnich (według Kodeksu Kanonów Kościołów Wschodnich)*, Lublin 1992.

⁴ Przeszkoda niemocy płciowej ma długą i skomplikowaną historię. Historykom prawa kanonicznego trudno nawet określić, czy Kościół rzymskokatolicki zawsze uważał niemoc płciową za przeszkodę do zawarcia małżeństwa z prawa naturalnego, a tym bardziej to, co w ogóle rozumiano pod pojęciem „impotencja”. Przepisy zarówno prawa rzymskiego, jak i prawa żydowskiego brały pod uwagę niemoc płciową jako podstawę usprawiedliwiająca rozwód, jednak nie traktowały jej jako przeszkody małżeńskiej. Ostatecznie w Dekretach Grzegorza IX impotencja zostaje sformułowana jako przeszkoda, którą należy wykazać środkami przewidzianymi przez ówczesne prawo. Dekretałisci traktują niezdolność płciową jako przeszkodę zrywającą z prawa naturalnego, którą powinna cechować trwałość i uprzedniość i to w stosunku tak do impotencji organicznej, jak funkcjonalnej. Niewątpliwie dla tej problematyki było również ważne pismo (*breve cum frequenter*) papieża Sykstusa V do nuncjusza w Hiszpanii datowane na 27 czerwca 1587 r., w którym papież zakazuje zawierania małżeństw eunuchom oraz nakazuje już przez nich zawarte związki uznać za nieważne. Por. S. Biskupski, *Prawo małżeńskie Kościoła Rzymskokatolickiego*, cz. 1, Warszawa 1971, s. 220; M. Żurowski, *Kanoniczne prawo małżeńskie Kościoła katolickiego*, Katowice 1987, s. 155.

⁵ KPK, kan. 1073. Por. W. Góralski, *Małżeństwo*, [w:] P. Hemperek, W. Góralski, F. Przytuła, J. Bakalarz, *Komentarz do Kodeksu Prawa Kanonicznego z 1983 r.*, t. 3: *Księga III. Nauczycielskie zadanie Kościoła. Księga IV. Uświęcające zadanie Kościoła*, Lublin 1986, s. 231–232; T. Pawlúk, *Prawo kanoniczne według Kodeksu Jana Pawła II*, t. 3: *Prawo małżeńskie*, Olsztyn, s. 114–115; L. Gerosa, *Prawo Kościoła*, t. 12, przekł. I. Pękalski, Poznań 1999, s. 278–280.

⁶ *Catechismus Catholicae Ecclesiae*, editio tipica, Città del Vaticano 1992. Tekst polski: *Katechizm Kościoła Katolickiego*, Poznań 1994 (dalej: KKK), nr 2366. Por. W. Góralski, *Wspólnota całego życia*, Częstochowa 1985, s. 66; idem, *Kościelne prawo małżeńskie*, Płock 1987, s. 35; idem, *Kanoniczne prawo małżeńskie*, Warszawa 2000, s. 58.

Aby zrozumieć uzasadnienie wprowadzenia tej przeszkody, trzeba przypomnieć, że małżeństwo jest nastawione na rodzenie i wychowanie potomstwa, co stanowi jego szczytowe uwieńczenie⁷. Małżonkowie oddając się sobie, wydają z siebie nową rzeczywistość – dziecko, żywe odbicie ich miłości, trwały znak jedności małżeńskiej⁸.

Należy zauważyć, że nowy Kodeks doprecyzowuje pojęcie niemocy płciowej, zaznaczając, że w analizowanej normie traktuje się o impotencji dotyczącej dokonania stosunku (*impotentia coeundi*). Niemocy płciowej jako podstawy istnienia przeszkody nie można mylić z pojęciem niepłodności (*sterilitas*). Zgodnie z całą tradycją kanoniczną i nauczaniem Soboru Watykańskiego II⁹ oraz z kan. 1084 § 3 KPK niepłodność, czyli niezdolność do zapłodnienia i poczęcia potomstwa, jako taka ani nie wzbrania, ani nie powoduje nieważności małżeństwa¹⁰. Małżonkowie w takim przypadku są zdolni do współżycia, ale ze względu na istniejącą niepłodność nie dochodzi do poczęcia niezależnie od woli działających¹¹. Podstawą istnienia przeszkody impotencji jest prawo Boże naturalne. Dlatego Kościół nie udziela dyspensy od tej przeszkody¹². Rzadkie są przypadki uznawania tej przeszkody przez państwowe prawo małżeńskie¹³.

⁷ Sobór Watykański II, *Gaudium et spes. Konstytucja duszpasterska o Kościele w świecie współczesnym*, z 7 grudnia 1965 r. (dalej: GS), nr 48 [w:] Sobór Watykański II, *Konstytucje, Dekrety, Deklaracje*, Poznań 1986, s. 537–620, AAS 1966 (58), s. 1025–1115; Paweł VI, *Humanae vitae. Encyklika o zasadach moralnych w dziedzinie przekazywania życia ludzkiego*, z 25 lipca 1968 r. (dalej: HV), nr 12, AAS 1968 (60), s. 481–503; Jan Paweł II, *Familiaris consortio. Adhortacja apostolska o zadaniach rodziny chrześcijańskiej w świecie współczesnym*, z 22 listopada 1981 r. (dalej: FC), nr 14, AAS 1982 (74), s. 81–191. Por. W. Bodzioch, *Rodzina – wspólnota miłości*, [w:] W. Szewczyk (red.), *Przyszłość ludzkości idzie przez rodzinę*, Warszawa 1992, s. 194–202; W. Góralski, *Matrimonium facit consensus. Z orzecznictwa Roty Rzymskiej w sprawach o nieważność małżeństwa z tytułów dotyczących zgody małżeńskiej (1984–1997)*, Warszawa 2000, s. 11.

⁸ FC, nr 14, 2. Por. K. Lehman, *Małżeństwo decyzyj życia*, tłum. B.W. Zubert, Katowice 1993, s. 17.

⁹ GS, nr 50: „Dlatego małżeństwo trwa jako połączenie i wspólnota całego życia i zachowuje wartość swoją oraz nierozzerwalność nawet wtedy, gdy brakuje często pożądanego potomstwa”.

¹⁰ Niepłodność może być przyczyną nieważności na podstawie kan. 1098 KPK, czyli pośredniego wprowadzenia w błąd, lub też postawiona jako warunek z kan. 1102 KPK.

¹¹ M. Żurowski, *Kanoniczne prawo małżeńskie...*, s. 150; zob. E. Przekop, *Przewodnik duszpasterski według Kodeksu Jana Pawła II*, Olsztyn 1989, s. 136.

¹² Ustawodawca w KPK 1917 stwierdził, że impotencja powoduje nieważność z mocy prawa naturalnego. Ewidentną konsekwencją tego stanowiska było to, że przeszkoda impotencji wiązała także nieochrzczonych i od niej nie było można dyspensować. Natomiast w nowym Kodeksie impotencja powoduje nieważność małżeństwa z samej jego natury.

¹³ Przeszkody tej nie wymienia również prawo polskie. Por. ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. *Kodeks rodzinny i opiekuńczy* (Dz.U. nr 9 poz. 59 z późn. zm.).

2. Cechy niemocy płciowej

2.1. Impotencja uprzednia

Niezdolność dokonania aktu małżeńskiego winna być uprzednia, aby można było rozważać występowanie przeszkody niemocy płciowej¹⁴. Przez uprzednią należy rozumieć taką, która istniała przed zawarciem umowy małżeńskiej¹⁵. Niezdolność należy uważać za uprzednią także wówczas, gdy występuje dopiero po zawarciu małżeństwa, lecz pochodzi z przyczyny istniejącej już w momencie wyrażania zgody małżeńskiej, a więc w momencie zawierania małżeństwa¹⁶. Niemoc płciowa o charakterze następczym nie stanowi natomiast przeszkody, choć może być tytułem wniesienia prośby o dyspensę papieską od małżeństwa, jeśli nie zostało ono dopełnione¹⁷.

Niejednokrotnie nie jest łatwo stwierdzić, czy impotencja jest uprzednia czy też następcza. W praktyce stosuje się przyjęcie domniemania prawnego. Jeśli wątpliwość nastąpiła wkrótce po celebracji małżeństwa, należy przypuszczać, iż impotencja była uprzednia. Z kolei jeśli wątpliwości pojawiły się po jakimś czasie, to domniemywa się, że impotencja była następcza¹⁸.

2.2. Impotencja trwała

Impotencja tylko wtedy staje się podstawą orzeczenia nieważności małżeństwa, jeżeli jest trwała, tzn. nie ma żadnej możliwości jej usunięcia, czyli nie może być wyleczona¹⁹. W sytuacji zaś, gdy impotencja może być wyleczona, ale tylko środkami niegodziwymi, nadzwyczajnymi, w aspekcie kanonicznym należy uważać ją jako trwałą. Nadzwyczajność środków sprowadza się do ingerencji chirurgicznych lub terapii, które są bardzo ryzykowne i niebezpieczne dla człowieka²⁰.

¹⁴ KPK, kan. 1084 § 1 stwierdza, że nie każda niemoc stanowi przeszkodę. Stanowi ją tylko taka, która charakteryzuje się określonymi przez prawodawcę przymiotami, a mianowicie chodzi o uprzedniość, trwałość, absolutność czy względność.

¹⁵ Por. T. Pawluk, *Kanoniczna praktyka procesowa w sprawach małżeńskich*, Warszawa 1975, s. 15.

¹⁶ Por. P. Gajda, *Prawo małżeńskie Kościoła Katolickiego*, Tarnów 2000, s. 101.

¹⁷ KPK, kan. 1142. Por. W. Góralski, *Małżeństwo...*, s. 241; M. Żurowski, *Kanoniczne prawo małżeńskie...*, s. 153–154; J. Krukowski, *Proces o uzyskanie dyspensy od małżeństwa zawartego i niedopełnionego*, [w:] J. Krukowski (red.), *Komentarz do Kodeksu Prawa Kanonicznego*, V, *Księga VII. Procesy*, Poznań 2007, s. 378–389.

¹⁸ Por. W. Szafranski, *Przeszkoda impotencji w prawie kanonicznym*, Włocławek 1964, s. 89–92.

¹⁹ Por. W. Góralski, *Niezdolność do podjęcia istotnych obowiązków małżeńskich (kan. 1095, n. 3 kpł i kan. 818, n. 3 kk Kość. Wsch.)*, [w:] W. Góralski, R. Sztuchmiller (red.), *Przymierze małżeńskie*, Lublin 1993, s. 35.

²⁰ Por. W. Góralski, *Małżeństwo...*, s. 241; H. Stawniak, *Niemoc płciowa jako przeszkoda do małżeństwa. Ewolucja czy zmiana koncepcji?*, Warszawa 2000, s. 176–179.

Niemoc płciowa nie byłaby trwała, gdyby mogła być usunięta za pomocą zwyczajnej operacji, nie stanowiącej groźby życia i zdrowia osoby operowanej, a pozytywny jej wynik mógł być z góry przewidziany²¹.

2.3. Impotencja pewna

Przeszkoda pewna, tj. oparta na niezbitych dowodach, może być tylko prawnie egzekwowana²². Jeśli przeszkoda niezdolności jest wątpliwa – niezależnie od tego, czy wątpliwość ta jest prawna, czy faktyczna – nie należy zabraniać zawarcia małżeństwa ani też orzekać o jego nieważności²³. Jak długo zatem istnieje wątpliwość, tak długo nie należy utrudniać małżeństwa, ponieważ cieszy się ono przychylnością prawa²⁴. Racja takiego rozwiązania jest zrozumiała i uzasadniona. Uprawnienie do zawarcia związku małżeńskiego jest podstawowym prawem osoby ludzkiej, którego nie można ograniczać. Przemawia za tym również domniemanie prawne o zdolności każdej kobiety i każdego mężczyzny do aktu płciowego²⁵. Zatem tylko w przypadkach pewnych można komuś ograniczyć prawo do zawarcia małżeństwa i wybrania sobie współmałżonka.

2.4. Impotencja absolutna lub względna

Przeszkodę impotencji w prawie kanonicznym stanowi niezdolność płciowa absolutna (bezwzględna), jak też względna²⁶. Z bezwzględną postacią impotencji mamy do czynienia wówczas, gdy osoba nie jest zdolna spełnić aktu seksualnego z jakąkolwiek osobą płci przeciwnej. Względna przeszkoda istnieje tylko w stosunku do pewnych osób płci odmiennej, z którymi dana osoba nie może dopełnić aktu małżeńskiego, choć jest to możliwe z innymi²⁷.

Zarówno niemoc absolutna jak i względna powodują nieważność małżeństwa i są podstawą do zakazu zawarcia małżeństwa.

3. Rodzaje niemocy płciowej

3.1. Przeszkoda impotencji organicznej

Niemoc płciowa organiczna (instrumentalna) wynika z braku lub anomalii anatomicznych narządów płciowych, które powodują, że nie są one zdadne

²¹ Por. W. Szafrński, *Przeszkoda impotencji...*, s. 95–97; E. Szafrowski, *Prawo kanoniczne w okresie odnowy soborowej*, t. 2, Warszawa 1979, s. 240–241.

²² Por. F. Bączkiewicz, J. Baron, W. Stawinoga, *Prawo kanoniczne. Podręcznik dla duchowieństwa*, t. 3, Opole 1958, s. 220.

²³ KPK, kan. 1084 § 2.

²⁴ KPK, kan. 1060.

²⁵ Por. S. Biskupski, op. cit., s. 232–233; M. Żurowski, *Kanoniczne prawo małżeńskie...*, s. 154.

²⁶ KPK, kan. 1084 § 2.

²⁷ Por. S. Biskupski, op. cit., s. 217; W. Szafrński, *Przeszkoda impotencji...*, s. 92–95.

do dokonania aktu małżeńskiego²⁸. Narządy rodne kobiety składają się z następujących części wewnętrznych: jajniki, jajowody, macica i pochwa. Jajniki są gruczołami płciowymi żeńskimi. Podstawową funkcją jajnika jest wytwarzanie komórek rozrodczych żeńskich, czyli komórek jajowych. Jajowody, tj. parzyste przewody odchodzące od rogów macicy, mają budowę przystosowaną do swego głównego zadania – przeprowadzenia z jajnika do macicy komórki jajowej. Macica jest narządem mięśniowym, którego zadaniem jest umożliwienie rozwoju poczętego życia. Natomiast w narządach rodnych męzczyzny wytwarzane są męskie komórki rozrodcze – plemniki. Powstają one w kanalikach nasiennych męskiego gruczołu płciowego – jądra. Po przejściu szeregu etapów rozwojowych w postaci dojrzałej, plemniki wydostają się do nasieniowodów²⁹.

Ograniczona niemoc płciowa kobiety jest następstwem anatomicznych nieprawidłowości, które mogą być wrodzone lub nabyte w wyniku różnych chorób i urazów. Podstawę zaistnienia tej przeszkody stanowi brak organów płciowych do odbycia normalnego aktu płciowego lub niewłaściwe ich funkcjonowanie. Pośród form niemocy organicznej po stronie kobiety należy wymienić brak pochwy, jej niedorozwój, niedrożność³⁰. Pochwa powinna być zdatna do przyjęcia męskiego członka, nasienia. Konieczność tego organu łączono zawsze z istotnym elementem aktu małżeńskiego, w którym to organie dochodzi do połączenia ciał³¹. Kobieta przez posiadanie pochwy bierze czynny udział w rozmnażaniu rodzaju ludzkiego. Nie ulega przeto żadnej wątpliwości, iż kobietę należy uznać za impotentkę, jeżeli nie ma pochwy od urodzenia lub pod wpływem zabiegów chirurgicznych. Brak pochwy stanowi przeszkodę do naturalnego obcowania cielesnego i jest brakiem nieusuwalnym. Pewność istnienia przeszkody niemocy płciowej istnieje także przy sztucznej pochwie. Takiej kobiecie nie można pozwolić na zawarcie małżeństwa³².

Analogicznie do braku pochwy oceniano w kanonistyce jej niedorozwój, nadmierną ciasnotę, gdyż niemożliwe było wówczas normalne współżycie małżonków. Pochwę niezdolną i niedostępną dla naturalnego obcowania cielesnego czyni również infantyлизм³³. Spotyka się w tym przypadku przeważnie nagle owłosienie narządów płciowych, małość warg sromowych dużych, przy jednoczesnym zwiększeniu warg małych. W sytuacji infantylizmu każdą sprawę trzeba traktować indywidualnie³⁴.

²⁸ Por. T. Pawluk, *Prawo kanoniczne według Kodeksu...*, s. 127.

²⁹ Por. H. Steindel, *Organizm ludzki w służbie życia*, [w:] *Przyszłość ludzkości...*, s. 158–160; P. Hoser, *Anatomia i fizjologia człowieka*, Warszawa 1995, s. 162–171.

³⁰ Por. T. Pawluk, *Kanoniczna praktyka procesowa...*, s. 15.

³¹ Por. F. Bączkiewicz, J. Baron, W. Stawinoga, op. cit., s. 218.

³² Por. S. Biskupski, op. cit., s. 226–231.

³³ Por. M. Żurowski, *Kanoniczne prawo małżeńskie...*, s. 156–157; T. Pawluk, *Prawo kanoniczne według Kodeksu...*, s. 128–129.

³⁴ Por. W. Szafranski, *Przeszkoda impotencji...*, s. 268–274.

W przypadku zamkniętej pochwy od strony wewnętrznej, usunięcia macicy, jajowodów i jajników nie zachodzi niemoc płciowa u kobiety, a ma miejsce jej nieplodność³⁵.

Organiczna niemoc płciowa mężczyzny jest łatwa do wykrycia przez lekarza, ponieważ ujawnia się ona przez anomalie anatomiczne. Przejawem takiej niemocy mogą być znaczne wady rozwojowe, jak pozbawienie obu gruczołów płciowych wytwarzających spermę, znaczny niedorozwój członka oraz brak lub niedostateczny wzwód prącia³⁶. Jednym ze źródeł przeszkody niemocy jest brak prącia, który powoduje, że mężczyzna nie jest zdolny do dokonania pełnego aktu płciowego³⁷. Bardzo rzadko występują przypadki braku prącia od urodzenia. Najczęściej brak prącia zachodzi na skutek chirurgicznej operacji, jak u kastratów, przez zniszczenie jąder po ciężkich schorzeniach, urazach, nowotworach³⁸. Brak członka uznaje się za ewidentną niemoc płciową, ponieważ jest to stan trwały i nieuleczalny.

Również o niemocy płciowej mówi się w przypadku niedostatecznego rozwoju prącia, który może powodować brak popędu płciowego. Ci, którzy posiadają członka w stanie szczątkowym, są niezdolni w sposób naturalny do złożenia nasienia. Przy infantylnych wymiarach członka albo też odwrotnej sytuacji – nieproporcjonalnej jego wielkości można podejmować zagadnienie względnej niemocy płciowej u mężczyzn, dlatego też bez oględzin cielesnych w żadnym wypadku nie można orzekać o nieważności małżeństwa z tytułu niemocy instrumentalnej mężczyzny³⁹.

Zupełny lub niedostateczny wzwód prącia jest kolejnym przykładem ewentualnej przeszkody niezdolności płciowej. Niezdolność do erekcji może być względna, tj. objawia się w stosunku do określonej partnerki, lub absolutna, tj. dotyczy każdej partnerki. Niedostateczny wzwód może być spowodowany przyczynami fizycznymi lub psychicznymi. Do przyczyn niemocy o cha-

³⁵ Ojcowie Kongregacji Nauki Wiary uznali, że gdyby macica (np. w czasie porodu lub cesarskiego cięcia) została uszkodzona do tego stopnia, że z medycznego punktu widzenia jest wskazane jej całkowite usunięcie w celu eliminowania poważnego aktualnego zagrożenia dla życia lub zdrowia matki, byłoby dozwolone podjęcie takiego postępowania, mimo że jego skutkiem będzie u kobiety trwała nieplodność. Kongregacja Nauki Wiary, *Patres congregationis. Odpowiedzi na przedstawione wątpliwości dotyczące „izolowania macicznego” i innych zagadnień*, z 31 lipca 1993, [w:] K. Szczygło (red.), *W trosce o życie. Wybrane dokumenty Stolicy Apostolskiej*, Tarnów 1998, s. 391–392; AAS 1994 (86) 820–821. Por. A. Cekański, M. Bik, J. Kanwiszer, B. Skorupa, *Wpływ zabiegu usunięcia macicy z powodu mięśniaków wraz z przydatkami na intensywność pożycia seksualnego w porównaniu z intensywnością pożycia w przypadkach usunięcia macicy z pozostawieniem jajników*, [w:] I. Roszkowski, K. Imieliński (red.), *Problem oziębłości płciowej i kobiet*, Warszawa 1972, s. 72–92.

³⁶ Por. H. Stawniak, *Niemoc płciowa...*, s. 184–185; T. Pawlúk, *Prawo kanoniczne według Kodeksu...*, s. 128.

³⁷ Por. M. Żurowski, *Kanoniczne prawo małżeńskie...*, s. 154–155.

³⁸ Por. H. Stawniak, *Niemoc płciowa...*, s. 185; T. Pawlúk, *Kanoniczna praktyka procesowa...*, s. 14.

³⁹ Por. W. Szafranski, *Przeszkoda impotencji...*, 176–180; S. Biskupski, op. cit., s. 222–223.

rakterze fizycznym zalicza się stwardnienie rozsiane, poprzeczne zapalenie rdzenia, choroby centrów nerwowych, zwojów mózgowych i rdzenia pacierzowego, uszkodzenie rdzenia lędźwiowego w części górnej, a także zaburzenia np. układu narządów krążenia⁴⁰. Niezdolność do obcowania cielesnego występuje jeszcze przy zaburzeniach ejakulacji. Najczęstszym z tych zaburzeń jest przedwczesny wytrysk spowodowany nadmierną wrażliwością ośrodka wytrysku⁴¹. Nie wymaga się natomiast wytrysku nasienia powstałego w jądrach, aby mężczyznę uznać za zdolnego do współżycia małżeńskiego⁴².

Pozostaje do omówienia jeszcze jedno zagadnienie, które praktycznie przechodzi do historii, a mianowicie zagadnienie uszkodzenia, względnie przecięcia nasieniowodów (*vasectomia*)⁴³. Do niedawna jednolita jurisprudence rotalna była za orzeczeniem nieważności małżeństwa z tytułu wasektomii jako przeszkody trwałej. Dziś wasektomii nie traktuje się już jako niemocy nieuleczalnej⁴⁴.

3.2. Przeszkoda impotencji funkcjonalnej

Niemoc płciowa funkcjonalna (czynnościowa) polega na zaburzeniach w czynnościach narządów płciowych przy braku wyraźniejszych zmian anatomicznych w ich obrębie⁴⁵. Podstawą tego rodzaju impotencji są przyczyny o charakterze fizycznym i psychicznym. Nierzadko czynnościowa niemoc płciowa ma swoje podłoże w sferze psychicznej⁴⁶.

Funkcjonalna niemoc płciowa jako przeszkoda do zawarcia małżeństwa ma miejsce w przypadku tzw. pochwicy (waginizm), polegającej na nerwowych skurczach uniemożliwiających odbycie stosunku⁴⁷. Waginizm kobiety zawsze jest uwarunkowany psychicznie⁴⁸. Lekarze wyróżniają pochwicę wy-

⁴⁰ Por. W. Szafrąński, *Przeszkoda impotencji...*, 184–191.

⁴¹ Por. T. Pawluk, *Prawo kanoniczne według Kodeksu...*, s. 128; E. Przekop, *Przewodnik duszpasterski...*, s. 135.

⁴² Kongregacja Nauki Wiary, *Dekret o impotencji, która powoduje nieważność małżeństwa, Utrum impotentia*, z 13 maja 1977, AAS 1977 (69), s. 426.

⁴³ Wasektomia to podwiązanie nasieniowodów męczyzny, czego następstwem może być krwotok, bóle i stany zapalne jąder. Następuje rozkład niewydalonych plemników, które przechodzą do krwi i mogą wytwarzać przeciwciała przeciwne komórkom spermy. Toksyny rozłożonych plemników mogą powodować śmiertelne choroby płuc, zaburzenia funkcji tarczycy, bóle stawów, choroby krążenia, cukrzycę, zaburzenia zdrowia psychicznego, impotencję, zakrzepowe zapalenie żył, dysfunkcję wątroby i stwardnienie rozsiane. Por. M. Pierechod, *Poradnictwo rodzinne*, Olsztyn 1993, s. 10–11.

⁴⁴ Por. H. Stawniak, *Niemoc płciowa...*, s. 194.

⁴⁵ Por. W. Góralski, *Niezdolność do podjęcia istotnych...*, s. 35.

⁴⁶ „Pochwica, bolesny odruchowy skurcz mięśni okolicy sromu i pochwy, występujący przy próbie spółkowania”. Zob. *Pochwica*, [w:] *Mała encyklopedia medycyny*, Warszawa 1988, s. 929.

⁴⁷ Por. W. Szafrąński, *Przeszkoda impotencji...*, s. 379; S. Pycior, *Czy każdy może ważne zawrzeć małżeństwo?*, [w:] *Przyszłość ludzkości...*, s. 112–114.

⁴⁸ Por. H. Stawniak, *Niemoc płciowa...*, s. 196.

ższą, kiedy członek męski może być wprowadzony, ale z trudem i bólem oraz niższą w sytuacji, gdy samo wprowadzenie członka jest niemożliwe. Bardzo trudne jest udowodnienie trwałej niemocy czynnościowej. Istotą pochwyty jest nadzwyczajna wrażliwość kobiety występująca na tle psychonerwowym; jeżeli występuje ona w formie neurozy, hyporestezji histerycznej czy psychoneurozy jest ona niezależna od woli osoby⁴⁹. Należy pamiętać, że nie każda postać waginizmu jest nieuleczalna. Może również istnieć pochwica stanowiąca impotencję względną w przypadku próby współżycia z określonym mężczyzną a z innymi nie⁵⁰. Przyczyny psychiczne impotencji funkcjonalnej ujawniają się przede wszystkim w braku harmonii małżeńskiej w pożyciu cielesnym⁵¹. Pożycie intymne wymaga od małżonków wielkiej wyrozumiałości i ofiarności, aby rzeczywiście spełniało zadanie jednoczenia małżonków, umacniania ich miłości i wierności oraz uzdalniania do chętnego podejmowania trudów rodzicielstwa⁵².

Waginizm trzeba odróżnić od oziębłości seksualnej⁵³, która nie stanowi żadnej formy impotencji. Uniemożliwia ona zasadniczo osiągnięcie samego zadowolenia seksualnego, a nie odbicie stosunku seksualnego⁵⁴.

Funkcjonalna niemoc płciowa mężczyzny o charakterze fizycznym, przy jednoczesnej normalności anatomicznej organów seksualnych, jest jedną z najczęstszych postaci⁵⁵. Może ona być spowodowana schorzeniem, paraliżem, zniszczeniem ośrodków lub dróg nerwowych, które łączą te organy z członkiem albo z centrum erekcyjnym. Przyczyną tej niemocy może być również alkoholizm czy cukrzyca⁵⁶. Z kolei niemoc płciowa czynnościowa o charakte-

⁴⁹ Ibidem, s. 197; E. Szafrowski, *Prawo kanoniczne w okresie odnowy posoborowej*, t. 2, Warszawa 1979, s. 240–241; R. Sztymmler, *Istotne obowiązki małżeńskie*, Warszawa 1997, s. 375–378.

⁵⁰ Por. W. Szafranski, *Przeszkoda impotencji...*, s. 367–372.

⁵¹ Por. M. Żurowski, *Niezdolność do podjęcia obowiązków małżeńskich z przyczyn psychicznych*, „Prawo Kanoniczne” 1986 (29), nr 3–4, s. 153–162; S. Kosowicz, *Ewolucja pojęcia zdolności do zawarcia małżeństwa w świetle wyroków rotalnych bieżącego stulecia*, „Prawo Kanoniczne” 1988 (31), nr 1–2, s. 140–146.

⁵² GS, nr 51; por. B.W. Zubert, *Wiedza konieczna o heteroseksualności i trwałości małżeństwa w nauce prawa kanonicznego i jurysprudencji (1517–1917)*, Lublin 1985, s. 9.

⁵³ Terminologia naukowa mówi o „niezdolności do seksualnego odprężenia” lub „niezdolności do seksualnego zaspokojenia”. W zasadzie pod pojęciem oziębłości płciowej winno się rozumieć tylko zaburzenia w zakresie siły potrzeb seksualnych pod postacią obniżenia tych potrzeb lub całkowitego ich braku. Por. K. Imieliński, *Klinika oziębłości płciowej u kobiet*, [w:] *Problemy oziębłości płciowej...*, s. 87. Pod względem klinicznym oziębłość seksualną dzieli się na: pierwotną, występującą u kobiety, u której nigdy przedtem nie było prawidłowych odczuć seksualnych, oraz wtórną, charakterystyczną dla kobiety, która miała uprzednio uregulowane życie oraz prawidłowe odczucia seksualne. Por. P. Matussek, *Zaburzenia czynnościowe*, [w:] H. Giese (red.), *Seksuologia*, Warszawa 1959, s. 91.

⁵⁴ Por. G. Erlebach, *Tożsamość seksualna a nieważność związku małżeńskiego według najnowszej jurysprudencji rotalnej (1983–1994). Zarys systematyczny*, [w:] B.W. Zubert (red.), *Tożsamość seksualna nupturientów a zdolność do zgody małżeńskiej*, Opole 1998, s. 127–129.

⁵⁵ Por. J. Strojnowski, *Impotencja*, [w:] *Encyklopedia Katolicka*, t. 7, Lublin 1997, kol. 95–96.

⁵⁶ Por. K. Imieliński, *Zarys seksuologii i seksiatrii*, Warszawa 1986, s. 97.

rze psychicznym może wynikać z przykrych przeżyć, różnych stanów nerwowych⁵⁷.

Należy podkreślić, że związek małżeński to przede wszystkim zespolenie duchowe, a nie tylko cielesne. Dlatego też małżonkom przy współżyciu cielesnym nie może chodzić tylko o jedność ciał, lecz serc⁵⁸. Niewątpliwie owa jedność serc i dusz może być zakłócona w różny sposób i dlatego właśnie mamy do czynienia z dużą liczbą przypadków niemocy płciowej na podłożu psychicznym.

Podsumowanie

Małżeństwo jest ze swej natury nastawione na rodzenie i wychowanie dzieci, co stanowi jego jakby szczytowe uwieńczenie⁵⁹. Należy mieć zatem na uwadze tych nupturientów, którzy mogą podjąć akty skierowane do przedłużenia życia ludzkiego. W przeciwnym razie musimy stwierdzić, że ktoś jest związany przeszkodą niemocy płciowej określoną przez ustawodawcę w kan. 1084 KPK.

W niniejszej artykule ukazana została jedna z przeszkód małżeńskich – niemoc płciowa. Impotencja w prawie kościelnym nie miała jednoznacznego określenia. Różnie pojmowano jej istotę. Obecnie uważa się, że przeszkoda niemocy płciowej ma miejsce wtedy, gdy u mężczyzny lub kobiety zachodzi niezdolność do obcowania cielesnego. Zasadniczo są dwa rodzaje impotencji: organiczna i funkcjonalna. Odróżniając niemoc płciową od niepłodności, trzeba wyraźnie uwydatnić, że nie każda jednak niemoc stanowi przeszkodę do zawarcia małżeństwa. Stanowi ją tylko taka, która charakteryzuje się określonymi przez prawodawcę przymiotami. Kan. 1084 § 1 stwierdza, że tylko niemoc płciowa uprzednia, trwała, absolutna czy też względna powoduje, że zawarte małżeństwo jest nieważne. Udowodnienie zaś impotencji w przewodzie sądowym może nastąpić tylko przy użyciu prawnych środków procesowych⁶⁰.

⁵⁷ Por. W. Szafrński, *Przeszkoda impotencji...*, s. 355–366.

⁵⁸ Rdz 17, 25; Rdz 19, 8; Mt 1, 25; Łk 13, 4 (*Pismo Święte Starego i Nowego Testamentu w przekładzie z języków oryginalnych*, wyd. 5, Pallottinum, Poznań 2000).

⁵⁹ GS, nr 41.

⁶⁰ We wszystkich przypadkach niemocy płciowej należy opierać się na świadectwach lekarskich pochodzących od specjalistów, względnie należy żądać opinii sądowo-seksuologicznej od biegłego lekarza wyznaczonego do tej roli przez sąd biskupi (KPK, kan. 1680). W uzasadnieniu wyroku sądu kościelnego, który rozpoznawał sprawę o nieważność małżeństwa z tytułu niemocy płciowej, czytamy: „Biegły seksuolog na podstawie danych z akt sprawy oraz bezpośredniego badania lekarskiego pozwanego rozpoznał u niego niemoc płciową względną, czyli tylko do samej powódki, która istniała już w okresie zawierania małżeństwa, a ujawniła się dopiero po ślubie, i nosi ona charakter czynnościowy. Na niemoc tą złożyły się głównie: niski poziom libido pozwanego, brak wzajemnych uczuć pomiędzy stronami i brak obustronnej atrakcyjności seksualnej; nie wyklucza się też tu negatywnych skutków nadmiernego spożywania przez pozwanego

Summary

The impediment of impotence in the light of the interpretation of can. 1084 of the 1983 Code of Canon Law

Key words: the invalidity of the marriage, the impotence, the marriage.

The natural aim of the marriage is giving birth to children and bringing them up. Therefore it is obvious to consider only such spouses who are able to start some sexual intercourse directed to extend the human life. Otherwise it must be said that someone is bounded by the impediment of impotence qualified by the legislator in canon 1084 of the 1983 Code of Canon Law.

The impotence of a man is different from the impotence of a woman. It can be functional or organic (instrumental). If you distinguish the impotence and the sterility, it must be emphasized that not every impotence is the obstacle to get married. Therefore you should consider only such an impotence which is described by the legislator. Canon 1084 § 1 says that only the impotence which is foregoing, permanent and absolute or also relative is the reason why the marriage is invalid. The sterility is not any impediment. Putting the impotence to the proof in the legal proceeding is possible if you take advantage of the law.

alkoholu”. Biegły psychiatra seksuolog, w opinii sądowo-seksuologicznej sporządzonej na polecenie Sądu Biskupiego, w oparciu o akta sprawy i wywiad seksuologiczny z powodem, stwierdziła: „Y w chwili zawierania sakramentalnego związku małżeńskiego była dotknięta zaburzeniem psychoseksualnym pod postacią dyspareunii – bolesne spółkowanie. W przypadku pozwanej podłożem do powstania i rozwoju tego typu niemocy płciowej były zmiany zapalne przydatków (prawdopodobnie infekcyjne), które sprawiły, że pierwszy stosunek małżeński był bardzo bolesny i był silnym urazem psychicznym. Mimo więc wyleczenia zmian zapalnych i starań obojga małżonków, pierwszy uraz wytworzył nerwicowy mechanizm czucia bólu przy każdym zbliżeniu i uniemożliwił małżonkom dalsze kontynuowanie współżycia seksualnego. Jak wskazują późniejsze dane, niemoc płciowa pozwanej ma charakter względny – tylko do powoda i nosi charakter czynnościowy”.

Bronisław Sitek

Katedra Prawa Rzymskiego i Porównawczego

Wydział Prawa i Administracji UWM

Ewolucja odpowiedzialności za sprzedajność (*concessio*) w prawie rzymskim

Odpowiedzialność z tytułu *concessio* w okresie republiki

Analiza przypadków nadużyć władzy przez rzymskich *magistratus* pokazuje, że jeszcze w III w. przed Chr. nie odróżniano łapownictwa biernego od zwykłego łupienia czy zaboru rzeczy publicznych (*peculatus*). Przyjmowanie podarunków ponad miarę, zwłaszcza pieniędzy, a z czasem i różnego rodzaju usług w zamian za wydawanie korzystnych decyzji administracyjnych czy politycznych nie było w tym okresie wyodrębnione jako samodzielny typ przestępstwa, a tym samym nie przewidywano odrębnego systemu kar¹.

Pierwsze regulacje prawne, które mogły dotyczyć sprzedajności, sięgają końca III w. przed Chr. W 204 r. trybun ludowy M. Cincius Alimentus wniósł projekt ustawy, znanej jako *lex Cincia de donationibus et muneribus*, w której zakazano dokonywania darowizn powyżej pewnej oznaczonej sumy (*ultra modum*). Spod zakazu wyjęte były osoby związane z darczyńcą węzłem pokrewieństwa lub powinowactwa (*personae exceptae*)². Darowizna uczyniona wbrew zakazowi była ważna (*lex imperfecta*), dawała jednak możliwość dochodzenia jej zwrotu na drodze sądowej³. W przypadku sprzedajności osoba wręczająca korzyść majątkową urzędnikowi rzymskiemu miała podstawę prawną do dochodzenia na drodze cywilnej zwrotu bezpodstawnego czy wymuszonego świadczenia.

Zwrotem w wyodrębnieniu sprzedajności jako samodzielnego typu przestępstwa okazał się edykt *Quod metus causa gestum erit*:

¹ Zob. C. Venturini, *Per un riesame dell'esperienza giuridica romana in materia di illecito arricchimento dei titolari di funzioni pubbliche*, „Panorami” 1992, nr 4, s. 354–384; U. Brasiello, s.v. *Concessione*, [w:] *Enciclopedia del diritto*, vol. 8, Milano 1961, s. 697–699.

² Zob. B. Sitek, *Actiones populares w prawie rzymskim na przełomie republiki i pryncypatu*, Szczecin 1999, s. 44; W. Osuchowski, *Rzymskie prawo prywatne. Zarys wykładu*, Warszawa 1986, s. 377; J. Kodrebski, *Sabinianie i Prokulianie. Szkoły prawa w Rzymie wczesnego cesarstwa*, Łódź 1974, s. 271 n.; H. Siber, *Confirmatio donationis*, ZSS 1933, s. 144 n.

³ Tac. *Ann.* 11.5.

Ulp. 11 ad ed. (D. 4.2.1): Ait praetor: "Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo". Olim ita edicebatur "quod vi metusve causa": vis enim fiebat mentio propter necessitatem impositam contrariam voluntati: metus instantis vel futuri periculi causa mentis trepidatio. (Pretor postanowił: to, co zostało uczynione po wpływie bojaźni, nie może być uznane za ważne. Dawniej tak było to sformułowane „to co zostało spowodowane na skutek siły lub bojaźni”: z siłą mamy do czynienia wówczas, gdy coś czynione jest wbrew woli na skutek wyższej konieczności: bojaźń zaś to wstrząs duchowy spowodowany obecnym albo przyszłym zagrożeniem.)

Tekst Ulpiana został poddany krytycznej analizie przez C. Venturinię. Wykazał on, że nie tylko dokonanie czynności prawnej pod wpływem bojaźni stwarzało możliwość uchylenia się od jej skutków prawnych. Było to możliwe na drodze postępowania przed pretorem. Podobne rozwiązanie dopuszczano na gruncie prawa publicznego, w tym karnego – *ratum non habebo*. Osoby zmuszone przez *magistratus* do wręczenia im przysporzenia majątkowego, mogły wystąpić z roszczeniem o jego zwrot. Podstawę do tego stanowił właśnie edykt pretorski. Dla Ulpina była to dość dawna regulacja prawna – *Olim ita edicebatur*. Trudno jednak określić dokładną datę wydania edyktu pretorskiego w sprawie sprzedajności. Według T. Mommsena była to pierwsza prawnokarna regulacja na tego rodzaju zachowania *magistratus*. Pretor łapownictwo bierne zakwalifikował do deliktów. W konsekwencji poszkodowany mógł otrzymać środek ochronny w postaci *restitutio in integrum quod metus causa*⁴.

Edyktalne rozwiązania wynikały z faktu, że w pierwotnym okresie ekspansji terytorialnej Rzymu podbite miasta i prowincje, poczynając od Sycylii, nie miały żadnej ochrony prawnej przed nadużyciami urzędników rzymskich. Bardzo rzadko też urzędnicy w Rzymie, zwłaszcza senatorowie, reagowali na nadużycia ich kolegów na prowincji. Pierwsze wyraźne oznaki takiej reakcji pochodzą dopiero z 171 r. przed Chr. kiedy to senat rozpatrzył skargę o nadużycia, których urzędników rzymskich dopuścili się w prowincjach hiszpańskich. Wówczas senat powołał komisję w składzie pięcioosobowym złożoną z senatorów (tzw. *recuperatores*)⁵.

Zarządcy prowincji nierzadko żądali od miejscowej ludności nienależnych im danin. Dlatego Liwiusz pisze: *Cum et alia indigna quererentur, manifestum autem esset pecunias captas*⁶, co można przetłumaczyć: „[Hiszpanie] użalali się nad innymi nadużyciami władzy, ale oczywiste jest, że pobierali [namiestnicy] bezpodstawnie pieniądze”. Stąd oskarżyciele żądali ich

⁴ Zob. C. Venturini, *Note in materia di concussione e di actio metus*, IVRA 1994, nr 45, s. 82–93; T. Mommsen, *Römische Strafrecht*, Leipzig 1899, s. 704.

⁵ Zob. B. Schmidlin, *Das Rekuperatorenverfahren. Eine Studie zum Römischen Prozess*, Freiburg 1963, s. 20 n.; D. Nörr, *Zu den Xenokriten (Rekuperatoren) in der römischen Provinzialgerichtsbarkeit*, [w:] *Historiae iuris antiqui III*, München 1999, s. 2237–2282.

⁶ Liv. 43.2.3.

zwrotu⁷. Skuteczność tego procesu nie była wielka ze względu na to, iż w składzie sędziowskim zasiadali koledzy oskarżanych. W konsekwencji winni łupienia prowincji i sprzedajności udawali się co najwyżej na dobrowolne wygnanie nieopodal Rzymu. Niemniej jednak był to ważny krok w kierunku penalizacji biernego łapownictwa.

Nowe regulacje prawne, mogące świadczyć o powolnym wyodrębnieniu się sprzedajności jako nowej figury przestępstwa, znalazły się w ustawie *lex Calpurnia de rebus repetundis*, uchwalonej w 149 r. przed Chr. Ustawa ta została wydana w powiązaniu z C. Supliciuszem Galbą, który dokonał spustoszenia prowincji hiszpańskich. W konsekwencji tego zdarzenia trybun ludowy L. Calpurnio Pisone zaproponowała ustawę, na podstawie której powołano do życia stałe trybunały karne, specjalizujące się w ściganiu określonych typów przestępstw (*quaestiones*), zwłaszcza takich jak: *crimen maiestatis*, *crimen de vis*, *crimen peculatus* i *crimen ambitus*. I chociaż w zachowanym kanonie przestępstw ściganych na podstawie tej ustawy brak jest sprzedajności, to można przyjąć, że czyn ten był ścigany łącznie z *crimen peculatus*, czyli sprzeniewierzeniem przez urzędnika pieniędzy publicznych⁸.

Powołane stałe trybunały karne nie były jednak skuteczne, a to z powodu niewłaściwego doboru ich składu. Sędziami najczęściej byli senatorowie, a więc koledzy oskarżanych urzędników. Stąd Gaius Grakchus w *lex Acilia repetundarum* postanowił, aby do stałych trybunałów karnych wybierani byli sędziowie z stanu ekwického. Najważniejsze jednak jest to, że w *lex Acilia repetundarum*, postanowiono wprowadzić nowy rodzaj kary za sprzedajność (*concessio*).

Lex Acilia repetundarum ll. 58–59: [...] *id pr(aetor), qui eam rem quaesierit, eos iudices, qui eam rem iudicauerint, aestumare iubeto — quod ante hanc legem rogatam conperietur captum coactum* [ab]latum auorum conciliatumue esse, ea<s> res omnis simpli, ceteras res omnis quo<d> post hanc legem rogatam co[n]periet[ur] captum coactum ablatum auorum conciliatumue esse dupli [...] ⁹ (ten pretor, który rozpoznaje sprawę, niech nakaze sędziom będącym w składzie trybunału rekuperatorów, aby osądzili na zapłatę pojedynczej wartości rzeczy, które zostały przyjęte [niegodziwie], wymuszone, bezprawnie zabrane, sprzeniewierzone, jeżeli popełnienie tego czynu miało miejsce przed wejściem w życie tej ustawy. Jeżeli sprawca po wejściu w życie ustawy dokonał wymuszenia, bezprawnego zabrania lub sprzeniewierzenia rzeczy, niech zostanie zasądzony na podwójną wartość tej rzeczy.)¹⁰

W *lex Acilia* l. 58–59 zostały zestawione ze sobą przypadki wymuszenia, bezprawnego zabrania czy sprzeniewierzenia rzeczy przez funkcjonariuszy

⁷ Liv. 43.2.3: [...] *a quibus Hispani pecunias repeterent* (... od których Hiszpanie żądali zwrotu pieniędzy).

⁸ Zob. M.J. Garcia Garrido, *Precedentes romanos del tráfico de influencias*, Madrid 1992, s. 15 n.

⁹ Tekst łaciński podają za M.H. Crawford, *Roman Statutes*, I, London, 1996, s. 91.

¹⁰ Tłumaczenie własne.

publicznych. Mogą one wyczerpywać znamiona sprzedajności funkcjonariusza publicznego. Ważne jest to, że w tekście *lex Acilia* nielegalne zawłaszczenie pieniędzy publicznych przez *magistratus* zostało potraktowane jako kradzież, a więc delikt. Jego sprawca zobowiązany był do zwrotu pojedynczej wartości rzeczy w przypadku, czyn ten został popełniony przed wejściem w życie ustawy, zaś po jej wejściu sprawca zobowiązany był zwrócić podwójną wartość rzeczy, w posiadanie której wszedł poprzez naruszenia prawa. Można w tym przypadku doszukiwać się również echa zasady *nulla poena sine lege*, co oznacza, że nie można karać sprawcy przestępstwa, jeżeli dany czyn nie jest penalizowany przez ustawę¹¹.

W *lex Servilia Glaucia de repetundis* z 104 r. przed Chr. potwierdzono postanowienia zawarte w *lex Acilia*, a dotyczące wyboru do stałych trybunałów sędziów pochodzących z stanu ekwicznego. Wielkość kary zależała od pozycji politycznej sprawcy, a jako karę dodatkową wprowadzono infamię¹². W *lex Iulia de pecuniis repetundis* z 59 r. przed Chr. Juliusz Cezar utrzymał zakaz zasiadania w trybunałach karnych senatorów.

Ponadto z zebranego i omówionego już wcześniej materiału normatywnego wynika, że zostały określone kręgi osób pełniących funkcje publiczne, objęte odpowiedzialnością karną za defraudację pieniądza publicznego (*peculatus*) oraz nieuprawnione do przyjmowania podarunków (*concussio*). Stąd wraz z pojawieniem się stałych trybunałów karnych (*quaestio repetundarum*) przestępstwo sprzedajności (*concussio*) łączono z *crimen peculatus*¹³.

Zasady odpowiedzialności za *concussio* w okresie republiki

Zasady odpowiedzialności z tytułu sprzedajności na początku były kształtowane w oparciu o konstrukcję dogmatyczną bezpodstawnego wzbogacenia. Uwidoczniło się to już w przypadku najstarszej regulacji prawnej mogącej dotyczyć *concussio*, a związanej z zakazem przyjmowania darowizn wprowadzonym na podstawie *lex Cicinia* z 204 r. przed Chr. I chociaż była to *lex imperfecta*, co w konsekwencji powodowało ważność uczynionej darowizny wbrew zakazowi, to jednak ustawa ta rodziła podstawę do wystąpienia ze skargą o zwrot przedmiotu darowizny z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia się – *conditio ob turpem causam*¹⁴.

Turpis causa, czyli niemoralna podstawa świadczenia, musiała być sprzeczna nie tylko z przepisami prawa, ale również z system wartości mo-

¹¹ C. Nicolet, *Les loi judiciaires et les tribunaux de concussion*, ANRW, Bd 1.2, Berlin 1972, s. 197–214.

¹² Cic. *pro. Rab.* 4.9.

¹³ Zob. L. Perelli, *La corruzione politica nell'antica Roma: Tangenti, malversazioni, malcostume, illeciti, raccomandazioni*, Milano 1994, s. 131 n.

¹⁴ C. Venturini, *Concussione e corruzione: origine romanistica di una problematica attuale*, [w:] *Studi Biscardi*, vol. 4, Milano 1987, s. 137.

ralnych społecznie akceptowalnych. Do takich czynów zaliczano sprzedajność (*concussio*), bowiem w tym przypadku można mówić zarówno o *turpis causa accipientis*, jak i *dantis*. Przyjmujący przysporzenie majątkowe, ale i je dający naruszali normy prawne, a jednocześnie moralne. Wyjątkiem mogła być sytuacja, gdy korzyść majątkowa została wymuszona pod wpływem bojaźni (*metus*). W tym przypadku niemoralne zachowanie miało miejsce po stronie przyjmującego¹⁵. Żądanie zwrotu przekazanej bezprawnie należności było stosunkowo trudne, bowiem sytuacja prawna posiadającego jest zawsze lepsza, zgodnie z zasadą *melior causa sit possidentis quam petentis*¹⁶.

Zasady odpowiedzialności cywilnej z tytułu *concussio* stosowane były w procesie przed rekuperatorami. Komisja senacka rozpoznawała skargi według wcześniej wypracowanych zasad w prawie cywilnym¹⁷.

Zmiana konstrukcji odpowiedzialności z tytułu sprzedajności nastąpiła wraz z działalnością pretora Oktawiana, który w 80 r. wydał edykt *Quod metus causa gestum erit*, tzw. *formula Octaviana*. Ów pretor w przypadku *concussio* wprowadził reżim odpowiedzialności deliktowej. Wymuszenie przez *magistratus* podarunku od petenta z okazji ubiegania się przez niego o wydanie decyzji administracyjnej, sądowniczej czy wojskowej mogło wyczerpywać znamiona innego deliktu pretorskiego – *metus*. Bez zmian pozostała negatywna ocena sprzedajności – *adversus bonos mores*¹⁸.

Nie ulega zatem wątpliwości, że wówczas, gdy inicjatywę przejmował *magistratus*, żądając od petenta korzyści majątkowej, po stronie petenta zachodzi lęk czy inaczej bojaźń. Ten przecież pod wpływem silnego impulsu psychicznego, strachu czy lęku¹⁹ dokonał *de facto* darowizny. W takim przypadku pretor mógł zastosować przywrócenie do pierwotnego stanu (*restitutio in integrum propter metum*)²⁰. Poszkodowany mógł również wytoczyć *actio quod metus causa*. Była to skarga o charakterze penalnym i wniesiona w ciągu roku opiewała na zwrot poczwórnej wartości przysporzenia majątkowego. W przypadku jednak *concussio* dopuszczalne było wniesienie roszczenia o zwrot podwójnej wartości uzyskanej korzyści majątkowej²¹. Ta pozorna

¹⁵ Zob. F. Schwarz, *Die Grundlage der conditio im Klassischen Römischen Recht*, Münster 1952, s. 169–187. Autor ten jednak uważa (s. 182), że niemoralne zachowanie jest jedynie po stronie przyjmującego. W świetle mojego wyводу nie można z tym twierdzeniem się zgodzić.

¹⁶ Zob. H. Hausmaninger, W. Selb, *Römisches Privatrecht*, Wien 1997, s. 350. W świetle prawa polskiego (art. 412 k.c.) przyjęta korzyść majątkowa przez urzędnika w związku z wykonywaną przez niego czynnością ulega przepadkowi na rzecz Skarbu Państwa.

¹⁷ Liv. 43.2.1–11.

¹⁸ Ulp. 11 ad. ed. (D. 4.2.3.1).

¹⁹ Ulp. 11 ad ed. (D. 4.2.1.): *vis enim fiebat mentio propter necessitatem impositam contrariam voluntati: metus instantis vel futuri periculi causa mentis trepidatio. Sed postea detracta est vis mentio ideo, quia quodcumque vi atroci fit, it metu quoque fieri videtur.*

²⁰ O możliwości zastosowania *restitutio in integrum* w przypadku *crimen repetundarum* pisze M. Kaser, *Zur in integrum restitutio, besonders wegen metus und dolus*, ZSS 1977, nr 94, s. 121.

²¹ Zob. H. Honsell, *Römisches Recht*, Berlin 2002, s. 180.

sprzeczność pomiędzy rozwiązaniami typowymi dla odpowiedzialności z tytułu *metus* i *concussio* wynika z tego, że *actio quod metus causa* była również skargą arbitralną. Zatem sędzia mógł zasądzić jedynie zwrot podwójnej pobranej korzyści majątkowej, a w konsekwencji skazany unikał infamii. Takie rozwiązanie doskonale wpasowuje się w odpowiedzialność z tytułu *concussio*. Urzędników za tego rodzaju nadużycia traktowano stosunkowo łagodnie²². W źródłach można znaleźć liczne przykłady wymuszeń korzyści majątkowych przez *magistratus*²³. Jeden z nich stał się przedmiotem konstytucji Dioklecjana.

CJ.4.7.3: *Impp. Diocletianus, Maximianus AA Quod evitandi tirocinii causa dedisse te apud competentem iudicem ei de quo quereris indubia probationis luce constiterit, instantia eius recipies: qui memor censurae publicae post restitutionem pecuniae etiam concussionis crimen inultum esse non patietur. PP III k. Aug. ipsos IIII et III AA. Conss.* (Jeżeli jest to udowodnione przed kompetentnym sędzią, na podstawie wyraźnych dowodów, że zapłaciłeś pieniądze osobie, którą oskarżasz o pomoc w uchyleniu się od obowiązku służby wojskowej, możesz je odzyskać w tym postępowaniu. Jednak na podstawie dawnych regulacji po zwrocie tych pieniędzy bezskuteczna staje się skarga z tytułu *crimen concussionis*.)

Z zachowanego fragmentu Konstytucji Dioklecjana z 290 r. wynika, że jeżeli urzędnik oskarżony o sprzedajność zwrócił uzyskane korzyści, np. pieniądze, wówczas oskarżenie stawało się bezpodstawne, a postępowanie umarzono²⁴. Takie rozwiązanie dotyczyło jednak reżimu odpowiedzialności cywilnej. Sprawca mógł jednak dalej odpowiadać w trybie odpowiedzialności karnej.

Ulp. *l. quinto opinionum* (D. 47.13.1): *Si simulato praesidis iussu concussio intervenit, ablatum eiusmodi terrore restitui praeses provinciae iubet et delictum coercet.* (Jeżeli pod pozorem działania na polecenie namiestnika prowincji ktoś dopuszcza się czynu zaliczanego do *conussio*, wówczas taką rzecz, zabraną w skutek zastraszenia, namiestnik prowincji nakaże zwrócić, a sprawcę deliktu ukarać.)

W tekście Ulpiana mowa o sytuacji, w której ktoś pozorując działanie na polecenie namiestnika prowincji, w rzeczywistości bezprawnie przyjmuje korzyść majątkową. Współcześnie osobę taką można określić mianem lobbysty, który jednak działa bezprawnie i używa przemocy. Zastosowany w tekście termin *terror* oznacza 'zastraszenie', 'groźbę'. Wydaje się, że w tym przypadku nie chodziło o użycie siły, lecz wywołanie lęku w celu wymuszenia wręcze-

²² K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie*, Warszawa 1973, s. 412; M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, München 1971, s. 245. W prawie polskim bezprawne groźby i wymuszenia są przestępstwami na podstawie art. 166–167 i 211 k.k.

²³ Cic. *Tusc.* 4.8.19; *Pauli Sent.* 5.25.12.

²⁴ Źródło to w literaturze jest najczęściej pomijane. Jedyne nieco szersze spojrzenie na jego treść znajduje się u F. Serrao, *Il frammento Leidense di Paolo. Problemi di diritto penale romano*, Milano 1956, s. 69–70.

nia łapówki. Najprawdopodobniej osoba znajdująca się w otoczeniu namiestnika prowincji wobec ludności miejscowej pozorowała posiadanie znacznych wpływów na podejmowane decyzje. Działania takiej osoby musiały być dokonywane bez wiedzy namiestnika. Namiestnik może zatem nakazać zwrot otrzymanej rzeczy czy pieniędzy, ale sprawca deliktu winien zostać ukarany²⁵.

Macer l. primo publicorum iudiciorum (D. 47.13.2): *Concussionis iudicium publicum non est: sed si ideo pecuniam quis accepit, quod crimen minatus sit, potest iudicium publicum esse ex senatus consultis, quibus poena legis Corneliae teneri iubentur, qui in accusationem innocentium coierint quive ob accusandum vel non accusandum, denuntiandum vel non denuntiandum testimonium pecuniam accepit.* (*Concussio* nie jest sądzone w procesie publicznym (*iudicium publicum*): lecz jeżeli ktoś przyjął pieniądze od kogoś, komu groził wytoczeniem procesu publicznego, to jest karany na podstawie *senatus consultum*, w którym rozciągnięto odpowiedzialność karną wprowadzoną na podstawie *lex Cornelia* na tego, kto bądź z powodu oskarżenia człowieka niewinnego, bądź z powodu wniesienia lub niewniesienia oskarżenia bądź z powodu dania świadectwa lub zaniechania świadczenia przyjął pieniądze.)

Już w pierwszym zdaniu fragmentu autorstwa Macera zostaje potwierdzone to, co już wcześniej było wykazane, a mianowicie sprzedajność rodziła najpierw odpowiedzialność cywilną, a później deliktową. Sprawca takiego czynu nie był traktowany jako przestępca i tym samym sądzony w ramach *iudicia publica*. Taka możliwość istniała wówczas, gdy czyn sprzedajności został popełniony w zbiegu z innym przestępstwem ściganym w oparciu o przepisy prawa karnego. W dalszej części cytowanego tekstu autorstwa Macera znajduje się wyjaśnienie, dlaczego w niektórych przypadkach sprawca sprzedajności mógł być sądzony przed trybunałami karnymi również w okresie pryncypatu i później. Samo *concussio* mogło być połączone z innym czynem przestępczym, kwalifikowanym jako *crimen*. Tak jest w przypadku wniesienia za pieniądze fałszywego oskarżenia wobec człowieka niewinnego. Odpowiedzialność karna była zatem powiązana nie z *concussio*, lecz czynem przestępczym towarzyszącym *concussio*. W tym właśnie znaczeniu Macer mówi, że delikt winien być ukarany.

Zasada odpowiedzialności karnej sprawcy *concussio*, gdy czyn ten był powiązany z jakimś przestępstwem, została wprowadzona na podstawie *senatus consultum*, którym senat rozciągnął kary orzekane w oparciu o *lex Cornelia testamentaria nummaria*. Wspomniana uchwała należała do nowej formy działalności senatu rzymskiego w okresie pryncypatu, który poprzez swoje uchwały dokonywał rozszerzenia zakresu obowiązywania ustaw pochodzących z okresu republikańskiego. Dokładna data pochodzenia tej uchwały

²⁵ Zob. B. Santalucia, I „*libri opinionum*” di Ulpiano, Milano 1971, s. 25 n.

senatu nie jest znana²⁶. W literaturze przyjmuje się, że została podjęta w okresie panowania Tyberiusza²⁷.

***Crimen concussionis* w okresie pryncypatu**

Jak wcześniej wspomniano, sprzedajność była ścigana w trybie odszkodowawczym, czyli na drodze cywilnej, odszkodowawczej lub deliktowej. Zmieniały się jednak organy uprawnione do rozpatrywania tego rodzaju deliktu. W okresie republikańskim organami kompetentnymi do rozstrzygania kwestii związanych z *concussio* był pretor, rekuperatorzy oraz namiestnicy prowincji. Wraz z powstaniem procesu *extra ordinem* dochodziło do kolizji właściwości pomiędzy poszczególnymi rodzajami organów sądowych. Odbicie takiego stanu rzeczy odnajdujemy w fragmencie autorstwa Marcjanusa:

Macer libro primo iudiciorum publicorum (D. 48.11.7.3): *Hodie ex lege repetundarum extra ordinem puniuntur et plerumque vel exilio puniuntur vel etiam durius, prout admiserint. Quid enim, si ob hominem necandum pecuniam acceperint? Vel, licet non acceperint, calore tamen inducti interfecerint vel innocentem vel quem punire non debuerant? Capite plecti debent vel certe in insulam deportari, ut plerique puniti sunt.* (Obecnie przestępstwa dawniej sądzone na podstawie *lex repetundarum* sądzi się w procesie *extra ordinem*. I wielu skazuje się na wygnanie (*exilium*) lub surowiej, stosowanie do popełnionego czynu. Jaką bowiem należy wymierzyć karę z powodu przyjęcia pieniędzy w zamian za skazanie człowieka na śmierć? Albo chociaż nie przyjął nic w zamian, ale przewodniczył sądowi, kierując się nienawiścią, wydaje wyrok śmierci na niewinnego albo winnego, którego winien skazać, nie skazuje? Winien zostać skazany na karę śmierci, a przynajmniej winien być deportowany na wyspę, tak jak wielu właśnie w ten sposób jest karanych.

G.G. Archi wykazał, że już w początkach pryncypatu dochodziło do konfliktu interesu pomiędzy *iudicia publica* a *cognitio extra ordinem*. Pojedyncze rodzaje przestępstw stopniowo przechodziły do właściwości sądów cesarskich²⁸, które dokonywały dostosowania dawnych rozwiązań do nowej sytuacji w wymiarze sprawiedliwości²⁹. W wyniku tego konfliktu pomiędzy tym, co stare a tym, co nowe *concussio* stało się koncepcyjnie autonomicznym typem przestępstwa, niezależnym od innych czynów i kwalifikowanym jako *crimen*³⁰. Nie był to już zatem delikt prawa cywilnego rodzący jedynie odpowiedzialność odszkodowawczą czy deliktową. Dlatego kompilatorzy

²⁶ G.G. Archi, *Problemi in tema di falso nel diritto romano*, [w:] *Scritti di diritto romano*, vol. 3: *Studi di diritto postclassico e giustiniano*, Milano 1981, s. 1492, przyp. 20.

²⁷ Zob. J. Bleicken, *Sentasgericht und Kaisergericht*, Göttingen 1962, s. 47 n.

²⁸ G.G. Archi, op. cit., s. 1503.

²⁹ Zob. M. Boháček, *Un esempio dell'insegnamento di Berito ai compilatori, Cod. Just. 2.4.18*, [w:] *Studi in onore di S. Riccobone*, vol. 1, Palermo 1936, s. 346, przyp. 37.

³⁰ Zob. C. Ventirini, *Concussione e corruzione...*, s. 136.

umieścili w Digestach odrębny tytuł poświęcony *concussio*, obok innych rodzajów *crimen extraordinarium*, które również przeszły pod właściwość sądów cesarskich.

Odejście od konstrukcji odpowiedzialności deliktowej w przypadku sprzedajności sprawiło, że zmieniła się gama kar stosowana wobec sprawców *concussio*. Mogło to być wygnanie (*exilium*) lub inne, surowsze kary (*etiam durius*). Wprowadzenie innych, bliżej tu nieokreślonych, kar zostało usprawiedliwione przez serię pytań. Macer w ten sposób usprawiedliwia zmianę polityki karnej cesarza. Przyjęcie łapówki przez urzędnika państwowego wiązało się nierzadko z wyrządzeniem krzywdy drugiemu człowiekowi, np. skazaniem na śmierć lub umieszczeniem w więzieniu człowieka niewinnego, lub odwrotnie – wypuszczeniem na wolność zbrodniarza. Decyzje takie zależały właśnie od wyższych urzędników lub osób, którym udzielili oni władzy delegowanej.

Stosowania procedury *extra ordinem* wynikała również z konieczności sprawiedliwego ukarania sprawcy *concussio*, gdy ten przy tej okazji dopuścił się innych potworności.

Plin. Ep. 2.11.2: *Marius Priscus accusantibus Afris quibus pro consule praefuit, omissa defensione iudices petiit. Ego et Cornelius Tacitus, adesse provincialibus iussi, existimavimus fidei nostrae convenire notum senatui facere excessisse Priscum immanitate et saevitia crimina quibus dari iudices possent, cum ob innocentes condemnandos, interficiendos etiam, pecunias accepisset.* (Mariusz Priscusz, oskarżony przez Afrykańczyków, którymi rządził jako prokonsul, odmówił obrony i zażądał, aby był osądzony przez zwyczajny trybunał. Ja i Korneliusz Tacyt, którzy mamy bronić mieszkańców prowincji, wspólnie twierdzimy, zgodnie z naszą uczciwością, aby powiadomić senat, że przestępstwa Prisciusza z powodu ich ciężkości i surowości przekraczają kompetencje zwykłego trybunału, dlatego że brał pieniądze po to, aby oskarżać niewinnych.)

Pliniusz uważa, że w przypadku Mariusza Prisciusza nie jest możliwe sądzenie go przed rekuperatorami ze względu na ciężar popełnionych czynów, a zwłaszcza pobieranie pieniędzy za skazywanie niewinnych ludzi. Wykluczenie zastosowania w tym przypadku trybunału rekuperatorów wynikało ze stosowanej przed nimi procedury, która w żadnej mierze nie była właściwa dla tak ciężkich przestępstw.

Mogły też być wymierzane konkretne kary.

Venuleius Saturninus *l. tertio publicorum iudiciorum* (D. 48.11.6.1): *Hac lege damnatus testimonium publice dicere aut iudex esse postulareve prohibetur.* (Ten, kto został skazany na podstawie tej ustawy (*lex Iulia repetundarum*), nie może być świadkiem publicznym albo sędzią, albo występować w sądzie.)

Osoba skazana na podstawie *lex Iulia repetundarum* nie mogła piastować funkcji sędziego ani też składać zeznań jako świadek. Samo skazanie z powodu sprzedajności powodowało infamię, tj. uszczerbek na dobrym imie-

niu danej osoby i podważało jej wiarygodność. Z tego powodu skazany nie mógł pełnić też funkcji świadka w procesach publicznych. Można przyjąć, że osoba skazana z powodu sprzedajności nie mogła być świadkiem w procesach prywatnych.

Wnioski

Sprzedajność czy inaczej łapownictwo bierne w terminologii łacińskiej określane jest za pomocą terminu *concussio*. Zjawisko sprzedajności funkcjonariuszy publicznych w antycznym Rzymie wynikało z rozwoju terytorialnego, a tym samym rozwoju administracji państwowej. Od wojen punickich Rzym stał się wielkim imperium, do zarządzania którego potrzebni byli urzędnicy reprezentujący interes państwowy. Zjawisko załatwiania spraw za pieniądze występowało oczywiście wszędzie. Istnieje jednak pewna różnica pomiędzy koncepcją sprzedajności w antycznym Rzymie a koncepcją obowiązującą w prawie polskim. Według art. 228 § 1 k.k. sprzedajność występuje nie tylko wówczas, gdy mamy do czynienia z przyjęciem korzyści majątkowej lub osobistej przez funkcjonariusza publicznego, ale również wtedy, gdy przyjmuje on jej obietnicę. W prawie rzymskim znano ten czyn przestępczy tylko w postaci dokonanej, nie zaś zamiaru.

Początkowo łapownictwo nie było samodzielną figurą przestępstwa, lecz traktowano je jako bezpodstawne czy wymuszone świadczenie. Podstawę prawną stanowiła ustawa z 204 r. przed Chr. – *lex Cincia*, która zakazywała darowizn. Przyjęcie przez urzędnika darowizny było jednak skuteczne, jako że *lex Cincia* należała do *lex imperfectae*. Wręczający korzyść majątkową urzędnikowi mógł jednak dochodzić jej zwrotu na drodze cywilnej.

Kolejny etap rozwoju możliwości dochodzenia zwrotu wręczonej korzyści majątkowej funkcjonariuszowi rzymskiemu stanowił edykt pretorski *Quod metus causa gestum erit*. Tym samym przyjęcie korzyści majątkowej przez funkcjonariusza publicznego traktowane było jako delikt pretorski i mogło być ścigane przez trybunałem rekuperatorów. Skuteczność tej drogi zwalczania sprzedajności nie była raczej zbyt wysoka, ze względu na to, iż w składzie sędziowskim zasiadali senatorowie – koledzy oskarżanych funkcjonariuszy.

Nowe regulacje świadczące o wyodrębnieniu się sprzedajności jako nowej figury przestępstwa znalazły się w ustawie *lex Calpurnia de rebus repetundis*, na podstawie której powołano do życia stałe trybunały karne specjalizujące się w ściganiu określonych typów przestępstw (*quaestiones*), zwłaszcza takich jak: *crimen maiestatis*, *crimen de vis*, *crimen peculatus* i *crimen ambitus*. I chociaż w zachowanym kanonie przestępstw ściganych na podstawie tej ustawy brak jest sprzedajności, to można przyjąć, że czyn ten był ścigany łącznie z *crimen peculatus*, czyli sprzeniewierzeniem przez urzędnika pieniędzy publicznych.

Wyodrębnienie sprzedajności jako samodzielnej figury przestępstwa nastąpiło wraz z wejściem w życie procesu *extra ordinem*, tj. w okresie późnego pryncypatu. Czyn ten zaliczano wówczas do *crimina*, stąd też kompilatorzy justyniańscy w Digestach zamieścili odrębny tytuł poświęcony *crimina concussionis*.

Nie jest możliwe wykazanie związku pomiędzy rzymskim rozwiązaniami a współczesną koncepcją sprzedajności. Nie można jednak zaprzeczyć, że rzymskie regulacje prawne zmierzające do karania funkcjonariuszy publicznych za tego rodzaju działania sprawiły, iż również dzisiaj ustawodawca wprowadził do kodeksów karnych stosowne rozwiązania.

Summary

The evolution of liability for venality (concussio) in Roman Law

Key words: bribery, corruption, bureaucracy, power abuse, unjust enrichment.

The venality of public officials in ancient Rome was connected with the development of bureaucracy and the quick possibility of getting rich due to the rapid development of territory. From the time of Punic Wars, Rome became a great empire and officials management was needed to represent the state interests. The phenomenon of arranging things for money occurred both in Rome and in the provinces. Initially, bribery was not an independent crime figure but was treated as groundless or forced service. The legal basis was the law from 204 BC, known as *lex Cinci*, under which a ban on donations was introduced. Person who gave a financial benefit to official could seek reimbursement through the civil procedure. Isolating the venality as an independent crime figure occurred with the implementation of the *extra ordinem* process, thus during the late principate. This act was included to *crimina* so Justinian's compilers placed a separate title devoted *criminal concussionis* in Digesta.

Piotr Sadowski

Katedra Doktryn Polityczno-Prawnych i Prawa Rzymskiego
Uniwersytet Opolski

Starość w prawie rzymskim

Wprowadzenie

Różny był stosunek poszczególnych kultur do ludzi starszych. Teodoret z Cyru w książce *Leczenie chorób hellenizmu* (9.35), wykazując wyższość praw chrześcijan nad prawami innych ludów starożytnych, o Massagetach – plemieniu zamieszkującym w starożytności tereny dzisiejszego Uzbekistanu – pisał, że zjadali zwłoki swoich starców. „Massageci uważali niegdyś za nieszczęśników tych wszystkich, którzy zmarli nie zamordowani; dlatego też ustanowili prawo, żeby zabijać starców i zjadać ich zwłoki. Gdy jednak dotarły do ich uszu prawa rybaków i rymarza, wzgardzili tym tak ohydny posiłkiem i zabijaniem”¹. Natomiast Herodot w *Dziejach* (IV) o Issedonach zamieszkujących w Syberii Zachodniej zanotował: „Issedonowie, jak wieść niesie, mają następujące zwyczaje: Skoro komuś umrze ojciec, przyprowadzają wszyscy krewni bydło, potem je zarzynają i krają mięso, a krają też zmarłego ojca gospodarza; następnie mieszają wszystko mięso razem i zastawiają sobie z tego ucztę. Głowę zaś nieboszczyka oskubują z włosów, czyszczą i pozłacają, po czym używają niby świętego naczynia, składając w niej zmarłemu doroczne wielkie obiady. To czyni syn ku czci ojca...”².

Inaczej jednak traktowali starszych starożytni Rzymianie. Owidiusz (43 p.n.e. – 17/18 n.e.) pisał: „Niegdyś wielkim szacunkiem otaczano siwą głowę, a zmarszczki starcze za skarb uważano”³. Żyjący na przełomie II i III wieku n.e. Callistratus twierdził, że: „Zawsze w naszym mieście starość za-

¹ Teodoret z Cyru, *Leczenie chorób hellenizmu*, z języka greckiego przełożył, wstępem, objaśnieniami i indeksem opatrzył Stanisław Kalinkowski, Warszawa 1981, s. 198; zob. także A. Łukaszewicz, *Rzymianin i ludożerca*, [w:] S. Olszaniec, P. Wojciechowski (red.), *Spółeczeństwo i religia w świecie antycznym. Materiały z ogólnopolskiej konferencji naukowej (Toruń, 20–22 września 2007 r.)*, Toruń 2010, s. 295–307.

² Herodot, *Dzieje*, z języka greckiego przełożył i opracował Seweryn Hammer, Warszawa 2011, s. 237.

³ Owidiusz, *Fasti* 5.62–63; idem, *Fasti. Kalendarz poetycki*, przełożyła i opracowała Elżbieta Wesołowska, Wrocław – Warszawa – Kraków 2008, s. 195.

sługiwała na szacunek, zaiste nasi poprzednicy przypisywali starszym prawie taki sam honor jak urzędnikom⁴. W starożytnym Rzymie starość bywała utożsamiana z mądrością, kontynuacją tradycji czy autorytetem. Kiedy indziej opisywano ją jako *morbis*. Mogła ona wpływać na zdolność do czynności prawnych. Chociaż w starożytnym Rzymie funkcjonowało przysłowie *Sexagenarios de ponte*, to jednak Rzymianie nie dokonywali eksterminacji osób ze względu na starszy wiek. W niniejszym artykule chcę omówić kwestię starości w świetle prawa rzymskiego. Zanim to jednak nastąpi, wskażę na wybrane literackie opisy analizowanej przeze mnie kwestii. Świadom braku prawnej definicji starości u Rzymian, chciałbym wskazać na konkretne rozwiązania prawne świadczące o poszanowaniu starszych na przykładzie *excusatio*, ustaw małżeńskich Augusta czy obowiązków alimentacyjnych.

1. Starość w rzymskiej literaturze nieprawniczej

Wielu starożytnych myślicieli pochylało się nad kwestią starości, np. Cyceiron, Seneka, Pliniusz Młodszy. Cyceiron pozostawił piękny traktat *O starości*, który zadeedykował swojemu przyjacielowi Attykowi. Utworowi nadał konwencję rozmowy Katona z G. Leliuszem i P. Scypionem Emilianem. W usta Katona włożył rozważania nad złymi i dobrymi stronami starości: „Bo też kiedy się zastanawiam nad starością, cztery widzę przyczyny, dla których starość zwykliśmy uważać za nieszczęśliwy okres życia: oddala nas ona do życia czynnego, osłabia siły fizyczne, pozbawia nas wszystkich zmysłowych przyjemności, bliską jest śmierci” (5.15)⁵; „Solon na przykład chwali się w swych wierszach, iż starzejąc się uczył się co dzień czegoś nowego...” (8.26); „A czyż może być coś bardziej wzruszającego niż starzec otoczony garnącą się do niego młodzieżą? Bo chyba nie będziemy twierdzić, że stary człowiek nie ma już na tyle sił, by móc uczyć, wychowywać, kształcić i przygotowywać ją do przyszłych obowiązków. Nie wyobrażam sobie bardziej wzniosłego zajęcia...” (9.28-29); „Człowieka bowiem, który uczy cnoty, należy uznać za szczęśliwego wtedy nawet, gdyby opuszczały go nadwątlone wiekiem siły...” (9.29)⁶. Cyceiron był świadom nieuchronności starości. Pisał: „Wszyscy ludzie pragną dożyć starości, lecz gdy nadejdzie, narzekają na nią – tak to bywają chwiejni i przewrotni w swej głupocie. »Starość – twierdzą – nadchodzi znie-

⁴ *Callistratus libro primo de cognitionibus* (D. 50.6.6 pr.): *Semper in civitate nostra senectus venerabilis fuit: namque maiores nostri paene eundem honorem senibus, quem magistratibus tribuebant*.

⁵ Marcus Tullius Cicero, *O starości* (przeł. Z. Cierniakowa), *O przyjaźni. Topiki. Fragmenty* (przeł. W. Kornatowski), [w:] idem, *Pisma filozoficzne*, komentarzem i posłowiem opatrzył Kazimierz Leśniak, t. 4, Warszawa 1963, s. 19. Zob. także P. Venini, *La vecchiaia nel "De senectute" di Cicerone*, „Athenaeum” 1960(38), s. 98–117; U. Mattioli, *Senectus. La vecchiaia nel mondo classico*, vol. 2: Roma, Bologna 1995, s. 210–238.

⁶ Marcus Tullius Cicero, *O starości...*, s. 25–27.

nacka, prędzej, niżesmy się spodziewali» (2.4)⁷; „Życie musi mieć przecież swój ostateczny kres, swój moment dojrzałości i przekwitnu, jak owoc drzew i płodów ziemi, który opada, gdy już zupełnie dojrzeje. Człowiek mądry powinien poddać się spokojnie tej konieczności...” (2.4)⁸; „Życie nasze ma swój ustalony bieg, a droga natury jest jedna i prosta. Każda pora życia ma sobie właściwy charakter: dziecko jest słabe i niepewne, młodzieniec śmiały i porywczy – wiek ustalony cechuje już powaga, a starość jest wiekiem pełnej dojrzałości. Są to naturalne cechy każdego okresu życia, z których powinno się korzystać w swoim czasie...” (10.33)⁹; „Starość jest ostatnim aktem odegranym na scenie życia” (23.85)¹⁰. Arpinata umiał bronić się przed negatywnym konsekwencjami starości, jak i w ogóle dostrzegał jej zalety: „A w ogóle najskuteczniejszą bronią przeciw starości są, Scypionie i Leliuszu, zainteresowania umysłowe i wyrabianie w sobie zalet charakteru...” (3.9)¹¹; „Chętnie widzę młodego człowieka, w którym jest coś z powagi starca, tak jak podoba mi się starzec mający w sobie coś młodzieńczego. Taki starzec może być stary ciałem – nigdy duchem” (11.38)¹²; „A mojej starości bardzo jestem wdzięczny, że zwiększyła we mnie pragnienie rozmowy, a zmniejszyła chęć jedzenia i picia” (14.46)¹³.

Dla Lucjusza Anneusza Seneki starość jawi się jako okres, który każe człowiekowi pomyśleć o sobie samym i zmusza do refleksji nad sensownością działań i wyborów, dlatego pisał: „Wyberzmy któregoś z gromady starców: Widzimy, że dożyłeś do najdalszej granicy ludzkiego wieku. Już setny albo i wyżej niż setny rok ciąży na twych barkach. Dalej więc! Zdać rachunek ze swego życia! Policz, jak wiele z ogólnej sumy czasu zabrał wierzyciel, jak wiele kochanka, jak wiele król, jak wiele klient, jak wiele kłótnia z żoną, jak wiele chłostanie niewolników, jak wiele bieganina po mieście dla załatwienia różnych potrzeb. Dodaj do tego choroby, których sam się nabawiłeś, dodaj i te również okresy, które upłynęły bezużytecznie, a zobaczysz, że masz daleko mniej lat, niż sobie liczysz. Przypomnij sobie, ile to razy byłeś zdecydowany, co masz czynić, ile to dni spędziłeś tak, jak je zaplanowałeś, ile razy rozporządzałeś własną osobą, ile razy zachowałeś tę samą pogodę na twarzy”¹⁴.

Receptę na zachowanie sił fizycznych i to nie tylko w podeszłych latach odnajdujemy w liście Pliniusza Młodszego do Kalwisjusza (III 1): „Chyba nigdy nie spędziłem czasu przyjemniej jak ostatnio podczas moich odwiedzin u Spurinna, co więcej, nie życzyłbym sobie na starość innego wzoru, o ile w ogóle będzie mi dane dożyć starości. Trudno bowiem o bardziej ustalony

⁷ Ibidem, s. 13.

⁸ Ibidem, s. 14.

⁹ Ibidem, s. 29.

¹⁰ Ibidem, s. 58.

¹¹ Ibidem, s. 16.

¹² Ibidem, s. 31.

¹³ Ibidem, s. 36.

¹⁴ Lucjusz Anneusz Seneka, *Dialogi*, przełożył, wstępem poprzedził, komentarzem, układem treści, indeksem opatrzył Leon Joachimowicz, Warszawa 1989, s. 137–138.

tryb życia, a mnie jak podoba się stały bieg ciał niebieskich, tak i regularne życie, zwłaszcza u ludzi starych; albowiem u ludzi w młodszym wieku nie razi w pewnym stopniu nieregularne i zamaćone; w życiu ludzi starych powinno być wszystko spokojne i systematyczne, nie jest to bowiem odpowiednia pora na nadmierną aktywność czy ubieganie się o stanowiska. Spurrinna przestrzega tej zasady konsekwentnie, tak że nawet sprawy drobne, o ile nie działałyby się codziennie, załatwia według ustalonego planu. Rano leży przez pewien czas na sofie, o godzinie drugiej [ok. godz. 7] prosi, by mu podano obuwie, przechodzi spacerkiem 3000 kroków [= ok. 4,5 km] zarówno dla odprężenia ogólnego, jak i dla zachowania sprawności fizycznej; jeżeli są u niego jego przyjaciele, toczą się rozmowy na piękne tematy. Jeżeli nie ma nikogo, lektor czyta mu książkę – niekiedy zdarza się to także w obecności przyjaciół, o ile im to odpowiada. Potem siada i znowu lektura albo cenniejsza od lektury rozmowa. Wkrótce zajmuje miejsce w powozie, zabiera z sobą żonę, która jest niezwykłą kobietą, albo któregoś z przyjaciół, jak ostatnio mnie. Jakież to piękny, jak miły taki bezpośredni kontakt! Ile tam tradycji! O jakich wydarzeniach, o jakich ludziach można usłyszeć! Jakimi przykładami można się nasycić! – jakkolwiek człowiek ten taką skromność w sobie wyrobił, żeby opowiadając o czymś nie robić wrażenia, że chce pouczać. Po przejażdżce, ok. 7000 kroków [= ok. 10 km], znowu idzie pieszo tysiąc kroków, po czym siada albo udaje się do swego pokoju i zaczyna pisać. Píše bowiem, i to w języku greckim, i łacińskim, bardzo dobre wiersze liryczne. Utwory jego są pełne wdzięku, niezwykle słodczy, wykazują poczucie humoru, a cechy te podnosi takt autora. Kiedy nadchodzi pora kąpieli, w zimie – o godz. dziewiątej [ok. godz. 14], latem o godzinie ósmej [ok. godz. 13] przechadza się nago w słońcu, o ile nie ma wiatru, po czym długo i z zapalem uprawia grę w piłkę, albowiem uprawiając ten sport także zwalcza starość. Po kąpieli kładzie się, a posiłek zjada nieco później. Słucha wtedy lektora, który czyta mu coś lżejszego i przyjemnego. W tym czasie przyjaciele mogą albo robić to samo co on, albo, o ile wolą, coś innego. Nadchodzi pora głównego posiłku (cena), który jest podany elegancko, lecz skromnie w błyszczącym, starym srebrze; są i korynckie naczynia, które Spurrinna bardzo lubi, ale nie robią na nim wrażenia. Często urozmaicają posiłek występy aktorów komicyjnych, ażeby rozkosze podniebienia były też przyprawione strawą duchową; nawet latem zarywa trochę nocy, ale nikomu czas się nie dłuży, w tak miłym nastroju upływa czas przy wieczerzy. Dzięki takim warunkom człowiek ten, który ukończył 77 lat, ma doskonały słuch, bystry wzrok, dzięki temu jest sprawny, żywotny, i zachował wyjątkową jak na starość rozwagę. [...] Jak on długo podejmował się różnych zadań, piastował urzędy, zarządzał prowincjami – sumienną pracą zasłużył na taki odpoczynek”¹⁵.

¹⁵ Cyt. za: L. Winniczuk, *Ludzie, zwyczaje i obyczaje starożytnej Grecji i Rzymu*, Warszawa 2008, s. 380–381.

Jednak starość w literaturze rzymskiej nie zawsze opisywana była siełankowo. Analizując komedie Plauta, dostrzegamy negatywny stosunek rzymskiego pisarza, będący zapewne odbiciem przekonań ówczesnego społeczeństwa, do kwestii seksualności ludzi starszych i potrzeb z nią związanych¹⁶. Terencjusz w *Phormio* (575) pisał, że *senectus ipsa est morbus*. Literatura rzymska informuje nas także o wielu samobójstwach z powodu złego zdrowia, cierpienia, zniecierpliwienia czy znużenia życiem¹⁷.

2. Kryteria początków starości

Słowo *senectus* może oznaczać „starość, niedołęstwo, starożytność, powagę, surowość, wyjście z użycia”¹⁸. Nie dysponujemy jednoznaczną prawną definicją starości u Rzymian. Zdaniem Danilo Dalla Rzymianie nie wiązali jakiejś konkretnej daty z początkiem starości¹⁹. Anna de Francesco uważa, że określając początek starości w starożytnym Rzymie, zwykle czyni się to w odniesieniu do życia politycznego²⁰. Wiesław Suder, biorąc pod uwagę przede wszystkim *excusatio* jako kryterium początku starości, pisze, że w Rzymie na ogół starość rozpoczynała się między 60–70 rokiem życia, a ludzi starszych w społeczeństwie, w świetle badań demograficznych, miało być 5-6%²¹. Nie ulega wątpliwości, że z powodu wieku osoby te mogły wymóc się od pewnych obowiązków, ale bywały też pozbawiane możliwości pełnienia niektórych funkcji czy korzystania z niektórych praw. Kiedy indziej to właśnie stosowny wiek otwierał przed nimi różne możliwości. Wymogi wiekowe stosowane przy różnych czynnościach prawnych ulegały bowiem ewolucji. Kryterium prawne nie zawsze odpowiadało odczuciu społecznemu.

Zdaniem Cyclerona Rzymianie u zarania swoich dziejów za początek starości uważali 46 rok życia (Cyceron, *O starości*, 17.60)²². W przemówieniu

¹⁶ Szerzej zob. W. Suder, *Kloto, Lachesis, Atropos. Studia społeczno-demograficzne i medyczne z historii starożytnego Rzymu*, Wrocław 1994, s. 65–71.

¹⁷ Ibidem, s. 96.

¹⁸ J. Sondel, *Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*, Kraków 1997, s. 873.

¹⁹ D. Dalla, *Ricerche di diritto delle persone*, Torino 1995, s. 76.

²⁰ A. de Francesco, *Senectus tra cultura e politica nell'età repubblicana*, [w:] *Fides. Humanitas. Studi in onore di L. Labruna*, vol. 2, Napoli 2007, s. 1383.

²¹ W. Suder, *Sexagenarios de ponte. Ludzie starzy w rodzinie i społeczeństwie rzymskim w świetle prawa. Parę uwag i opinii*, [w:] J. Wolski, T. Kotula, A. Kunisz (red.), *Starożytny Rzym we współczesnych badaniach. Państwo – Społeczeństwo – Gospodarka. Liber in memoriam Lodojici Piotrowicz*, Kraków 1994, s. 319.

²² „Starość nie przeszkadza nam, byśmy do końca życia zachowali nasze zamięłowania, a zwłaszcza zamięłowanie do rolnictwa. Tak właśnie zrobił Marek Waleriusz Korwus, który jak wiemy, żył sto lat. Nie był już młody, gdy zamieszkał na wsi i zaczął uprawiać rolę. Dobre czterdzieści sześć lat upłynęło między jego pierwszym a szóstym konsulatem. A jest to właśnie ta ilość lat, którą przodkowie nasi uważali za początek starości” – Marcus Tullius Cicero, *O starości*, s. 44–45.

Hannibala do Scypiona ten pierwszy nazywa siebie starym, choć miał około 45 lat²³. Aulus Gelliusz w *Nocach attyckich* przytoczył relację Eliusza Tuberon o tym, że w czasach panowania Serwiusza Tulliusza, dokonując w ramach zgromadzeń ludowych podziału społeczeństwa na centurie, odróżniano *seniores* od *iuniores*. Tych poniżej 46 roku określano *iuniores*, tych powyżej *seniores*:

De aetatum finibus pueritiae, iuventae, senectae, ex Tuberonis historia sumptum. I. Tubero in historiarum primo scripsit Servium Tullium regem, populi Romani cum illas quinque classes seniorum et iuniorum census faciendi gratia institueret, pueros esse existimasse, qui minores essent annis septem decem, atque inde ab anno septimo decimo, quo idoneos iam esse reipublicae arbitraretur, milites scripsisse, eosque ad annum quadragesimum sextum „iuniores” supraque eum annum „seniores” appellasse. II. Eam rem propterea notavi, ut discrimina, quae fuerint iudicio moribusque maiorum pueritiae, iuventae, senectae, ex ista censione Servi Tulli, prudentissimi regis, noscerentur (10.28.1).

Z relacji Liwiusza (*Dzieje Rzymu* 1.43) dowiadujemy się, że Serwiusz Tulliusz z obywateli, których majątek został oszacowany na co najmniej 100 000 asów utworzył 80 centuri, w tym 40 starszych i 40 młodszych. Starsi mieli w razie konieczności bronić miasta, a młodszy walczyć czynnie w polu²⁴. Zdaniem Makrobiusza (*Saturnalia* 1.12.16) podziału na starszych i młodszych miał dokonać już sam Romulus:

Maium Romulus tertium posuit, de cuius nomine inter auctores lata dissensio est. Nam Fulvius Nobilior in fastis quos in aede Herculis Musarum posuit Romulum dicit, postquam populum in maiores iunioresque divisit, ut altera pars consilio altera armis rempublicam tueretur, in honorem utriusque partis hunc Maium sequentem Iunium mensem vocasse²⁵.

Cenzorynus (*Censorinus*) gramatyk i erudyta rzymski, którego twórczość przypadała na III w. n.e., w zależności od wieku dzielił ludzi na: *pueri* – do 15 roku życia, *adulescentes* – do 30 roku życia, *iuvenes* do 45 i *seniores* – powyżej. W *De Die Natali Liber ad Q. Caerellium* pisał:

Varro quinque gradus aetatis aequabiliter putat esse divisos, unumquemque scilicet praeter extremum in annos XV. Itaque primo gradu usque annum XV pueros dictos, quod sint puri, id est inpubes. Secundo ad tricensimum annum adulescentes, ab alescendo sic nominatos. In tertio gradu qui erant usque quinque et qu-

²³ Liv. 30,30: „Gdy o mnie chodzi, to mnie i wiek mój – wracam do ojczyzny jako stary...” – Tytus Liwiusz, *Dzieje Rzymu od założenia miasta. Księgi XXVIII–XXXIV*, przełożył i opracował Mieczysław Brożek. Komentarz Mieczysław Brożek, Józef Wolski, Wrocław – Warszawa – Kraków – Gdańsk 1976, s. 159.

²⁴ Tytus Liwiusz, *Dzieje Rzymu od założenia miasta. Księgi I–V*, przełożył Andrzej Kościółek. Wstęp napisał Józef Wolski. Opracował Mieczysław Brożek, Wrocław – Warszawa – Kraków – Gdańsk 1968, s. 54. Zob. także Marek Tulliusz Ciceron, *O państwie* (2.22.39) [w:] idem, *O państwie. O prawach*, spolszczyła Iwona Żółtkowska, Kęty 1999, s. 52.

²⁵ *Macrobii Saturnalia*, zob. [line] <http://penelope.uchicago.edu/Thayer/L/Roman/Texts/Macrobius/Saturnalia/1*.html>, dostęp: 26.10.2011.

adraginta annos, iuuenis annos appellatos eo quod rem publicam in re militari possent iuvare. In quarto autem adusque sexagensimum annum seniores vocitatos, quod tunc primum senescere corpus inciperet. Inde usque finem vitae uniuscuiusque quintum gradum factum, in quo qui essent, senes appellatos, quod ea aetate corpus iam senio laboraret (14.2).

Nieco inny podział spotykamy w konstytucji Konstantyna Wielkiego z 324 r., tj. na *aetas pueritiae, adulescentiae, firmata, legitima, senectutis*.

(Th. 2.17.1.3): XVII. DE HIS, QUI VENIAM AETATIS IMPETRARUNT. IMP. CONSTANT(INUS) A. AD VERINUM. *Cui aetati quoniam inter plenam perfectamque adulescentiam et robustissimam iuventutem media est, firmatae aetatis appellationem inponimus, ut prima aetas pueritiae sit, sequens adulescentiae, firmata haec tertia, quarta legitima, quinta senectus habeatur. In ipsis etiam contractibus hac appellatione consignanda, ut non nudum nomen venditoris inseratur tabulis emptionum, sed ab illo, qui firmatae aetatis sit et honestus vir habeatur, emisse illum significetur, et venditorem esse firmatae aetatis: ita tamen, ut, quia spes adempta perfidiae est, et in vendendis praediis diligentiores esse persistant qui beneficium meruerunt principale, nec praedia sine decreto alienent. DAT. V ID. APRIL. THESSAL(ONICA). P(RO)P(OSITA) III KAL. IUN. ROM(AE) CRISPO II ET CONSTANTIO II CC. CONSS (= C. 2.44.2).*

Tak jak Spartanie posiadali powołaną przez Likurga geruzję – radę starszych, Rzymianie swoją radę powołaną przez Romulusa nazwali senatem (Cyceron, *O państwie*, 2.28.50)²⁶. Chociaż nie można powiedzieć, jaki był początkowo wiek członków tejże rady, to etymologia słowa *senatus* wskazuje, że zasiadali w niej ludzie starsi. Kwintylian (*Kształcenie mówcy* 1.6.33) pisał: „Przyjmijmy dalej, że *senatus* pochodzi od sędziowości wieku tych ludzi, bo oznacza się ich także nazwą *patres*, ojcowie”²⁷. Zdaniem P. Willemsa początkowo wiekiem minimalnym, by wejść do senatu, był 46 rok życia²⁸. Według innych termin *senex* oznaczał ludzi mądrych, charakteryzujących się właściwym rozeznaniem sytuacji i nie musiał wiązać się ze ściśłym wiekiem²⁹. Owidiusz pisał: „Miejsce w senacie było tylko dla dojrzałych, każdy członek senatu był w wieku podeszłym”³⁰. W okresie Sulli wiek senatora pozostawał w korelacji do wieku kwestora³¹.

²⁶ Marek Tuliusz Cyceron, *O państwie*, s. 55–56.

²⁷ M. Fabiusz Kwintylian, *Kształcenie mówcy. Księgi I, II, X*, przekład i opracowanie Mieczysław Brożek, Wrocław 2002, s. 88; Cyceron, *O starości* (7.19–20): „Gdyby te zalety nie były cechą starości, przodkowie nasi nie nazwaliby byli najwyższej rady senatem od słowa *senex* (starzec). U Spartan przecież najwyżsi urzędnicy są i nazywają się starcami (*gerontes*)”, s. 21–22.

²⁸ P. Willems, *Le Sénat de la République romaine*, Louvain 1885, s. 26.

²⁹ Szerzej zob. A. de Francesco, op. cit., s. 1394–1399.

³⁰ Owidiusz, *Fasti* 5.67–68.

³¹ P. Willems, op. cit., s. 29. Zob. także A. Dębiński, J. Misztal-Konecka, M. Wójcik, *Prawo rzymskie publiczne*, Warszawa 2010, s. 30. Na temat długości życia senatorów zob. K. Hopkins, *Death and Renewal*, vol. 2, “Sociological Studies in Roman History”, Cambridge – New York – Melbourne – Madrid – Cape Town – Singapore – São Paulo 1983, s. 146–149.

W świetle *Lex Acilia repetundarum* z 123 r. przed n.e., osoby powyżej 60 roku życia nie powinny stawać się członkami senatu³².

De CDLvireis in hunc an]num legundis. Pr(aetor), quei inter peregrinos ious decicet, is in diebus X proxum(eis), quibus h.l. populus plebesve iouserit, facito utei CDLviros legat, quei in hac civit[ate equom publicum habebit habuerit... |...dum nei quem eorum legat, quei tr. pl., q., IIIvir cap., tr. mil. l. IIII primis aliqua earum, III vir]um a. d. a. siet fueritve, queive in Senatu siet fueritve, queiv[er]e mercede conductus depugnavit depugnaverit... queive quaestione ioudicioque publico conde]mnatus siet quod circa eum in senatum legi non liceat, queive minor anneis XXX maiore annos LX gnatus siet, queive in urbem Romam propiusve u[er]b[us] Romam (passus) M domicilium non habeat, queive eius mag(istratus) quei s(upra) s(criptus) e(st), pater frater filiusve siet, queive eius, quei in senatu siet fueritve pater |frater filiusve siet, queive trans mar]e erit³³.

Czasami sędziwy wiek otwierał możliwość pełnienia pewnych funkcji. Dionizjusz z Halikarnasu (2,21) wskazywał na przepis, w myśl którego należało z każdej kurii powołać dwóch mężczyzn do czynności kultycznych powyżej 50 roku życia. Czynności te mieli sprawować nie w ograniczonym czasie, ale dożywotnio³⁴. W świetle konstytucji z 390 r. diakonisą mogła zostać kobieta która ukończyła 60 rok życia.

Imppp. Valentinianus, Theodosius et Arcadius aaa. Tatiano praefecto praetorio (D. 16.2.27 pr.): Nulla nisi emensis sexaginta annis, cui votiva domi proles sit, secundum praeceptum apostoli ad diaconissarum consortium transferatur (= C.1.3.9)³⁵.

Podeszły wiek był jednym z czynników rzutujących na możliwość dokonania arogacji³⁶. Cyцерon w *De domo sua* pisze o konieczności zbadania, czy występujący o arogację może jeszcze spłodzić własne dzieci: *Quod est, pontifices, ius adoptionis? Nempe ut is adoptet qui neque procreare iam liberos possit, et cum potuerit sit expertus* (13.34)³⁷. Zarzut Cyцерona, że przy arogacji Klodiusza nie badano kwestii wieku, jak i przykład, że Gneius Aufidius

³² Por. M.A. Levi, *La costituzione romana dai Gracchi a Giulio Cesare*, Cisalpino – Goliardica 1974.

³³ P.F. Girard, F. Senn, *Les lois des Romains*, Napoli 1977, s. 90–106.

³⁴ *Le antichità romane di Dionigi d'Alicarnasso volgarizzate dall'ab. Marco Mastrofini già professore di matematica e di filosofia nel seminario di Frascati*, t. I, Milano 1823, s. 148.

³⁵ W 535 r. obniżono kryterium wiekowe dla diakonisy na 50 lat: *Quanta igitur super venerabiles clericos a nobis dicta sunt, haec etiam super deo amabilibus diaconissis agi volumus, ut neque ipsae citra observantiam fiant, sed primum quidem eis aetatem neque novellam esse neque crescentem neque exhinc ad delinquendum salientem, sed super mediam constitutas aetatem et circa quinquaginta annos secundum divinas regulas agentes, sicque sacrum promereri ordinationem, et aut virgines constitutas aut unius viri quae fuerant uxores* (Nov. 6.6).

³⁶ Na temat adopcji w prawie rzymskim zob. M. Kuryłowicz, *Adoptio prawa rzymskiego. Rozwój i zmiany w okresie poklasycznym i justyniańskim*, Lublin 1976; idem, *Die Adoptio im klassischen römischen Recht*, Warszawa 1981; H. Lindsay, *Adoption in the Roman World*, Cambridge 2009.

³⁷ Zob. [online] <www.thelatinlibrary.com/cicero/domo.shtml#13>, dostęp: 10.08.2013.

i Marcus Pupius dokonali arogacji w podeszłym wieku *summa senectute* (13.35) świadczą, że wiek był wtedy czynnikiem wpływającym na możliwość dokonania arogacji³⁸. Gdy w czasach Cyclerona granica wieku uzdalniającego do arogacji zapewne określana była indywidualnie w zależności od stanu zdrowia czy pozostawania w związku małżeńskim, to Ulpian *libro vicensimo sexto ad Sabinum* (D. 1.7.15.2) stał na stanowisku, że rozpoznając sprawy o arogację, powinno badać się, czy arogujący ma nie mniej niż 60 lat. Będąc młodszym, mógłby starać się o spłodzenie własnych dzieci. Wyjątek od tej zasady był dopuszczany z racji choroby, złego stanu zdrowia, innej słusznej przyczyny, jak np. z chęci przysposobienia osoby bliskiej³⁹.

D. 1.7.15.2 (Ulp. 26 ad Sabinum): *In adrogationibus cognitio vertitur, num forte minor sexaginta annis sit qui adrogat, quia magis liberorum creationi studere debeat: nisi forte morbus aut valetudo in causa sit aut alia iusta causa adrogandi, veluti si coniunctam sibi personam velit adoptare.*

W wielu sytuacjach wiek stawał się czynnikiem pozwalającym na wymówienie się od jakiegoś obowiązku⁴⁰. I tak np. wiek 55 lat zwalniał od obowiązku bycia radnym miejskim. Na członkach *ordo decurionum* ciążyło szereg obowiązków, np. troska o miejskie budynki, zaopatrzenie miasta w żywność czy urządzenie igrzysk. Często pociągało to za sobą prywatne wydatki⁴¹. Jednak *maiores* mogli piastować funkcję dekurionów, jeśli wyrażali na to zgodę, nawet gdyby mieli 70 lat, choć wtedy nie można było ich przymusić do *munera civilia*, a mogli jedynie być członkami rady z zaszczytu.

Ulpianus libro primo disputationum (D. 50.2.2. 8): *Maiores annis quinquaginta quinque ad decurionatus honorem inviti vocari constitutionibus prohibentur. Sed si ei rei consenserint, etsi maiores annis septuaginta sint, munera quidem civilia obire non coguntur, honores autem gerere debent.*

Osoba powyżej 70 roku życia mogła wymówić się od pieczy nad dystrybucją żywności (*cura frumenti*). *Ulpianus libro secundo opinionum* (50.4.3.12): *Cura frumenti comparandi munus est, et ab eo aetas septuaginta annorum vel numerus quinque incolumium liberorum excusat.*

Osoby powyżej 70 roku życia mogły uchylić się od *munera personalia* i od obowiązku sprawowania opieki (*tutela*). Ulpian wyjaśnia jednak, że nie dotyczy to osób, które rozpoczynają 70 rok, życia ale go jeszcze nie ukończyły.

³⁸ Zob. także M. Kuryłowicz, *Marcus Tullius Cicero o rzymskiej adopcji*, [w:] A. Dębiński, G. Górski (red.), *Historia et ius. Księga Pamiątkowa ku czci Księdza Profesora Henryka Karbownika*, Lublin 1998, s. 260.

³⁹ Zob. M. Kuryłowicz, *Zasada „adoptio naturam imitatur” w prawie rzymskim*, [w:] A. Dębiński, E. Szczot (red.), *Plenitudo legis dilectio*, Lublin 2000, s. 152. Ocena wieku rzutującego na możliwość spłodzenia dzieci w kontekście arogacji została także przywołana w D. 1.7.17.2.

⁴⁰ Szerzej zob. T. Giaro, *Excusatio necessitatis nel diritto romano*, Warszawa 1982.

⁴¹ W. Litewski, s.v. *Ordo decurionum*, [w:] *Słownik encyklopedyczny prawa rzymskiego*, Kraków 1998, s. 189.

Ulpianus libro quinto de officio proconsulis (D. 50.6.4): *Maiores septuaginta annis a tutelis et muneribus personalibus vacant. Sed qui ingressus est septuagesimum annum, nondum egressus, hac vacatione non utetur, quia non videtur maior esse septuaginta annis qui annum agit septuagesimum*⁴².

Modestyn informuje nas, że *excusatio* osób, które ukończyły 70 rok życia, dotyczy opieki (*tutela*) jak i kurateli (*cura*).

Modestinus libro secundo excusationum (D. 27.1.2 pr.): *Afientai epitropys kai kouratorias kai ohi hebdomykonta ety peplyrwkotes. huperbebykenai de dei ta hebdomykonta ety en ekeinw tw xronw en hw xeirotoneitai, y en hw ty klyronomia proserxetai tis, y en hw hy ahiresis hy ty diavyky prosgrafeisa peplyrwta, ouk entos twn xronwn tys paraitysews. [id est: Liberantur a tutela et cura etiam qui annum septuagesimum expleverunt. explevisse autem opus est annum septuagesimum, quo tempore dantur vel quo tempore hereditas aditur vel quo tempore condicio testamento expressa impletur, non intra tempora excusationis.]*

Starsi nie musieli podejmować obowiązku trwania w małżeństwie, jaki nakładała na mężczyznę między 25 a 60 rokiem życia, na kobiety między 20 a 50 *Lex Iulia de maritandis ordinibus* z 18 r. przed n.e.⁴³ Jeśli małżeństwo przestawało istnieć wskutek śmierci czy rozwodu, mężczyzna bezzwłocznie powinien zawrzeć nowe, wdowa w ciągu 2 lat, a rozwódka do 18 miesięcy. Niespełniający tego wymogu określani byli *caelibes*. Ustawa *Lex Papia Poppaea*, będąca obostrzeniem tej pierwszej, wprowadzała obowiązek posiadania

⁴² Por. *Imperatores Diocletianus, Maximianus* (C. 10.50.3): *Manifesti iuris est maiores quinquaginta quinque annis invitatos ad munera personalia vocari non posse.* (C. 10.50.3.1): *Cum itaque septuagenario maiorem te esse profitearis, si nominatione facta appellationis auxilium interposuisti, tueri te notione praesidis provinciae potes iure concesso.* * *DIOCL. ET MAXIM. AA. PROTELAO.* * <A XXX >.

⁴³ *Tituli XXVIII ex corpore Ulpiani qui vulgo Domitio Ulpiano adhuc tribuuntur. Collection of legal rules attributed to Ulpian (AD320–342)* zob. [online] <<http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/Responsa/ui pian.htm#16>>, dostęp: 27.10.2011. [*XVI. DE SOLIDI CAPACITATE INTER VIRUM ET UXOREM.*] 1. *Aliquando vir et uxor inter se solidum capere possunt, velut si uterque vel alteruter eorum nondum eius aetatis sint, a qua lex liberos exigit, id est si vir minor annorum XXV sit, aut uxor annorum XX minor; item si utrique lege Papia finitos annos in matrimonio excesserint, id est vir LX annos, uxor L; item si cognati inter se coierint usque ad sextum gradum, aut si vir absit et donec abest et intra annum, postquam abesse desierit. 1a. Libera inter eos testamenti factio est, si ius liberorum a principe inpetraverint; aut si filium filiamve communem habeant aut quattuordecim annorum filium vel filiam duodecim amiserint; vel si duos trimos, vel tres post nomen diem amiserint, ut intra annum tamen et sex menses etiam unus cuiuscumque aetatis inpubes amissus solidi capiendi ius praestet. Item si post mortem viri intra decem menses uxor ex eo perpererit, solidum ex bonis eius capit. 2. Aliquando nihil inter se capiunt: id est, si contra legem Iuliam Papiamque Poppaeam contraxerint matrimonium, verbi gratia si famosam quis uxorem duxerit, aut libertinam senator. 3. Qui intra sexagesimum vel quae intra quinquagesimum annum neutri legi paruerit, licet ipsis legibus post hanc aetatem liberatus esset, perpetuis tamen poenis tenebitur ex senatus consulto Perniciano. Sed Claudiano senatus consulto maior sexagenario si minorem quinquagenaria duxerit, perinde habebitur, ac si minor sexaginta annorum duxisset uxorem. 4. Quod si maior quinquagenaria minori sexagenario nupserit, "inpar matrimonium" appellatur et senatus consulto Calvisiano iubetur non proficere ad capiendas hereditates et legata <et> dotes, itaque mortua muliere dos caduca erit.*

dzieci⁴⁴. Małżonkowie powinni mieć trojkę dzieci, a wyzwoleniec czwórkę. Przestrzegający ustaw doświadczali korzyści, a nieprzestrzegający sankcji – zwłaszcza w zakresie spadkowym. Obie ustawy Oktawiana Augusta miały zaradzić ówczesnemu kryzysowi instytucji małżeństwa. Maria Zabłocka wśród racji ustaw wymienia przyczyny rasowe, demograficzne czy militarne⁴⁵. Marek Kuryłowicz traktuje te ustawy jako „pierwszy przemyślany, całościowy program odnowy moralnej społeczeństwa oraz inżynierię społeczną”⁴⁶. Niepopularne ustawy przez wielu były obchodzone, krytykowane czy ośmieszane. Jednak badania demograficzne z lat następujących po ogłoszeniu ustaw dowodzą, że faktycznie nastąpił pewien niewielki przyrost obywateli rzymskich.

Sytuacja starszych pogorszyła się wraz z *SC Pernicianum* lub *Persicianum*, wydanym przez Tyberiusza w 34 r. n.e., który kierując się bardziej racjami fiskalnymi niżli prokreacyjnymi, chciał, aby osoby, które ukończyły odpowiednio 60 czy 50 lat, a nie spełniały wcześniej wymogów wspomnianych powyżej ustaw, nadal podlegały karom przewidzianym przez ustawy. Co więcej, sankcje miały dotyczyć małżonków także wówczas, gdy tylko jedno z nich przekroczyło granicę wieku⁴⁷. Innymi słowy, skutki uchylania się od obowiązujących ustaw rozciągnięto na osoby w podeszłym wieku, które nie zadośćuczyniły wymogom prawnym. Na mocy *SC Claudianum* związek mężczyzny 60-letniego z kobietą poniżej 50 roku życia skutkował tak, jakby zawierał je mężczyzna poniżej 60 roku życia⁴⁸. Najprawdopodobniej Klaudiusz, dokonując zmiany, kierował się osobistą sytuacją. Nie chciał, by po śmierci Messaliny w 48 r. n.e. spadły na niego skutki *SC. Pernicianum*⁴⁹. Wątpliwość, czy przepis ten dotyczy tylko mężczyzn, czy także kobiety, rozwiązało *SC Calvisianum*, najprawdopodobniej z 61 r. n.e., które związek 50-letniej kobiety z mężczyzną poniżej 60 roku życia określało jako *impar* i nie przywracało jej możliwości otrzymania spadku. Dopiero cesarz Konstantyn Wielki zniósł sankcje przeciw ludziom samotnym i bezdzietnym, choć jeszcze cesarz Justynian poczuwał się do przypomnienia sankcji prawnych.

⁴⁴ Gaius, *Institutiones* (2.286a): „Podobnie bezdzietni, którzy z mocy *lex Papia* tracą połowę spadków i zapisów dlatego, że nie mają dzieci, niegdyś wydaje się mogli nabywać całe fideikomisy...” – *Instytucje Gaiusa. Tekst i przekład*, z języka łacińskiego przełożył, wstępem i uwagami opatrzył Władysław Rozwadowski, Poznań 2003, s. 96.

⁴⁵ M. Zabłocka, *Zmiany w ustawach małżeńskich Augusta za panowania dynastii julijsko-klaudyjskiej*, „Prawo Kanoniczne” 1987(30), nr 1–2, s. 151; eadem, *Przemiany prawa osobowego i rodzinnego w ustawodawstwie dynastii julijsko-klaudyjskiej*, Warszawa 1987, s. 34–93.

⁴⁶ M. Kuryłowicz, *Prawo i obyczaje w starożytnym Rzymie*, Lublin 1994, s. 64.

⁴⁷ Szerzej M. Zabłocka, *Zmiany w ustawach małżeńskich...*, s. 156.

⁴⁸ Gajus Swetoniusz Trankwillus, *Boski Klaudiusz* 23,1: „Usunął artykuł wprowadzony przez cesarza Tyberiusza do ustawy papijsko-popiuszowe pod pozorem, że mężczyźni sześćdziesięcioletni nie mogą płodzić dzieci” – idem, *Żywoty cesarów*, przełożyła, wstępem i komentarzem opatrzyła Janina Niemirska-Pliszczyńska, przedmowę napisał Józef Wolski, Wrocław – Warszawa – Kraków – Gdańsk – Łódź 1987, s. 220.

⁴⁹ M. Zabłocka, *Przemiany prawa osobowego...*, s. 44.

*Imperator Justinianus (C. 5.4.27): Sancimus nuptias, quae inter masculos et feminas maiores vel minores sexagenariis vel quinquagenariis lege Iulia vel Papia prohibita sunt, homines volentes contrahere et ex nullo modo vel ex nulla parte tales nuptias impediri. * IUST. A. IOHANNI PP. * <A 531 VEL 532>.*

3. Poszanowanie starszych

Podejście społeczeństwa rzymskiego do osób starszych ulegało ewolucji i było to uzależnione od wielu czynników, np. od pozycji *pater familias* w rodzinie, rozprzestrzeniania się idei chrześcijańskich, wrażliwości poszczególnych epok. Szacunek do osób starszych był odzwierciedleniem patriarchalnego charakteru rzymskiego społeczeństwa. To przede wszystkim starsi strzegli *mos maiorum*. Władza *pater familias* nie wygasła wraz z upływem wieku. Nawet jeśli rodzina rzymska była przede wszystkim dwupokoleniowa, a osiągający pełnoletniość tylko w liczbie około 1/5 pozostawaliby jeszcze pod władzą *patria potesta*⁵⁰, to nie ulega wątpliwości, że przez wieki władza ojca miała charakter bardzo autorytarny. Starsi uczyli młodych życia publicznego. Senatorom w drodze do kurii często towarzyszyli młodzi. Przy zajmowaniu miejsca przy posiłkach starszym dawano pierwszeństwo zasiadania przy stole⁵¹. Owidiusz pisał: „Przechadzał się wśród młodych starzec w poważaniu, gdy mu ktoś towarzyszył, zawsze szedł od środka. Kto by śmiał rzec choć słowo wulgarne przy starcu?”⁵². Z konstytucji z 535 r. dowiadujemy się, że „rozmowy starszych będą wspianą edukacją młodszych”.

Nov. 5.3: *Sic enim zelus eis ad virtutem crescit, et maxims iuvenibus, si cum senioribus constituentur: fiet enim seniorum conversatio iuventutis educatio perfecta.*

Już w *leges regiae*⁵³ czytamy: Servius Tullius, (6) *Si parentem puer verberit, ast olle plorassit, puer divis parentum sacer esto, Festus s.v. plorare*, czyli „Jeśli dziecko lub młody człowiek uderzy swego ojca, dziadka lub któregoś z innych krewnych i złożono o tym skargę, to mógł być ukarany śmiercią” czy Romulus (11) *Si nurus, sacra divis parentum estod* – „To samo, jeśli synowa podniosła rękę na starszych krewnych”.

⁵⁰ W. Suder, *Sexagenarios de ponte...*, s. 319–321.

⁵¹ *Iulii paridis. Epitoma decem librorum Valerii Maximi*, lib. 2, cap. I, 9-10, [w:] *Scriptorum Veterum nova collectio e Vaticanis codicibus edita ab Angelo Maio Bibliothecae Vaticanae praefecto*, t. III, Romae 1828, s. 16: 9. *Senectuti iuventa ita cumulatam et circumspectum honorem habuit, ut propinquum suum vel paternum amicum ad curiam deduceret, et exspectaret donec reduceret. 10. Invitati ad caenam diligenter quaerebant quinam ei convivio essent interfuturi, ne seniorum adventum praecurrerent: sublataque mensa, priores eos surgere patiebantur.*

⁵² Owidiusz, *Fasti* 5.71-73.

⁵³ Na temat autentyczności *leges regiae* szerzej zob. B. Łapicki, *Ustawy królewskie w starożytnym Rzymie. Zagadnienie ich autentyczności*, „Pamiętnik Historyczno-Prawny” 1933(12), s. 305–332.

O szacunku Rzymian do starców i chorych świadczy niezwykle humanitarny przepis zawarty w Ustawie XII Tablic (1.3): *Si morbus aevitasve vitium escit, [qui in ius vocabit] iumentum dato. Si nolet, arceram ne sternito* – „Jeśli choroba czy wiek (pозwanego) będą przeszkodą, niech (powód) da zaprzęg. Jeśli (pozwany) nie chce (zaprzęgu), niech (powód) nie wyścieła wygodnego wozu”⁵⁴.

Zdaniem jurysty Sextusa Caeciliusa, który podjął się dysputy z filozofem Favorinusem z Areate, *morbus* byłby jednym z rodzajów *vitium*, pewną niedołążnością czy ułomnością. W przeciwieństwie do *morbus santicus* – poważnej choroby, która zagrażała życiu, powodującej odroczenie procesu⁵⁵ – *morbus* czy *aevitas* nie powodowały odroczenia procesu. Przeszkodom utrudniającym dotarcie na proces, związanym ze starością czy chorobą, w myśl Ustawy XII Tablic należało zaradzić poprzez dostarczenie osobie dotkniętej takimi przypadłościami *iumentum*⁵⁶. Początkowo rozumiano przez nie zwierzę chodzące w jarzmie, np. konia czy wołu, później zwierzę juczne. Natomiast *arcera* była wygodnym wyściełanym wozem o kształcie skrzyni, służącym do przewozu starszych czy chorych⁵⁷.

U Rzymian funkcjonowało powiedzenie: *Sexagenarios de ponte deici oportere*. Czytamy o tym u Cyserona, Warrona, Owidiusza i Festusa. Zdarzało się, że wrzucano ludzi do Tybru. Dochodziło do tego w sytuacji, gdy ktoś dopuścił się *parricidium*. Uciekano się wtedy do *poena cullei*. Zdarzało się, że zwłoki osób skazanych za przestępstwa przeciwko państwu trafiały do Tybru w ramach *damnatio memoriae* wskutek *perduellio* – zdrady państwa czy *crimen laese maiestatis* – obrazy majestatu czy zdrady stanu. Od czasów Marka Aureliusza postępowanie z powodu obrazy majestatu mogło być wszczęte i prowadzone po śmierci obwinionego. W czasach Septymiusza Sewera i Karakalli to władca decydował, czy zwłoki osób skazanych za *perduellio* czy *crimen laese maiestatis* zostaną wydane rodzinie. Kiedy takiej zgody krewni nie otrzymali, ciała ich bliskich ciągnięto po Schodach Gemońskich, a następnie wrzucano do Tybru⁵⁸. Taka praktyka istniała już wcześniej. U Swetoniusza (*Tyberiusz*, 61) czytamy „Wszystkich bez wyjątku skazańców zrzucano ze

⁵⁴ M.J. Zabłocki, *Ustawa XII Tablic. Tekst – tłumaczenie – objaśnienia*, Warszawa 2000, s. 14–15.

⁵⁵ *Scaevola libro quarto regularum* (D. 22.5.8): *Inviti testimonium dicere non coguntur senes valetudinarii vel milites vel qui cum magistratu rei publicae causa absunt vel quibus venire non licet*.

⁵⁶ Przez *iumentum* rozumiano zwierzę chodzące w jarzmie, jak np.: koń czy wół, później zwierzę juczne.

⁵⁷ Szerzej zob. J. Zabłocki, *Si morbus aevitasve vitium escit*, „Prawo Kanoniczne” 37 (1994), nr 3–4, s. 47–57.

⁵⁸ Por. M. Kuryłowicz, *D.48,24: De cadaveribus punitorum. Prawo rzymskie o zwłokach osób skazanych za przestępstwa przeciwko państwu*, [w:] A. Dębiński, H. Kowalski, M. Kuryłowicz (red.), *Salus rei publicae suprema lex. Ochrona interesów państwa w prawie karnym starożytnej Grecji i Rzymu*, Lublin 2007, s. 124.

Schodów Gemońskich i wleczono na haku. Jednego dnia zrzucano tak i zawleczono dwadzieścia ofiar, wśród nich kobiety i dzieci⁵⁹. W świetle relacji Eliusza Lampridiusza do Tybru wrzucono zwłoki cesarza Heliogabala: „Następnie napadnięto na Heliogabala i zamordowano go w ustępie, dokąd uciekł. Ciało jego wleczono przez miejsca publiczne. Zwłoki znieważono, żołnierze wrzucili je mianowicie do kanału ściekowego; ponieważ tam jednak jakimś trafem nie utonęły, obciążono je, by nie wypłynęły, i z Mostu Emiliańskiego wrzucono do Tybru, aby nigdy nie można ich było pogrzebać⁶⁰”.

Tradycyjnie każdego roku 14 maja do Tybru wrzucano 27 ludzkich kukieł z sitowia czy słomy. Obrzęd zwany Argei, angażujący Westalki, dokonywał się przy *Pons sublicius*. Różnie był on interpretowany. W świetle *Fasti* (5.675) Owidiusza to Grecy, którzy niegdyś przybyli na te tereny, mieli prosić, by po śmierci wrzucić ich do morza, tak aby mogli powrócić do swojej ojczyzny: *Mittite me in Tiberim, Tiberinis vectus ut undis litus ad Inachium pulvis inanis eam*. Argei łączono z przysłowiem *sexagenarios de ponte*⁶¹. Czy jednak do rzeki wrzucano ludzi starszych tylko ze względu na ich wiek? W świetle wypowiedzi Owidiusza czy Sextusa Pompeiusa Festusa, gramatyka z II w. n.e.: *iuniores conclamaverunt, ut de ponte deicerentur sexagenarii, qui iam nullo munere publico fungerentur* widać, że przysłowie to było raczej związane z wykluczeniem osób powyżej 60 roku życia od głosowania na komiicach wyborczych, a nie z dosłowną eksterminacją ludzi starszych. Głosujący przechodzili przez *septem* czy *ovile*⁶² otoczone płotem z prętów, a później

⁵⁹ Gajus Swetoniusz Trankwillus, *Tyberius*, [w:] idem, *Żywoty cesarów...*, s. 165.

⁶⁰ Eliusz Lampridiusz, *Antoninus Heliogabal* (17) [w:] *Historycy cesarstwa rzymskiego. Żywoty cesarzy od Hadriana do Numeriana*, tłumaczyła, przedmowa, przypisami i skorowidzem opatrzyła Hanna Szelest, Warszawa 1966, s. 206.

⁶¹ W. Eisenhut, s.v. *Argei*, [w:] *Der Kleine Pauly. Lexikon der Antike. Auf der Grundlage von Pauly's Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft unter Mitwirkung zahlreicher Fachgelehrter bearbeitet und herausgegeben von Konrat Ziegler und Walther Sontheimer*, Bd 1, München 1979, kol. 532–533. Owidiusz, *Fasti* 5. 653–683: „Niektórzy uważają, że starców zrzucali młodzieńcy, by głosować według własnej woli. Kto wierzy, że staruszków już po sześćdziesiątce mordowano, ten winą obarcza praojców. Tybrze, prawdę mi ukaż. Twój brzeg starszy przecież niż miasto, przeto dobrze znasz początek rytu. Tyber wystawił głowę ze środka koryta i rzekł takimi słowy, odsunawszy trzcinę: Widziałem kiedyś tutaj pustkowia i trawę bez domostw. Po dwu stronach rzeki bydło paśli, a mnie Tyber przesławny – strach dzisiaj dla ludów, wonczas bydło z łatwością przekroczyć umiało. Często słyszałeś imię Ewandra z Arkadii. On tu przybył i zmaćł wiosłami mą wodę. Przybył również Alcyda, wraz z gromadą Greków, jeśli pomnę, to wtedy zwano mnie Albulą. Heros z Arkadii przyjął gościnnie młodzieńca, przyszedł czas na należną karę dla Kakusa. Zwycięski Herkuł poszedł zabierając bydło jako zapłatę, towarzysze jednak dalej iść nie chcieli, wielu z nich bowiem Argos niegdyś porzuciło. Na tych wzgórzach złożyli nadzieję na nowe domy, często jednak czuli słodką miłość do kraju; i gdy ktoś umierał, takie dawał polecenie: »Wrzućcie mnie do Tybru, aby proch mój marny mógł z jego wodą aż do brzegu Inacha dotrzeć«. Lecz spadkobierca nie usłuchał tej ostatniej woli, pochował jego ciało w auzońskiej ziemi, a miast niego do wody wrzucił podobiznę, by wróciła do swego greckiego domu przez morze” – Owidiusz, *Fasti. Kalendarz poetycki*, przełożyła i opracowała Elżbieta Wesołowska, Wrocław – Warszawa – Kraków 2008, s. 220–221.

⁶² *Ovile* to plac na Polu Marsowym.

przez wąski mostek. Młodzi, widząc wtedy starszych, mieli krzyczeć: *sexagenarios de ponte*.

O poszanowaniu starszych u Rzymian świadczy natomiast fakt, że w sytuacji wątpliwości, komu powierzyć *tabulae* – tabliczki czy dokument zawierający testament do przechowania⁶³ – w pierwszej kolejności należało powierzyć starszemu niżli młodszemu.

Ulpianus libro 50 ad edictum (D. 22.4.6): *Si de tabulis testamenti deponendis agatur et dubitetur, cui eas deponi oportet, semper seniore iuniori et amplioris honoris inferiori et marem feminae et ingenuum libertino praeferemus.*

Starość czy choroba ciała nie była przeszkodą do sporządzenia testamentu u tego, kto posiadał integralność umysłu.

Imperatores Diocletianus, Maximianus (D. 6.22.3): *Senium quidem aetatis vel aegritudinem corporis sinceritatem mentis tenentibus testamenti factionem certum est non auferre.*

Starość nie była przeszkodą do przekazania darowizny.

Imperatores Diocletianus, Maximianus (D. 8.53.16): *Senectus ad donationem faciendam sola non est impedimento. * DIOCL. ET MAXIM. AA. ET CC. THEODORO. * <A 293 D. V K. DEC. AA. CONSS.>.*

Starość mogła być czynnikiem wpływającym na długość odbywania kary. Jak czytamy w konstytucji Hadrianą przytoczonej przez Callistratusa, w przypadku relegacji czasowej dla młodszych kara była dłuższa, a dla starszych krótsza.

Callistratus libro tertio de cognitionibus (D. 47.21.2): *Divus Hadrianus in haec verba rescripsit: "Quin pessimum factum sit eorum, qui terminos finium causa positos propulerunt, dubitari non potest. De poena tamen modus ex condicione personae et mente facientis magis statui potest: nam si splendiores personae sunt, quae convincuntur, non dubie occupandorum alienorum finium causa id admiserunt, et possunt in tempus, ut cuiusque patiatur aetas, relegari, id est si iuvenior, in longius, si senior, recisius. Si vero alii negotium gesserunt et ministerio functi sunt, castigari et ad opus biennio dari. Quod si per ignorantiam aut fortuito lapides furati sunt, sufficiet eos verberibus decidere".*

Skazany na *poena metalli* – przymusową pracę w kopalniach – na mocy reskryptu Antonina Piusa, z racji wieku można było skrócić karę, jeśli mieli *agnatos* czy *adfines*, a także odbyli już co najmniej 10-letnią karę.

Modestinus libro primo differentiarum (D. 48.19.22): *In metallum damnati si valetudine aut aetatis infirmitate inutiles operi faciundo deprehendantur, ex rescripto divi Pii a praeside dimitti poterunt, qui aestimabit de his dimittendis, si modo vel cognatos vel adfines habeant et non minus decem annis poenae suae functi fuerint.*

⁶³ W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérier, *Prawo rzymskie u podstaw prawa prywatnego*, Warszawa 2009, s. 283–284.

Starość była czynnikiem branym pod uwagę przy karaniu na mocy *senatus consultum Silanianum* z 10 r. n.e. w sytuacji, gdy nie odnaleziono zabójcy właściciela niewolników. Choć uchwała przewidywała zasadniczo tortury i karę śmierci dla wszystkich niewolników żyjących pod tym samym dachem, to jednak pomijano wtedy tych, którzy ze względu na wiek nie mogli przyczynić się do morderstwa: *Ulpianus libro 50 ad edictum* (D. 29.5.3.7): *Ignoscitur etiam his qui aetate defecti sunt*.

Poszanowanie starszych wyrażało się w obowiązku alimentacyjnym. Początkowo wzajemna opieka między dziećmi i rodzicami, bazująca na *pietas naturalis*, miała charakter moralno-etyczny. Obowiązki alimentacyjne względem rodziców przybrały charakter prawny dopiero w okresie cesarskim. Wcześniej w zakresie warstwy prawa cywilnego czy pretorskiego nie musiały mieć charakteru tak bardzo prawnego, albowiem w rzymskiej rodzinie, o charakterze patriarchalnym, gdzie ojciec posiadał *ius vitae ac necis* – prawo życia i śmierci, szacunek należał się mu siłą rzeczy. Dopiero w okresie pryncypatu prawo zabicia swych dzieci wyszło z użycia. Kwestie te regulowali jeszcze Konstantyn Wielki i Walentynian I. Pierwsze ślady obowiązków alimentacyjnych zauważa się w czasach Marka Aureliusza (Bonfante, Biondi). Widać tutaj wpływ doktryn stoickich. Obowiązki alimentacyjne obejmowały: wyżywienie (*cibaria*), ubranie (*vestiaria*), zakwaterowanie (*habitatio*)⁶⁴.

Iavolenus libro secundo ex Cassio (D. 34.1.6): *Legatis alimentis cibaria et vestitus et habitatio debebitur, quia sine his ali corpus non potest: cetera quae ad disciplinam pertinent legato non continentur*.

Szereg informacji o obowiązkach alimentacyjnych względem starszych odnajdujemy w 3 tytule 25 księgi *Digestów*. I tak np. gdyby syn wystąpił z roszczeniem o alimenty względem ojca czy ojciec względem syna powinni udać się do sędziego.

Ulpianus libro secundo de officio consulis (D. 25.3.5 pr.): *Si quis a liberis ali desideret vel si liberi, ut a parente exhibeantur, iudex de ea re cognoscet*.

Ulpian rozważa także sytuację, czy dzieci, które mają obowiązek alimentacyjny względem ojca, dziadka czy pradziadka, czy innych ascendentów ojcowskich, mają go także względem matki i jej ascendentów matczynych. I dochodzi do wniosku, że musi o tym zdecydować sędzia w konkretnym

⁶⁴ B. Biondi, *Il diritto romano cristiano*, vol. 3: *La famiglia. Rapporti patrimoniali. Diritto pubblico*, Milano 1954, s. 290–297; G.M. Zoz, *In tema di obbligazioni alimentari*, „Bolletino dell'Istituto di Diritto Romano” 1970(73), s. 323–324; E. Sachers, *Das Recht auf Unterhalt in der römischen Familie der klassischen Zeit*, [w:] *Festschrift Fritz Schulz*, hrsg. H. Niedermayer, W. Flume, Bd. 1, Weimar 1951, s. 310–363; F. Wycisk, *Obowiązki alimentacyjny i wychowawczy w prawie rzymskim okresu królewskiego*, „Roczniki Teologiczno-Kanoniczne” 1963 (10), z. 4, s. 215–243; idem, *Z zagadnień alimentacji w rzymskim prawie klasycznym*, „Roczniki Teologiczno-Kanoniczne” 1970 (27), z. 5, s. 57–73.

przypadku, biorąc pod uwagę potrzeby jednych i drugich. Ulpian zanotował także, że potrzeba dostarczenia alimentów bierze swój początek w słuszności naturalnej i w miłości, którą powinni mieć złączeni jedną krwią.

(D. 25.3.5.2): *Utrum autem tantum patrem avumve patrum proavumve paterni avi patrem ceterosque virilis sexus parentes alere cogamur, an vero etiam matrem ceterosque parentes et per illum sexum contingentes cogamur alere, videndum. Et magis est, ut utrobique se iudex interponat, quorundam necessitatibus facilius succursurus, quorundam aegritudini: et cum ex aequitate haec res descendat caritateque sanguinis, singulorum desideria perpendere iudicem oportet.*

Z okresu cesarstwa pochodzi obowiązek opieki syna nad chorą psychicznie matką:

Ulpianus libro 38 ad Sabinum (D. 27.10.4): *Furiosae matris curatio ad filium pertinet: pietas enim parentibus, etsi inaequalis est eorum potestas, aequa debetur.*

W przypadku, gdyby syn zaprzeczał ojcostwa osoby, względem której powinien świadczyć obowiązek alimentacyjny, to sędzia miał rozstrzygnąć dany casus.

(D. 25.3.5.8): *Si vel parens neget filium idcircoque alere se non debere contendat, vel filius neget parentem, summam iudices oportet super ea re cognoscere. Si constiterit filium vel parentem esse, tunc ali iubebunt: ceterum si non constiterit, nec decernent alimenta.*

Obowiązek alimentacyjny spoczywał także na synu emancypowanym, który został zwolniony spod władzy ojcowskiej: (D. 25.3.13): *Si impubes sit filius emancipatus, patrem inopem alere cogetur: iniquissimum enim quis merito dixerit patrem egere, cum filius sit in facultatibus.* Ze względu na ratio pietatis obowiązek taki powinien świadczyć także żołnierz: (D. 25.3.15): *A milite quoque filio, qui in facultatibus sit, exhibendos parentes esse pietatis exigit ratio.* W sytuacji konieczności obowiązek alimentacyjny spoczywał także na wyzwoleniu i wyzwolenicy: (D. 25.3.19): *Alimenta autem pro modo facultatum erunt praebenda, egentibus scilicet patronis: ceterum si sit unde se exhibeant, cessabunt partes iudicis;* (D.25.3.20): *Utrum autem tantum patroni alendi sint an etiam patronorum liberi, tractari potest. et puto causa cognita iudices et liberos quoque patronorum alendos decernere, non quidem tam facile ut patronos, sed nonnumquam et ipsos: nam et obsequium non solum patronis, verum etiam liberis eorum debere praestari.* Co więcej, gdyby wyzwolenicy nie mieli już patrona, to byli zobowiązani świadczyć obowiązki względem ojca czy matki patrona, jeśli ich sytuacja na to pozwalała. (D. 25.3.26). O obowiązku alimentacyjnym względem wyzwoliciele miał rozstrzygać jednak *arbiter* (D. 25.3.25). Zakres świadczenia alimentacyjnego uzależniano od możliwości zobowiązanego i potrzeb uprawnionego.

Paulus informuje nas, że alimentacja starszych i dzieci stała się udziałem niektórych gmin.

Paulus libro tertio regularum (D. 30.122 pr.): Civitatibus legari potest etiam quod ad honorem ornatumque civitatis pertinet: ad ornatum puta quod ad instruendum forum theatrum stadium legatum fuerit: ad honorem puta quod ad munus edendum venationemve ludos scenicos ludos circenses relictum fuerit aut quod ad divisionem singulorum civium vel epulum relictum fuerit. Hoc amplius quod in alimenta infirmæ aetatis, puta senioribus vel pueris puellisque, relictum fuerit ad honorem civitatis pertinere respondetur.

Zakończenie

Rozmiary niniejszego artykułu nie pozwalają na prześledzenie ewolucji poszczególnych instytucji związanych ze starością. Każda z nich mogłaby stać się przedmiotem osobnego studium. Jednak autor chciał wykazać, że szereg rzymskich rozwiązań prawnych stosowanych względem starszych było nacechowanych słuszością. Chociaż starość często wiąże się z dolegliwościami, to nie zawsze musi być smutna. Ważne, aby przeżywać ją na sposób twórczy. Pomponiusz, szukając racji dożycia podeszłych lat, przywołał powiedzenie: „nawet gdyby jedną nogą było się w trumnie, to jeszcze można się czegoś nauczyć”.

Pomponius libro septimo epistularum (D. 40.5.20): Nam ego discendi cupiditate, quam solam vivendi rationem optimam in octavum et septuagesimum annum aetatis duxi, memor sum eius sententiae, qui dixisse fertur: kan ton heteron poda en ty sorw exw, prosmavein ti bouloimyn.

Starzec przedstawiony na reliefie Pierre’a Charlesa Simarta *Création du Code civil des Français* znajdującym się w Musée de l’Armée w Paryżu, ten po prawej stronie Napoleona, ubranego na sposób antyczny, symbolizuje prawo rzymskie i wartości antyku.

Szukając początków starości, mogliśmy przekonać się, że możliwość mówienia się od niektórych obowiązków związana była z konkretnym wiekiem, którego granica wciąż wzrastała wraz z upływem stuleci. Przez lata dzielono Rzymian na *iuniores* – poniżej 46 roku życia i *seniores* – powyżej. Gdy pierwotnie granica początku starości oscylowała wokół 50–60 lat, to w III w. n.e. wiązała się z 70 rokiem. Nie była ona jednak jednoznaczna. *Excusationes*, ustawy małżeńskie Augusta, obowiązki alimentacyjne względem starszych, jak i wiele innych wskazanych przeze mnie przepisów prawnych dowodzą, że traktowanie starszych przez Rzymian nacechowane był troską i szacunkiem. Do polepszenia sytuacji przyczyniły się zapewne wspólnoty chrześcijańskie, które wraz z uzyskaniem swobody działania w sposób jeszcze bardziej zorga-

⁶⁵ S. Longosz, *Ksenodochium hospicjum wczesnochrześcijańskie (Nazwa, geneza, rozwój regionalny, struktura i organizacja)*, „Vox Patrum” 1996 (16), z. 30–31, s. 275–336.

nizowany podjęły się prowadzenia ośrodków dla starszych (*gerontokomia*), obok schronisk dla ubogich, podróżnych, pielgrzymów czy chorych⁶⁵. O tym, że podejście Rzymian do ludzi starszych wciąż może inspirować współczesnych, niechaj świadczy fakt przywoływania antycznych wypowiedzi i autoritetów przez Jana Pawła II w liście z 1 października 1999 r. *Do moich Braci i Sióstr – ludzi w podeszłym wieku*.

Summary

Old Age in Roman Law

Key words: old age, Roman law, legal status of an old person, *excusatio*.

In ancient Rome, old age was frequently equated with wisdom, the continuation of tradition, or with authority. Ovid (43 BC – 17/18 AD) wrote: „A grey head used to be treated with respect, and senile wrinkles were considered to be treasure”. Callistratus, living at the turn of II and III century AD, believed that „In our city old age always deserved respect, indeed our predecessors attributed almost the same honour to the elders as to the officials”. Some other time, old age was described as *morbus*. Although, in ancient Rome the saying: *Sexagenarios de ponte* was common, the Romans did not exterminate people due to their old age.

According to Cicero, the Romans from the dawn of history considered as the beginning of old age the 46 year of age (Cicero, *On old age*, 17.60). According to Macrobius (*Saturnalia* 1.12.16) it was supposed to be Romulus himself who divided people into older and younger. Censorinus, Roman grammarian and miscellaneous writer, who created in III century AD, depending on the age divided people into: *pueri* – until 15 years of age, *adulescentes* – until 30 years of age, *iuvenes* until 45 and *seniores* – above that age. Older age could influence the ability to legal activities. Age criteria used with different legal activities evolved. Due to age, older persons could excuse themselves from some duties. They were rid of some possibilities of performing some functions or taking advantage of some rights. Some other time, it was the old age that opened the door for them to different functions.

In this article the author discusses the issue of old age in the light of Roman law. They point to the chosen literary descriptions referring to old age. The author points to certain legal solutions proving the respect for the elders on the example of *excusatio*, alimony obligations, or Augustus' marital acts.

Sławomir Patrycjusz Kursa

Katedra Prawa Administracyjnego i Nauki o Administracji

Wydział Prawa i Administracji UWM

Rzymskie korzenie stanowiska Gracjana w kwestii przyczyny sprawczej małżeństwa

Stanowisko Gracjana w kwestii przyczyny sprawczej małżeństwa prezentują jego *dicta* do poszczególnych rozdziałów kwestii II, sprawy XXVII (*causa*), zamieszczonej w II części Dekretu.

Stanowisko to można ująć w następujące tezy:

1. Przyczyną sprawczą małżeństwa jest zgoda małżeńska (*consensus matrimonialis*).

2. Konsensus małżeński jest zgodą na wzajemne oddanie się sobie przez narzeczonych oraz na wspólne zamieszkanie i wyłączone życie seksualne ze sobą.

3. Wyrażenie wzajemnej zgody małżeńskiej tylko zapoczątkowuje małżeństwo.

4. Sama zgoda małżeńska wyrażona przez nupturientów nie czyni małżeństwa prawomocnym i nierozzerwalnym.

Stanowisko Gracjana w kwestii przyczyny sprawczej małżeństwa jest jednoznaczne: *Consensus matrimonium facit* (Zgoda sprawia małżeństwo). Zdanie to stanowi konkluzję przeprowadzonej analizy definicji małżeństwa, którą autor Dekretu przytacza we wstępnym komentarzu do kwestii II sprawy XXVII.

Podana zaś przez niego definicja małżeństwa – cytowana, jak się wydaje, za św. Izydorem – jest analogiczna w swej treści do tej, jaką znajdujemy w Instytucjach Justyniańskich. Gracjan określa bowiem małżeństwo następująco: *Sunt enim nuptiae sive matrimonium viri mulierisque coniunctio, individuum vitae consuetudinem retinens*. Z kolei według I. 1.9.1: *Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vitae continens*. Nie ma zatem istotnej różnicy między jedną i drugą definicją. Zarówno dla jurystów rzymskich, jak i dla Gracjana małżeństwo jest związkiem mężczyzny i kobiety obejmującym niepodzielną wspólnotę życia¹. We-

¹ Zob. A. Stankiewicz, *De origine definitionis matrimonii in Decreto Gratiani*, "Periodica de Re Morali, Canonica, Liturgica" 1982 (71), s. 211–229.

dług *dictum* Gracjana owa niepodzielna wspólnota suponuje zaistnienie między nimi zjednoczenia, do którego dochodzi na skutek wzajemnej zgody będącej *causa efficiens matrimonii*, czyli przyczyną sprawczą małżeństwa.

W kwestii znaczenia zgody małżeńskiej i współżycia seksualnego dla zaistnienia i trwania małżeństwa Gracjan podziela pogląd Ulpiana, wyrażony w jego trzydziestej szóstej księdze komentarza do Sabinusa w słowach: *Nuptiae non concubitus sed consensus facit* (Małżeństwo sprawia nie współżycie seksualne, lecz zgoda)². Przyjmując powyższy pogląd, Gracjan wnioskuje: „skoro przyczyną sprawczą małżeństwa nie jest zaistnienie stosunku seksualnego, lecz zgodna wola stron, dlatego nie rozwiązuje go separacja ciała, lecz separacja woli. Przeto, kto nie utrzymuje ze swoją żoną kontaktów cielesnych i nie pojmuje innej, nadal pozostaje mężem. Chociaż bowiem rzeczywiście oddzielił się od niej cielesnie, nadal pozostaje złączony z nią wolą. Dopiero ożenek z inną powoduje całkowite oddalenie. Stąd brak współżycia z żoną nie stanowi cudzołóstwa, lecz uwiedzenie innej” (*Matrimonium quidem non facit coitus, sed voluntas, et ideo non solvit illud separatio corporis, sed separatio voluntatis. Ideo qui dimittit coniugem suam, et aliam non accipit, adhuc maritus est. Nam etsi iam corpore separatus est, tamen adhuc voluntate coniunctus est. Quum ergo aliam acceperit, tunc plene dimittit. Non ergo qui dimittit moechatur, sed qui alteram ducit*)³.

Przyjęty przez Gracjana pogląd Ulpiana jest oczywiście tylko częścią tradycji rzymskiej w tej kwestii. Oprócz bowiem zgody nowożeńców na zawarciu małżeństwa, wymagano ponadto zezwolenia osób, które posiadały nad nimi władzę. Wynika to chociażby ze słów Paulusa: *Nuptiae consistere non possunt nisi consentiant omnes, id est qui coeunt quorumque in potestate sunt* (Małżeństwo nie może być zawarte, jeżeli nie zgodzą się na nie wszyscy, to jest ci, pod których władzą znajdują się [narzeczeni])⁴. Początkowo w starożytnym Rzymie zezwolenie to stanowiło jedyną zgodę istotną. H. Insadowski pisze, że „*pater familias* mógł sam według własnej woli zawierać małżeństwa w imieniu swych dzieci i je rozwiązywać”⁵. Podobnie twierdzi B. Sitek: „pierwotnie wystarczała zgoda samego *pater familias*, niezależnie od woli stron”⁶. Zgoda nowożeńców do ważności małżeństwa wymagana była dopiero w późnym okresie cesarstwa, z tym że w przypadku osób *alieni iuris* w dalszym ciągu wymagano zgody ich zwierzchników rodzinnych, opiekunów lub patro-nów⁷. Tym niemniej kobieta *sui iuris* w myśl konstytucji cesarza Honoriusza

² D. 50.17.30.

³ C. XXVII, q. 2, c. 1.

⁴ D. 23.2.2.

⁵ H. Insadowski, *Rzymskie prawo małżeńskie a chrześcijaństwo*, Lublin 1935, s. 171.

⁶ B. Sitek, *Trwałość i nierozzerwalność małżeństwa. Ze studiów nad małżeństwem w prawie rzymskim, kanonicznym Kościoła katolickiego i polskim prawie cywilnym*, Olsztyn 2002, s. 17.

⁷ H. Insadowski, op. cit., s. 172–179.

i Teodozjusza z 408 (409) r. mogła zawrzeć małżeństwo bez zezwolenia osób trzecich dopiero wówczas, gdy ukończyła 25 rok życia⁸.

Dla Gracjana zgoda małżeńska jest nie tylko przyczyną sprawczą małżeństwa. Jest ona także przyczyną wystarczającą i konieczną.

Przywołując na poparcie powyższej tezy fragment listu papieża Mikołaja I do Bułgarów (z roku 866), Gracjan zauważa w rozdziale II omawianej kwestii, że według prawa stanowionego do zaistnienia związku małżeńskiego wystarcza sama zgoda naręczonych. Jest ona absolutnie konieczna, a gdyby jej przypadkiem zabrakło w chwili zawarcia małżeństwa, wówczas nie miałyby żadnego znaczenia dla jego bytu wszystkie inne elementy ceremonii oraz współżycie seksualne⁹. Jej wyrażenie przez naręczonych skutkuje natomiast tym, że stają się oni małżonkami¹⁰.

We wspomnianym liście Mikołaja I znajdujemy także słowa Jana Chryzostoma, jednego z Ojców Kościoła, a mianowicie: „to co stwarza małżeństwo, to nie pożycie cielesne, lecz wola”¹¹. Dowodzi on tego, że fundamentalna doktryna dotycząca zgody małżeńskiej znajdowała się w niektórych dziełach Ojców Kościoła¹². Zdaniem E. Albertario¹³, R. Orestano¹⁴ i J. Gaudemet¹⁵ nie można zaprzeczyć temu, że w dziełach Ojców Kościoła da się zauważyć wpływ rzymskiej zasady odnośnie do sprawczej przyczyny małżeństwa, jaką odnajdujemy w kodyfikacji justyniańskiej.

W tym samym rozdziale Gracjan zastanawia się nad przedmiotem zgody małżeńskiej. Dążąc do jego określenia, stawia pytanie, jaka zgoda powoduje powstanie małżeństwa. W szczególności próbuje ustalić, czy zgoda małżeńska jest zgodą na wspólne zamieszkanie, czy też zgodą na cielesne współżycie, czy na jedno i drugie. W odpowiedzi stwierdza, że jeżeli założyłoby się, iż przyczyną sprawczą małżeństwa jest wyłącznie zgoda na wspólne zamieszkanie, wówczas należałoby przyjąć, że także brat z siostrą mogliby zawrzeć małżeństwo. Gdyby natomiast przyjąć, że wyłączną przyczyną sprawczą małżeństwa jest zgoda na cielesne współżycie, można by sądzić, że między Mary-

⁸ C. 5.4.20. Szerzej na temat zob. J. Misztal-Konecka, *Bigamia w prawie rzymskim*, Lublin 2011, s. 95.

⁹ C. XXVII, q. 2, c. 2: *Sufficiat secundum leges solus eorum consensus, de quorum coniunctionibus agitur. Qui consensus si in nuptiis solus forte defuerit, cetera omnia etiam cum ipso coitu celebrata frustrantur*.

¹⁰ Na temat zgody małżeńskiej w prawie rzymskim zob. J. Zabłocki, *Consensus facit nuptias*, [w:] Z. Służewska, J. Urbanik (red.), *Marriage: ideal – law – practice*, Warsaw 2005, s. 235 i n.; tenże, *Zgoda małżeńska w prawie rzymskim*, [w:] E. Gajda, A. Sokala (red.), *„Honeste vivere”*. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Władysława Bojarskiego, Toruń 2001, s. 303 i n.

¹¹ PL 119.980.

¹² A. Gauthier, *Le droit romain son apport à l'édification du droit canonique*, Ottawa 1986, s. 35.

¹³ E. Albertario, *Honor matrimonii e affectio maritalis*, [w:] *Studi di diritto romano*, t. 1, Milano 1933, s. 197 i n.

¹⁴ R. Orestano, *La struttura giuridica del matrimonio Romano*, Rome 1940, s. 30.

¹⁵ J. Gaudemet, *Le mariage en occident: les mœurs et le droit*, Paris 1987, s. 58–59.

ją i Józefem nie doszło do małżeństwa. Maryja była bowiem związana ślubem czystości, co wynika z jej słów skierowanych do anioła: „Jakże się to stanie, skoro nie znam męża?”¹⁶. Trudność tę Gracjan rozwiązuje, powołując się na słowa św. Augustyna zamieszczone w rozdziale III kwestii II: „Święta Maryja złożyła ślub czystości w sercu, lecz słownie go nie wyraziła. Oddała się do Bożej dyspozycji, obiecując trwać w dziewictwie, chyba że Bóg jej co innego objawi. Powierzając swoje dziewictwo Bożemu zrządzeniu, wyraziła zgodę na cielesne współżycie nie pożądając go, jednakże decyzję w jednej i drugiej sprawie pozostawiła Bogu. Potem zrodziła Syna, a że poczęła go sercem, jednocześnie wyznała mężowi (domyślnie: Józefowi) i w konsekwencji oboje pozostali w dziewictwie”¹⁷.

Kontynuując dalej rozumowanie św. Augustyna, Gracjan pisze: „Małżonków uczyniła z nich zgoda na wspólne zamieszkanie i wyłączną wspólnotę życia. Taka zaś wyłączna wspólnota zachodzi, jeżeli kobieta oddaje się mężczyźnie taką, jaką jest i on wzajemnie”¹⁸. Sugeruje tym samym, że przedmiotem zgody małżeńskiej jest wola wzajemnego oddania się sobie przez narzeczonych i przyjęcia oraz wspólnego zamieszkania i budowania wyłącznej wspólnoty życia. Pojęcie zgody małżeńskiej w ujęciu Gracjana obejmuje zatem to, co w rozumieniu prawa rzymskiego stanowiło istotę małżeństwa¹⁹.

Takie spojrzenie na przedmiot zgody małżeńskiej wyraźnie nawiązuje do definicji małżeństwa zawartej w pierwszej księdze reguł Modestyna, w której czytamy: *Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*²⁰, jak również do tej, którą zawierają Instytucje Justyniana: *Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vitae continens*²¹. Konfrontacja tych tekstów ze stanowiskiem Gracjana pozwala stwierdzić zbieżność koncepcji prawa rzymskiego i prawa kanonicznego w zakresie przedmiotu zgody małżeńskiej. Tak więc zgoda małżeńska, jak słusznie stwierdza F. Fernández de Buján, jest przyczyną *consortium*, a nie skutkiem i zakłada wspólnotę

¹⁶ Lk 1.26–38.

¹⁷ C. XXVII, q. 2, c. 3: *Beata Maria proposuit se servaturam votum virginis in corde, sed ipsum votum virginis non expressit ore. Subiecit se divinae dispositioni, dum proposuit se perseveraturam virginem, nisi Deus aliter ei revelaret. Committens ergo virginem suam divinae dispositioni consensit in carnalem copulam, non illam appetendo, sed divinae inspirationi in utroque obediendo. Postea vero filium genuit, et quod corde conceperat simul cum viro labiis expressit, et uterque in virginitate permansit.*

¹⁸ Ibidem: *Consensus ergo cohabitandi et individuum vitae consuetudinem retinendi interueniens eos coniuges fecit. Individuum vero vitae consuetudo est talem se in omnibus exhibere viro, qualis ipsa sibi est, et e converso.*

¹⁹ Zob. W. Rozwadowski, *Nowe badania nad istotą małżeństwa rzymskiego*, „Meander” 1987, nr 4–5, s. 246 i n.; idem, *Istota małżeństwa w starożytnym Rzymie*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2005 (14), s. 773 i n.

²⁰ D. 23.2.1.

²¹ I. 1.9.1.

życia²². Gracjan nie dopuszcza jednak możliwości, aby tak rozumianą zgodę mogły za nupturientów wyrazić osoby trzecie, co prawo rzymskie gwarantowało rodzicom w epoce stosunków agnacyjnych²³. Należy nadmienić, że pogląd Gracjana w tej sprawie jest bardzo bliski współczesnemu rozumieniu zgody małżeńskiej. W kan. 1057 § 2 Kodeksu Prawa Kanonicznego z 1983 r. zgoda małżeńska została bowiem określona jako akt, którym mężczyzna i kobieta w nieodwołalnym przymierzu wzajemnie się sobie oddają i przyjmują w celu stworzenia małżeństwa.

Zdaniem Gracjana zgoda małżeńska, jakkolwiek jest przyczyną sprawczą małżeństwa, nie czyni go jeszcze doskonałym. Powstałe z chwilą jej wyrażenia małżeństwo jest tylko małżeństwem zapoczątkowanym (*matrimonium initiatum*). Dopiero przez akt fizyczny (*coniunctio sexuum*) staje się ono małżeństwem doskonałym (*matrimonium perfectum*) i absolutnie nierozzerwalnym. Należy w tym miejscu zaznaczyć, że taki pogląd w historii koncepcji małżeństwa wyraził po raz pierwszy w IX w. wielki skądinąd zwolennik nierozzerwalności małżeństwa, Hinkmar z Remis (zm. 882 r.). Powstała wokół tego poglądu teoria otrzymała w nauce prawa kanonicznego nazwę teorii kopulacyjnej. W XII w., na parę lat przed Gracjanem, rozwijał ją także Algieri z Legie. Teoria kopulacyjna była rozumiana dwojako: jedni odnosili ją do istoty małżeństwa, a inni do umowy małżeńskiej. Powstaje więc pytanie, czy Gracjan uważał akt współżycia seksualnego za integralny element małżeństwa (*ex integro constituens matrimonium*), czy też za istotny element umowy małżeńskiej, przez który małżeństwo dopełniało się i udoskonalało (*completur et perficitur*).

W świetle rozdziałów V–IX Gracjan odmawiał aktowi cielesnego współżycia konstytutywnej roli w powstaniu małżeństwa. Przemawiają za tym zamieszczone w rozdziale V słowa przypisywane przez niego św. Ambrożemu: *Quum initiatur coniugium, tunc coniugi nomen adsciscitur. Non enim deffloratio virginitatis facit coniugium, sed pactio coniugalis. Denique quum iungitur puella, coniugium est, non quum viri admixtione cognoscitur* (Nazwa małżonka przysługuje z chwilą zawarcia małżeństwa. Do powstania małżeństwa dochodzi bowiem nie przez pozbawienie dziewictwa, lecz na skutek umowy małżeńskiej. Jednym słowem małżeństwo istnieje od chwili poślubienia dziewczyny, a nie od chwili, gdy dochodzi do cielesnego współżycia z mężczyzną).

Taki sam wydzźwięk ma przytoczone w rozdziale VI zdanie św. Izydora: *Coniuges verius appellantur a prima desponsationis fide, quamvis adhuc*

²² F. Fernández de Buján, *Lineamenti sul matrimonio nel pensiero di Ulpiano e il suo rilievo attuale*, „Civitas et Iustitia” 2008, nr 2, s. 172: „Il consensus è causa del consortium, ne è effetto e presuppone la vita in comune”.

²³ Ulp. 5.2: *Iustum matrimonium est, si inter eos, qui nuptias contrahunt, conubium sit, et tam masculus pubes quam femina potens sit, et si utrique consentiant, si sui iuris sunt, aut etiam parentes eorum, si in potestate sunt*.

ignoretur inter eos coniugalis concubitus (Ślusznie nazywa się małżonkami zaślubionych, chociażby do tej chwili nie zaznali cielesnego współżycia). Pełniejszemu uzasadnieniu postawionej tezy służy także zamieszczone w rozdziale IX zdanie św. Augustyna: *Coniunx vocatur a prima fide desponsationis, quam concubitu non cognoverat Joseph, nec fuerat cogniturus* (Józef nazywany jest małżonkiem od chwili zaślubin [z Maryją], chociaż nie zaznał i nie zamierzał zaznać cielesnego współżycia [z Maryją]).

Światło na stanowisko Gracjana w tej sprawie rzuca wreszcie jego dictum do rozdziału XXXIV rozpatrywanej kwestii II: *Sed sciendum est, quod coniugium desponsatione initiatur, commixtione perficitur. Unde inter sponsum et sponsam coniugium est, sed initiatum; inter copulatos est coniugium ratum* (Oczywistym jest to, że małżeństwo inicjują zaślubiny, a czyni je doskonałym cielesne współżycie. Stąd też między nowożeńcem i panną młodą zachodzi małżeństwo, lecz zapoczątkowane; między tymi, co odbyli stosunek małżeński, ma miejsce małżeństwo uprawomocnione).

Z powyższego wynika, że Gracjan nie traktował aktu współżycia seksualnego małżonków za integralny element małżeństwa i w tym kontekście zgoda małżeńska pozostawała jedyną przyczyną sprawczą małżeństwa, ale nie przesądzała o prawomocności zawartego związku małżeńskiego, a tym samym o jego nierozzerwalności. Inaczej mówiąc, Gracjan doszukiwał się w małżeństwie swego rodzaju umowy (*pactio coniugalis*). Skłonny był jednak do ujmowania go jako umowy bardziej rzeczowej niż konsensualnej. W związku z tym twierdził, że małżeństwo zapoczątkowane przez wyrażenie zgody małżeńskiej można w pewnych okolicznościach rozwiązać, np. gdy nie można było go skonsumować z powodu niemocy płciowej.

Należy zaznaczyć, że koncepcję małżeństwa zapoczątkowanego (*matrimonium iniciatum*) głosili także uczniowie Gracjana ze Szkoły Bolońskiej (Magister Rolandus, Huguccio, Paucapalea, Rufinus i inni), którzy bardziej szczegółowo niż on określili przypadki, w których tego rodzaju małżeństwo mogło być rozwiązane. Były one następujące: ślub czystości, niewola, pokrewieństwo duchowe lub powinowactwo, uprowadzenie, trwała choroba, nowy związek małżeński dopełniony fizycznie²⁴. Teoria Szkoły Bolońskiej o przyczynie sprawczej małżeństwa i jego naturze miała od samego początku wielu przeciwników. Najzgorzalszym był Piotr Lombard, który zwalczał ją w *Sententiarum Libri Quattuor* ok. 1150 r., jak i cała Szkoła Paryska (Piotr Damian, Iwo z Chartres, Hugo od św. Wiktora i inni). Stanęli oni na stanowisku, że tylko zgoda decyduje o powstaniu, prawomocności i sakramentalności małżeństwa²⁵.

²⁴ Esmein, Genestal, Dauvillier, *Le mariage en droit canonique*, t. I, Paris 1929, s. 127 i n.

²⁵ J. Dauvillier, *Le mariage dans le droit classique de l'Eglise depuis le Decret de Gretien (1140) jusqu'à la mort de Clement V (1314)*, Paris 1933; F. Salerno, *La definizione del matrimonio canonico nella doctrina giuridica e teologica dei sec. XII-XIII*, Milano 1965; S. Biskupski, *Prawo małżeńskie Kościoła Rzymskokatolickiego. Prawo materialne. Część druga*, Warszawa 1971, s. 170–171.

Obie teorie powiązał ze sobą i pogodził uczeń Szkoły Bolońskiej, Magister Rolandus, późniejszy papież Aleksander III, który stwierdził, że po ważnym wyrażeniu zgody (*post consensus legitimus*) małżeństwo jest prawomocne (*ratum*) i może być rozwiązane, jeżeli nie zostało jeszcze skonsumowane (*dummodo carnalis commixtio non intervenerit*), *ipso iure* przez ślub czystości złożony w zakonie, a w innych wypadkach za dyspensą Stolicy Apostolskiej²⁶.

Uwzględniając doktrynę Kościoła, stanowisko Kodeksu Prawa Kanonicznego z 1917 r. i nauczanie Soboru Watykańskiego II²⁷, kan. 1057 § 1 Kodeksu Prawa Kanonicznego z 1983 r. kontynuuje ideę rzymskiego konsensualizmu²⁸. Powtarzając treść kan. 1081 § 1 KPK z 1917 r. stanowi, że „Małżeństwo stwarza zgoda stron między osobami prawnie do tego zdolnymi, wyrażona zgodnie z prawem, której nie może uzupełnić żadna ludzka władza”.

W. Góralski wyjaśnia, że przepis kan. 1057 § 1 „zwraca uwagę na cztery zasadnicze momenty: 1) małżeństwo powstaje przez zgodę; 2) zgoda może być wyrażona jedynie przez osoby prawnie do tego zdolne; 3) zgoda musi być wyrażona zgodnie z przepisami prawa; 4) zgoda – jako przyczyna sprawcza małżeństwa – nie może być nigdy uzupełniona jakimkolwiek innym aktem prawnym”²⁹.

Współczesne prawo kanoniczne podziela także pogląd wypracowany przez Szkołę Bolońską odnośnie do początkowego charakteru zgody małżeńskiej, utrzymuje bowiem w kan. 1698 § 2 możliwość rozwiązania za dyspensą papieską małżeństwa ważnie zawartego, a nie dopełnionego (*matrimonium ratum et non consummatum*)³⁰.

Reasumując: należy stwierdzić, że Gracjan odwołując się poprzez Ojców Kościoła do rzymskich korzeni w kwestii przyczyny sprawczej małżeństwa wywołał spór między Szkołą Bolońską i Szkołą Paryską, z którego zrodziła się doktryna katolicka o naturze małżeństwa. Z powyższych rozważań wyni-

²⁶ C. 2, q. X, c. III, 32.

²⁷ *Gaudium et spes* 48: „Głęboka wspólnota życia i miłości małżeńskiej, ustanowiona przez Stwórcę i unormowana Jego prawami, zawiązuje się przez przymierze małżeńskie, czyli przez nieodwołalną osobistą zgodę” (*Sobór Watykański Drugi. Konstytucje, dekryty, deklaracje. Tekst łacińsko-polski*, Paris 1967, s. 591). B. Sitek (op.cit., s. 20) słusznie zauważa, że „*consensus* w prawie rzymskim odgrywał inną rolę niż dzisiaj w prawie kanonicznym czy nawet prawie cywilnym. Sama zgoda nupturientów na zawarcie małżeństwa była jedynie elementem konstytutywnym dla małżeństwa, jednak nie miała wpływu na jego trwałość. Ta bowiem zależała od woli trwania stron w tym związku, czyli od *affectio maritalis*”.

²⁸ A. Dębiński, *Kościół i prawo rzymskie*, Lublin 2008, s. 135.

²⁹ W. Góralski, *Kanoniczna zgoda małżeńska*, Gdańsk 1991, s. 17; idem, *Małżeństwo kanoniczne*, Warszawa 2011, s. 43.

³⁰ Can. 1697: *Soli coniuges, vel alteruter, quamvis altero invito, ius habent petendi gratiam dispensationis super matrimonio rato et non consummato*. Can. 1698: § 1. *Una Sedes Apostolica cognoscit de facto inconsummationis matrimonii et de existentia iustae causae ad dispensationem concedendam*. § 2. *Dispensatio vero ab uno Romano Pontifice conceditur*.

ka, że doktryna Kościoła rzymskokatolickiego³¹, tradycja kanoniczna i współczesne prawo kanoniczne, chociaż nie odwołują się wprost do źródeł prawa rzymskiego, asymilują zasady prawa rzymskiego wcześniej uznane przez Ojców Kościoła i Gracjana zarówno co do znaczenia zgody małżeńskiej w procesie konstytuowania się małżeństwa, jak i przedmiotu zgody małżeńskiej. Nie ulega wątpliwości, że to właśnie dzięki Gracjanowi Kościół rzymskokatolicki, mimo uznawania nieodwołalnego charakteru zgody małżeńskiej, znalazł wyjście do wyjątkowego rozwiązania małżeństwa za dyspensą papieską w przypadku *matrimonium ratum et non consummatum*.

Summary

Roman roots of Gratian's position on matter of efficient cause of matrimony

Key words: Gracjan, *matrimonium*, *consensus*, *causa*, *dictum*.

The article explains Gratian's position on matter of efficient cause of matrimony. Sharing Roman's position in the matter Gratian considered marital consent as a efficient cause of matrimony, but he limited its role merely to the beginning of matrimony. At the same time he decided, that fulfilling factor of Christian matrimony, which doesn't let dissolving it, is consumption of marriage by spouses.

The article demonstrates that Roman jurists' opinions was inspiration to medieval discussion between School of Bologna and School of Paris on nature of matrimony and to forming Catholic Church's doctrine on *matrimonium ratum et non consummatum*.

³¹ Należy pamiętać, że kwestia sprawczego charakteru zgody małżeńskiej dotyczy wyłącznie Kościoła rzymskokatolickiego. W prawie Kościoła prawosławnego i prawie wspólnym Katolickich Kościołów Wschodnich nie ma kanonów na temat sprawczej roli zgody małżeńskiej; zob. J. Vernay, B. Draillard, *L'abc des nullités de mariages catholiques*, Bruyères-des-Châtel 2011, s. 38.

Amparo Montañana Casaní
Universitat Jaume I (Hiszpania)

“Postliminium receptum Gallus Aelius in libro significationum, quae ad ius pertinent...”. **Origine storica del postliminium e sua classificazione***

Ecco il testo in questione:

Postliminium receptum Gallus Aelius in libro primo significationum, quae ad ius pertinent, ait esse eum, qui liber, ex qua civitate in aliam civitatem abierat, in eandem civitatem redit eo iure, quod constitutum est de postliminis, item qui servos a nobis in hostium potestatem pervenit, postea ad nos redit in eius potestatem, cuius antea fuit, iure postlimini; equi et muli et navis eadem ratio est postliminium receptionis quae servi. Quae genera rerum ab hostibus ad nos postliminium redeunt, eadem genera rerum a nobis ad hostis redire possunt. Cum populis liberis et cum foederatis et cum regibus postliminium nobis est ita uti cum hostibus.

Sesto Pompeo Festo citò la definizione di postliminio fatta da *Gallus Aelius* nella sua opera *De verborum significatu*. Festo è un grammatico romano del II secolo d.C.¹ che scrisse un dizionario enciclopedico in venti tomi, uno per ogni lettera dell'alfabeto, sulla storia, la società, la religione e la geografia romane; in esso raccolse una copiosa serie di fonti molto antiche che, alla fine della repubblica, consentivano di comparare le istituzioni e le usanze del passato con quelle contemporanee.

* Le ragioni per cui ho scelto questo tema e, in particolare questo testo, risalgono agli inizi della mia vita accademica: diciassette anni fa, infatti, dedimai a questo argomento la mia tesi di dottorato, che studiava gli effetti giuridici della prigionia di guerra. L'interesse che il *postliminium* continua a suscitare nei romanisti è degno di nota: pur essendo un'istituzione di tipo storico e non pratico, a esso sono dedicate numerose pubblicazioni: Hans Kreller nell'articolo *Juristenarbeit am postliminium*, apparso nel numero 69 de la “Zeitschrift der Savigny Stiftung” biasimava, con Bechman, “la cattiva abitudine della scienza di studiare dogmaticamente solo le parti del Diritto Romano che posseggono una rilevanza pratica e di attribuendo il resto alla Storia del Diritto, che ha un approccio di tipo storico ed antichista”. Fra i lavori pubblicati di recente sul tema ricordiamo: M.F. Cursi, *La struttura del postliminium nella Repubblica e nel Principato*, Napoli 1996; M.V. Sanna, *Nuove ricerche in tema di postliminium e redemptio ab hostibus*, Cagliari 2001; A. Santos Justo, *A captivitas e a reversio*, [en:] *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura. Facultad de Dereitto de Universidad Lisboa*, Lisboa 2003; B. Perrián Gómez, *Un estudio sobre la ausencia en Derecho romano: absentia y postliminium*, Granada 2008; M.B. Alvarez, M.A. Suarez, *En torno a captivi: captivitas, postliminium y redemptio ab hostibus*, [en:] *12 Iustel*, Giugno 2009.

L'opera di Festo sembra, a sua volta, un' epitome realizzata nel II sec. d.C. di un'opera dalle caratteristiche simili ossia del *De verborum significatu* di Verrio Flacco, per altro riconoscibile in quanto a struttura e forma testuale.

Verrio Flacco, nato all' epoca di Augusto, faceva riferimento a un testo anteriore ossia al *De verborum quae ad ius civile pertinent significatione libri*, di *Gallus Aelius*, che ad un esame linguistico è databile intorno al 170-150 a.C.²

Troviamo notizie di *C. Aelius Gallus* nell'opera *Iurisprudentia Antehadriana*³, di lui si dice che: *vixit ante Verrium Flaccum, ceterum ignotus, non iuris consultus sed potius grammaticus iuris non ignarus*⁴. Possiamo dunque concludere che la prima definizione del *postlunium* è attribuibile ad *Aelius Gallus* che non era un giurista bensì un grammatico ignorante in materia di Diritto⁵ e che essa è anteriore alla metà del I sec. a.C.⁶

Analizziamo adesso il contenuto di tale definizione. Possiamo dividere il testo in cinque parti che, pur riferendosi tutte al postliminio, sono diverse in quanto ai contenuti.

In primo luogo il testo definisce il significato dell'espressione *postliminium receptum*⁷ riferendola al caso del cittadino libero che ritorna alla città di origine dopo esserne uscito e che può recuperare la cittadinanza in virtù di quanto stabilito dal diritto riguardo al postliminio.

In secondo luogo il testo afferma che lo stesso procedimento si applica al caso dello schiavo caduto nelle mani del nemico e successivamente ritornato in patria: egli ricadrà sotto la potestà cui era in precedenza sottomesso proprio in virtù del diritto al postliminio.

In terzo luogo il testo aggiunge che lo stesso principio applicato al caso degli schiavi valeva per il cavallo, il mulo o la nave.

Aggiunge inoltre che questo tipo di cose che dai nemici ritornano al nostro postliminio possono, viceversa, essere restituiti al nemico dopo essere caduti in mano romana.

Infine, il testo conclude che il postliminio si applica anche con i popoli liberi, con i federati e con le monarchie, così come si fa con i popoli nemici.

¹ Fuentesca situa il grammatico nel 150 d.C. puntualizzando che non era un giurista e che neanche Aelius Gallus lo era – *Geschichte der Quellen des römischen Rechts*, Leipzig – Erlangen 1919, p. 189 e 103. Cfr. P. Fuentesca, *Orígenes y perfiles clásicos del postliminio*, AHDE 1951 (29), 5–49, ed in particolare p. 30 nt. 54.

² M. Hernandez-Tejero, *Aproximación histórica al origen del “ius postliminii”*, “Gerión” 1989 (7), 53–64, in particolare p. 56.

³ F.P. Bremer, *Iurisprudentia Antehadriana I*, Leipzig 1985, p. 245 e ss.

⁴ Sulla relazione fra le opere di Aelius Gallus, Verrio Flacco e Sesto Pompeo Festo, si rimanda al lavoro di F. Bona, *Alla ricerca del “De verborum, quae ad ius civile pertinent, significatione” di C. Elio Gallo*, BIDR 1987 (29) 119–168.

⁵ “*Non ignarus*”, significa letteralmente “ignorante”, si tratta di una litote che traduciamo in senso affermativo.

⁶ Sappiamo che Verrio Flacco fu un grammatico romano vissuto alla fine del I sec. a.C. (50 a.C. – 20 a.C.) e che la sua opera principale fu *De verborum significatu*.

⁷ Consideriamo il termine *receptum* nella sua ampia gamma d'uso: “*receptum arbitrii*”, “*receptum argentarii*” ed altri ancora... Cfr. Heumann-Seckel, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Graz 1971, 11 Auflage, p. 493–494.

Dall'esame del testo si possono trarre le seguenti conclusioni:

I. – Il postliminio è definito come un'istituzione che consente all'uomo libero di fare ritorno alla città da cui si è allontanato.

– Il postliminio sembra essere un diritto degli uomini liberi.

– Il postliminio ha un significato strettamente territoriale, si parla di *uscire da* e di *rientrare in* una città data. *Post-liminium*: oltrepassare un limite, un confine.

– Si ritorna alla città proprio in virtù del diritto al postliminio.

– L'abbandono della città implica delle conseguenze.

– Nella definizione non si fa riferimento alla guerra od ai prigionieri di guerra.

II. – Il testo riferisce del postliminio applicato allo schiavo caduto in mano nemica ed afferma che questi sarà recuperato dall'antico padrone una volta ritornato in patria.

– In questo caso il postliminio è applicato ad una cosa (lo schiavo).

– L'applicazione del postliminio, in questo caso, viene però limitata al solo caso in cui lo schiavo sia caduto nelle mani del nemico.

III. – Lo stesso principio si applica, per analogia, ai cavalli, ai muli ed alle navi.

– Si può dunque concludere che il postliminio si applica anche alle cose, per lo meno agli schiavi, ai cavalli, ai muli ed alle navi (oggetti di uso militare).

– Anche in questo caso l'applicazione del diritto è ristretta ai soli casi in cui le cose in questione siano finite in possesso dei nemici.

IV. – Nel caso di "cose", sembra dunque che il *postliminium* applicasse in modo reciproco fra i romani ed i nemici.

– In questo senso il *postliminium* può essere visto come un'istituzione di tipo internazionale, comune alla relazione fra i popoli; si può dire che esso appartiene all'ambito dello *Ius gentium*, tenendo conto però che ci si riferisce ai nemici e dunque ai soli casi di guerra fra popoli.

V. – Nell'ultimo paragrafo il testo enumera i popoli in relazione ai quali si applica tale diritto: la lista inizia con i popoli liberi, prosegue poi con i federati, con le monarchie e comprende "ita uti" i popoli nemici.

– Attenendoci ancora allo stesso criterio, il *postliminium* può essere inteso come un'istituzione del Diritto pubblico internazionale.

– In quest'ottica, esso regola le relazioni con gli altri popoli.

– Riferendoci, poi, alla classificazione che il testo fa di questi popoli, avremo popoli liberi, popoli federati, regni e popoli nemici.

Una volta esaminato il testo in ogni sua parte, per analizzarlo approfonditamente sono necessarie due precisazioni. Prima di tutto, ricordiamo che esso non è opera di un

giurista bensì di un grammatico e che non è un testo giuridico⁸. Da una semplice lettura, appare inoltre chiaro che il testo si prefigge semplicemente di definire e classificare l'argomento⁹.

Cominceremo esponendo le conclusioni cui è giunta la dottrina:

Sertorio, nel suo libro *La prigionia di guerra e il diritto di postliminio* (1915)¹⁰, compara il testo di *Aelius Gallus* con altri testi di Pomponio e di Proculo¹¹ nei quali comparirebbero concezioni ben distinte di *postliminio in bello, in pace, cum hostibus y cum foederatis*.

Riguardo a tale questione, Sertorio fa sua la tesi di Mommsen¹² che aveva spiegato la contraddizione fra i testi citati ricorrendo ad un' interpretazione di tipo cronologico. Per Mommsen il testo di *Aelius Gallus* rispecchierebbe lo stato dell'istituzione in epoca augustea, momento in cui le relazioni di Roma con gli altri popoli si risolvevano come relazioni fra città autonome ed indipendenti. In questa ottica si spiegherebbe la classificazione fatta dal testo di *postliminio cum populis liberis, cum foederatis, cum regibus, cum hostibus*. Il cittadino che abbandonava Roma perdeva il suo Diritto e lo recuperava al momento del ritorno in città. Proculo invece rispecchierebbe la realtà storica dell'epoca di Claudio, quando le città si videro private della loro indipendenza e subordinate all'Impero; in questo momento il *postliminio cum foederatis* era innecesario perché, abbandonando Roma non si perdeva il diritto di cittadinanza.

Sertorio ritiene affidabile la classificazione di *Aelius Gallus*, incluso il suo riferimento al *postliminio cum populis liberis et cum populis foederatis*, ed afferma che questo si applicava a quei casi in cui il cittadino romano, volontariamente o no, aveva

⁸ B. Períñan Gómez, op.cit., p. 126, nt. 25. L'autore raccoglie le diverse tesi con cui la dottrina risolve la questione se *Aelius Gallus* fosse un giurista o un grammatico. A. D'Ors, *Postliminium in pace*, "Revista de la Facultad de Derecho de Madrid" 1942, p. 204, nt. 11, ritiene che non si trattava di un giurista, bensì di un grammatico. F. Schulz, *History of Roman Legal Science*, Oxford 1953, p. 283, nt. 8 e A. Maffi, *Ricerche sul postliminium*, Milano 1992, p. 20, invece, lo considerano un giurista ed aggiungono che, al di fuori del Digesto, si tratta dell'unico testo giuridico d'epoca repubblicana che tratti il tema del postliminio; affermano, però, che ai fini dello studio dell'istituzione il testo non ha eccessiva importanza. M.F. Cursi, op.cit., p. 14, nt. 2, invece, pur non pronunciandosi chiaramente, riconosce il grande valore del testo e cita le opinioni di Bretone, Martini e Falcone che consideravano *Aelius Gallus* un "grammatico-giurista". Da parte mia, ricordo che il riferimento al nostro, che troviamo nella "*Iurisprudentia Antehadriana*", recita: "*non iuris consultus sed potius grammaticus iuris non ignarus*".

⁹ All'inizio del testo troviamo una definizione del postliminio che distingue fra il postliminio applicato alle cose ed alle persone ed il postliminio come istituzione applicabile ai popoli liberi, federati alle monarchie ed ai popoli nemici. Come ha giustamente sottolineato F. Cuena, *Sistema jurídico y Derecho Romano*, Santander 1998, p. 92 nt. 291, il testo aspira principalmente a classificare la materia ed è un'opera di carattere antiquario più che giuridico. Preciso, a tale scopo, che i giuristi di età repubblicana non si occupano di definizioni o classificazioni e dunque non credo che il testo sia opera di un giurista.

¹⁰ L. Sertorio, "*La prigionia di guerra e il diritto di postliminio*" (Roma 1971) p. 17 ss. L'opera è una riedizione di quella pubblicata a Torino nel 1915.

¹¹ D. 49.15.5.pr. 1 y 2; D. 49.15.7.pr.

¹² T. Mommsen, *Römisches Staatsrecht*, Leipzig 1887, vol. III, p. 656 nt. 1 e p. 831. cit. da L. Sertorio, op. cit., p. 18, nt. 3.

¹³ H. Levy-Bruhl, *Quelques problèmes du très ancien Droit Romain*, Paris 1934, p. 35.

¹⁴ F. de Visscher, *Aperçus sur les origenes du postliminium*, "Festschrift Paul Koschaker" 1939, vol. I, 367-385, in particolare p. 371 e 372.

acquisito la cittadinanza di un altro popolo entrando a far parte di una comunità diversa. Al momento del ritorno a Roma, in virtù del diritto al postliminio, la cittadinanza poteva essere recuperata e si evitavano gli inconvenienti dell'antica concezione romana del diritto di cittadinanza.

Levy-Bruhl, in *Quelques problèmes du très ancien Droit Romain* (1934)¹³, menziona il testo nel capitolo *La condition du Romain à l'étranger* e fa riferimento ad uno stadio molto primitivo delle relazioni fra popoli, dove il postliminio era necessario fra città libere e federate poiché non erano garantiti i diritti del romano al di fuori del territorio di pertinenza. Aggiunge poi che la situazione mutò agli inizi del Principato, com'è testimoniato dal testo di Proculo, citato nel Digesto 49.15.7.pr. Secondo l'autore, il testo di *Aelius Gallus* rispecchierebbe i contenuti del diritto al postliminio della sua epoca, mentre in seguito il postliminio fra popoli liberi e federati diventava innecessario ed era mantenuto solo con i popoli nemici.

De Visscher, nell'articolo *Aperçus sur les origines du postliminium* (1939)¹⁴, ritiene invece che il testo di *Aelius Gallus* e la sua definizione del postliminio in senso ampio – come possibilità di poter recuperare con il ritorno in patria la cittadinanza perduta al momento dell'allontanamento – non corrispondano al senso originario dell'istituzione – che per l'autor era limitato al solo caso del *captus ab hostibus* – ma dipendano dalla grande autonomia di cui godono i cittadini della Repubblica in materia di diritto di cittadinanza e libertà di emigrazione. Questo postliminio ampliato, al di fuori della casistica della prigionia di guerra, sarebbe prodotto dall'estensione per analogia dell'antico postliminio del *captus ab hostibus* ai casi di perdita o acquisizione del diritto di cittadinanza non contemplati dall'ipotesi originaria¹⁵.

D'Ors, nell'articolo *Postliminium in pace* (1942)¹⁶, nega al testo di *Aelius Gallus* qualsiasi valore scientifico – perché opera di un grammatico e non di un giurista – e che esso si contrappone al testo di Proculo (D. 49.15.7.pr.). Afferma, poi, che la frase *eo iure quod constitutum est de postliminis* lascia intendere che l'antico postliminio bellico sia stato esteso per analogia anche ad altri casi, e non viceversa.

Gioffredi nell'articolo *Sullo ius postliminii* (1950)¹⁷ riprende le prime linee del testo di *Aelius Gallus*, in cui si fa riferimento alla definizione del termine come un esempio del postliminio primitivo, nel contesto di relazioni internazionali antichissime che non prevedevano la doppia cittadinanza. Per questa ragione, il cittadino che ritornava a Roma doveva poter recuperare la cittadinanza perduta. Lo studioso conclude che solo in uno stadio successivo delle relazioni internazionali l'ambito di applicazione dell'istituzione fosse circoscritto al solo caso del *captus ab hostibus*.

¹³ De Visscher in un'opera successiva, *Droit de capture et postliminium in pace*, RIDA 1956 (6), 197–226, ed in particolare alle p. 222 e ss., sostiene che questo postliminio applicato sia alle situazioni di guerra che ai momenti di non belligeranza troverebbe una ragion d'essere durante l'epoca del Basso Impero, un momento di permanente ostilità fra Roma e gli altri popoli, quando i casi di catture e prigionie si verificavano anche al di fuori dei periodi di guerra vera e propria.

¹⁶ A. D'Ors, *Postliminium in pace*, "Revista de la Facultad de Derecho de Madrid" 1942, p. 218 cit. Rc. J., Santacruz, AHDE 1945 (16), 688–690.

¹⁷ C. Gioffredi, *Sul ius postliminii*, SDHI 1950 (48), 13–58, in particolare p. 17.

Amirante, nella monografia *Captivitas e postliminium* (1950)¹⁸, dedica un'epigrafe al testo di *Aelius Gallus*. Conclude che il testo citato dal grammatico Festo si riferisce ad una concezione originaria del postliminio, visto come istituzione unica, non classificabile secondo diverse tipologie (*cum foederatis, cum hostibus, in pace, in bello*) e che rispetto ai casi di applicazione dell'istituzione, esso non fa alcuna distinzione fra conflitti bellici e relazioni giuridico-internazionali con altri popoli.

Amirante riprenderà lo studio del testo di *Aelius Gallus* nell'articolo *Ancora sulla captivitas ed il postliminium* (1956)¹⁹; questo lavoro fu pubblicato dopo quello della Konrhardt²⁰. Amirante confuta qui la tesi di Fuenteseca e della dottrina spagnola, che avevano sottovalutato la testimonianza di *Aelius Gallus*, ed insiste sull'importanza fondamentale del testo, riconosciuto come la fonte più antica riguardo al postliminio.

Senza altra argomentazione che l'elogio del dettagliato studio filologico dell'autrice tedesca, Amirante ne condivide adesso la tesi dell'applicazione originaria dell'istituzione alle relazioni migratorie con altri popoli, solo in seguito estesa al caso del *miles captus ab hostibus*.

Fuenteseca, nell'articolo *Orígenes y perfiles clásicos del postliminio* (1951)²¹, non attribuisce grande importanza al testo e lo ritiene abbastanza impreciso nei contenuti, in comparazione con i testi giuridici; a questo proposito l'autore cita l'opinione del D'Ors, secondo cui nell'esposizione dei grammatici l'idea del postliminio risulta abbastanza confusa. Rileva perciò il carattere generale o ampio della definizione citata da Festo ed aggiunge che anche se i giuristi si erano negati in precedenza a tali generalizzazioni, durante l'epoca postclassica le opinioni di grammatici e retori invase-ro il corpo del Diritto ed il concetto ampio di postliminio – l'autore si riferisce qui all'esistenza di un postliminio *in pace* – comparve anche nelle fonti giuridiche. Per Fuenteseca il testo di Festo possiede la sola rilevanza aneddotica ed esemplare di come un grammatico percepisca un'istituzione giuridica come il postliminio.

Kreller, nell'articolo *Juristenarbeit am postliminium* (1952)²², sottolinea che il testo fu utilizzato dai giuristi preclassici allo scopo di estendere l'applicazione del postliminio, al di là del diritto di guerra, anche ai casi dei rientro dall'esilio, in contrapposizione all'interpretazione del postliminio fatta da Proculo, contrario all'applicazione di esso al di fuori del diritto di guerra²³.

¹⁸ L. Amirante, *Captivitas e postliminium*, Napoli 1950, p. 9–15.

¹⁹ L. Amirante, *Ancora sulla "captivitas" ed il "postliminium"*, [en:] *Studi in Onore di Pietro de Francisci I*, Milano 1956, 517–544, in particolare p. 520. L'autore ripete la stessa tesi nella voce *postliminium* nel *NNDI* da lui redattata.

²⁰ Come si vedrà in seguito, il lavoro della studiosa tedesca costituisce un riferimento dottrinale ineludibile ai fini della valutazione del testo.

²¹ P. Fuenteseca, *Orígenes y perfiles clásicos del postliminio*, AHDE 1951 (29), 5–49, in particolare p. 30 e ss.

²² H., Kreller, *Juristenarbeit am postliminium*, ZSS 1952 (69), 172–210, in particolare p. 178 e 179.

²³ O. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, Leipzig 1901, p. 115. Soffermandosi sul tema della prigionia di guerra, l'autore evidenzia la contraddizione fra Proculo ed *Aelius Gallus* per quanto riguarda i limiti dell'istituzione.

Kornhardt, nell'articolo *Postliminium in Republikanischer Zeit* (1953)²⁴, ritiene il testo di *Aelius Gallus* fondamentale per spiegare le origini dell'istituzione; attraverso una dettagliata analisi grammaticale di esso, giunge alle seguenti conclusioni:

1) Il testo è innanzitutto interpretato da un punto di vista cronologico. L'autrice ritiene che il testo, nel definire e classificare il postliminium, segua un criterio cronologico che va dal significato più antico dell'istituzione fino alla sua evoluzione successiva. All'inizio il testo non menziona il *postliminium cum hostibus*, come invece fa in seguito. Secondo Kornhardt, ciò implica che originariamente l'istituzione regolava unicamente le relazioni fra i popoli e consentiva il ritorno in patria dei cittadini liberi in tempo di pace; solo successivamente il postliminio riguarderà anche le relazioni con popoli nemici e servirà a regolamentare il ritorno dei prigionieri di guerra. Lo stesso riferimento prima agli uomini liberi, poi agli schiavi e solo in seguito, per analogia, ai cavalli, ai muli ed alle navi è letto dall'autrice in chiave cronologica.

2) In secondo luogo, la Kornhardt rileva che il termine *postliminium*, così come compare nel testo latino, è un antico accusativo di direzione (lativo); questo caso scomparve alla fine del III sec. a.C. conservandosi nei toponimi (*Romam*, *Corinthum ire*) o in locuzioni specifiche (*domum*, *rus ire*), nel caso specifico del testo di Festo viene però ancora utilizzato. L'autrice ne deduce che l'espressione *postliminium receptum* definita da *Aelius Gallus* si consolidò per lo meno nel III a.C. e che nel testo il termine viene utilizzato con un chiaro significato locale.

3) In terzo luogo l'autrice puntualizza che nell'ultima riga il termine non è usato in senso locale ma in un'accezione tipica del postliminio giuridico e che con l'espressione *ita uti cum hostibus* esso viene esteso anche alle relazioni con i nemici e, quindi, al diritto di guerra.

L'importanza attribuita al testo di *Aelius Gallus* da parte di Kornhardt obbligherà tutta la dottrina successiva a pronunciarsi sul valore di esso e sulle stesse conclusioni dell'autrice in merito.

Bona, nello studio *Postliminium in pace* (1955)²⁵, è a conoscenza dello studio della Kornhardt, che viene citato in riferimento al testo di *Aelius Gallus*; ma, a differenza della studiosa tedesca, non attribuisce al testo eccessiva importanza e di esso riporta, in una nota a piè di pagina, solamente la parte iniziale con la definizione del postliminio, considerandolo una testimonianza delle origini dell'istituzione, nel quadro delle relazioni fra i popoli del mondo antico.

Hernandez-Tejero nell'articolo *Aproximación histórica al origen del "ius postliminii"* (1989)²⁶ studia il testo in modo esauriente e ne trae le seguenti conclusioni:

1) L'esposizione dei diversi casi di postliminio citati dal testo va intesa in senso cronologico.

²⁴ H. Kornhardt, *Postliminium in Republikanischer Zeit*, SDHI 1953 (19), 1–37.

²⁵ F. Bona, *Postliminium in pace*, SDHI, 1955, 259–245, in particolare p. 272.

²⁶ M. Hernandez-Tejero, op.cit., p. 56 e ss.

2) Ne consegue che, secondo l'ordine cronologico, il postliminio applicato al *servus* precedette l'applicazione ai cavalli, ai muli ed alle navi²⁷.

3) L'enumerazione di queste casistiche va intesa a mero titolo dimostrativo e non può considerarsi esauriente.

4) Il postliminio applicato al caso del prigioniero di guerra è il risultato di una lunga evoluzione, presumibilmente conclusasi nel III sec. a.C.

5) Il testo di Festo non fa menzione del postliminio applicato al prigioniero di guerra, ciò è sorprendente tenendo conto che, ai tempi dell'autore, era il caso di postliminio applicato con maggior frequenza. Per spiegare questo fatto, dobbiamo innanzitutto chiarire che sembra improbabile che si sia verificata una scomparsa di tale riferimento a causa di un incidente di trasmissione testuale. Altrettanto improbabile risulta pensare che lo stesso Verrio Flacco abbia ommesso proprio il caso di maggior applicazione del diritto al postliminio dei suoi tempi. La spiegazione più plausibile è che l'omissione fosse già presente nel testo di *Aelius Gallus* che, ricordiamo, era vissuto nel II sec. a.C.

6) L'autore conclude che il testo di Festo citò tutti i casi di applicazione del postliminio di cui aveva notizia *Aelius Gallus*, nella prima metà del II secolo a.C., e che fra essi non compariva il postliminio dei prigionieri di guerra. Per rafforzare questa conclusione l'autore cita casi storici di romani, fatti prigionieri dal nemico, cui non era stato concesso il beneficio del postliminio²⁸.

Maffi, nell'opera *Ricerche sul postliminium* (1992)²⁹, si sofferma attentamente sulle conclusioni di Kornhardt, che tanta importanza avevano assunto per la dottrina, per confutarle.

La prima affermazione di Maffi è che non si può spiegare la trascendenza data da Kornhardt al testo di *Aelius Gallus*, come testimonianza unica del postliminio in epoca repubblicana, dal momento che la dottrina giuridica dell'epoca è raccolta nel D. 49.15 ed anch'esso fornisce una testimonianza dell'evoluzione storica del postliminio.

Occorre spiegare poi le discrepanze fra il testo di *Aelius Gallus* e D. 49.15. Per esempio, il Digesto non menziona il postliminio applicato all'emigrante; secondo la Kornhardt l'omissione è dovuta al fatto che all'epoca dei compilatori il postliminio non veniva più applicato a queste casistiche, giacchè i cittadini potevano muoversi liberamente all'interno dei confini dell'impero senza perdere il diritto di cittadinanza. Maffi confuta questa tesi allegando che in D. 49.15 sono citati altri casi di applicazione del postliminio pur essendo ormai obsoleti all'epoca dei compilatori; il caso del postli-

²⁷ Vorrei puntualizzare che solo qualche linea più avanti l'autore sembra affermare il contrario allorchè ipotizza che "a giudicare da come viene menzionato nel testo di Elio Gallo, il postliminio relativo al *servus* potè in seguito essere esteso, per analogia, ai cavalli, ai muli ed alle navi".

²⁸ L'autore cita il caso dei prigionieri di Capua (216 a.C.), quelli della sconfitta di Heraclea (280 a.C.), il caso di Attilio Regolo, quello dei prigionieri di Cannes o del console Hostilio Mancino. Sulla base delle informazioni relative ai casi enumerati, l'autore conclude che in questo momento il postliminio applicato ai prigionieri di guerra deve essere considerato come una questione politica dipendente dal Senato più che l'applicazione automatica di una istituzione giuridica.

²⁹ A. Maffi, *Ricerche sul postliminium*, Milano 1992, p. 18 ss.

minio applicato all'emigrante non è citato dal Digesto perché evidentemente questo tipo di situazione veniva risolta con altri mezzi.

Maffi confuta anche l'interpretazione di Kornhardt del postliminio *cum liberis* come estensione per analogia del postliminio *cum hostibus*; l'autrice tedesca motivava le sue conclusioni riferendosi all'uso della locuzione *ita uti* e puntualizzando che nell'ultimo caso citato dal testo il termine postliminio non viene usato in senso locale ma come riferimento all'istituzione del Diritto al postliminio. Maffi non ritiene, invece, che il testo segua un ordine di esposizione diacronico ma che esso sia piuttosto una rassegna acronica degli ambiti di applicazione del postliminio e ribatte, poi, che nel testo il termine postliminio è usato in un'accezione univoca.

Ancora, Maffi si oppone alla tesi di un'estensione per analogia del postliminio prima al *servus* ed in seguito a *equi et muli*; l'autore, infatti, non vede una ragione plausibile di applicare il postliminio solo al servo e non agli animali. Invece ritiene possibile che l'applicazione al caso delle navi fosse posteriore.

Un altro aspetto contestato da Maffi è l'assimilazione proposta da Kornhardt del primo caso contemplato dal testo – ossia il ritorno alla città di provenienza nel quadro di relazioni internazionali prive di trattati – con il caso dell'esilio, equiparando quest'ultimo agli altri casi di abbandono della città come per esempio l'emigrazione o la fuga. Maffi afferma che in nessun documento databile all'epoca della Lega Latina (338 a.C.) si fa riferimento alcuno al postliminio nei casi di trasferimento da una città all'altra, al contrario, in una situazione di isopoliteia, come quella contemplata dalla Lega latina, in virtù della quale agli emigranti erano riconosciuti *ius commercium*, *ius connubium*, *ius suffragi* e *ius migrandi*, il ricorso al postliminio per recuperare la cittadinanza era innecessario.

L'autore fa notare, inoltre, che Aelius Gallus nel testo non fa alcuna allusione al cambio di cittadinanza: i verbi utilizzati sono *abire* e *redire* e si riferiscono ad azioni apparentemente prive di rilevanza giuridica. L'autore conclude che, nel primo caso contemplato dal testo, si faceva riferimento al romano emigrato e trattenuto all'estero contro la sua volontà o ridotto in schiavitù.

Per finire Maffi contesta anche l'interpretazione cronologica del testo per quanto riguarda il postliminio applicato alle cose ed il *postliminio cum foederatis* e *cum hostibus*. Nel primo caso l'autore afferma di non capire per quale ragione il postliminio sarebbe stato applicato solo ad alcune cose e ad altre no, o perché riguardasse inizialmente il *servus* e solo in seguito gli *equi, muli et navis*.

Riguardo poi ad una originaria applicazione del postliminio solo ai *foederatis* e successivamente ai nemici (*hostes*), Maffi sostiene che nessun popolo abbandona i propri soldati alla mercé della fortuna e che risulta inconcepibile che il diritto al postliminio fosse previsto per il *servus captus ab hostibus* e non per il libero cittadino *captus ab hostibus*.

Cursi, nel *La struttura del postliminium nella Repubblica e nel Principato* (1996)³⁰, prende come punto di partenza l'opera di Aelius Gallus, in quanto prima testimonianza

³⁰ MF. Cursi, op. cit., p. 13 ss.

sull'argomento del postliminio. Afferma che risulta abbastanza difficile arrivare a conclusioni accertate e complete sul funzionamento dell'istituzione in epoca repubblicana partendo dal testo, dal momento che questo tratta l'argomento in modo molto ampio e finisce per generare dubbi irrisolti e questioni non esposte con sufficiente chiarezza. Cursi espone dunque le problematiche sorte dall'analisi del testo, che richiedono chiarimenti:

Primo: il testo stabilisce come ipotesi di applicazione del postliminio il caso del cittadino che ritorna a Roma dopo essersene allontanato.

Secondo: da quanto detto sopra, risulta da spiegare l'assenza di qualsiasi aperto riferimento al postliminio del *captivus*, trattandosi del caso di più frequente applicazione del diritto al postliminio.

Terzo: occorre chiarire perché il caso del ritorno del *servus* e quello delle altre *res quae postliminio redeunt* sono trattati separatamente, quando la *ratio* di ricezione è la stessa in entrambi.

Infine, riguardo ai concetti di *postliminium cum populis liberis et foederatis et cum regibus...*, il testo ne fa una semplice enumerazione senza concretarli ne' tantomeno spiegarli.

Cursi ritiene che il testo contenga più lacune e deficienze di quanto la teoria di Kornhardt possa far credere, perciò lo utilizza come testo base nell'analisi dell'istituzione del postliminio in epoca repubblicana e contemporaneamente tenta di risolvere le questioni sollevate da esso facendo ricorso a fonti complementari.

Giunti a questo punto, che valore diamo noi a questo testo:

Prima questione: si può dare ad esso un valore giuridico-scientifico? Sappiamo che il testo in questione è opera di un grammatico e che compare nell'opera *De verborum quae ad ius civile pertinent significatione libri*, sappiamo anche che lo stesso testo sarà posteriormente incluso dagli autori Verrio Flacco e Festo nelle loro opere *De verborum significatu*, tutti scritti di carattere enciclopedico o di diffusione generale. Pertanto non ritengo che si possa dare al testo un valore giuridico e tantomeno credo che possano intendersi in senso giuridico le altre espressioni contenute nel testo di Festo come, ad esempio, *possessio o parrici quaestores*.

Seconda questione: il testo, fonte non giuridica, cita la definizione e classificazione del termine "*postliminium receptum*". A questo proposito vorrei sottolineare che non spetta ai giuristi romani elaborare le definizioni dei termini giuridici ne' tantomeno classificarli; il giurista romano risolve casi di ordine pratico, così come il Diritto Romano è Diritto del caso concreto e non della definizione o della regola. Il testo analizzato, come ha ben messo in risalto Cuena, risponde ad un'esigenza di classificazione.

Terza questione: al principio del testo il concetto di *postliminium receptum* è illustrato con ben poca esattezza: la definizione aspira ad essere così ampia da non riuscire a mettere a fuoco i confini dell'istituzione giuridica. A prova di quanto detto, ricordiamo le diversissime interpretazioni che di *postliminium receptum* ha fatto la dottrina e le difficoltà con cui si è tentato di stabilirne i limiti formali e temporali. A questo proposito è sufficiente citare Javoleno in D. 50.17.202 quando afferma che

"in materia di Diritto civile qualunque definizione risulta pericolosa perché è difficile che non la si debba cambiare". Una definizione, infatti, implica il rischio di perdere validità qualora pretenda inglobare troppe cose o, viceversa, risulti insufficiente; mi sembra che sia questo il principale difetto della nostra definizione. In concreto, ritengo che essa sia così ampia da insinuare più dubbi di quanti possa risolvere.

Ad ogni modo il testo pretendeva citare un concetto molto ampio di postliminio, forse con un'accezione locativa di post-limen ossia di ritorno alla città, di attraversamento del confine.

Quarta questione: riguardo alla classificazione dei tipi di postliminio, la prima è una enumerazione delle tipologie di oggetti ai quali può applicarsi il diritto di postliminio, per consentire agli antichi proprietari di recuperare le cose che gli erano state sottratte. Questa prima classificazione, dunque, riguarda il postliminio rispetto ai nemici. Nel testo leggiamo che il postliminio si applica allo schiavo, al cavallo, al mulo ed alla nave; ritengo, come afferma Hernandez-Tejero, che questa enumerazione sia puramente dimostrativa e che debba intendersi a mero titolo esemplificativo, non cronologico e neppure con un valore di *numerus clausus*. Si stanno passando in rassegna le attrezzature basiche della guerra, dal momento che ci si riferisce al postliminio applicato al nemico; si può pensare che molte altre cose dovessero rientrare in questa casistica perché, come rileva Maffi, non esiste una *ratio* che applica il postliminio ad un oggetto e non ad un altro.

Quinta questione: riferendosi al caso del postliminio rispetto al nemico, il testo ci indica che l'istituzione veniva applicata in modo reciproco fra Roma e gli altri popoli. Si tratta, dunque, di un' istituzione dello *Ius Gentium*.

Sesta questione: Considerando l'istituzione nel quadro del Diritto Pubblico Internazionale, il testo la classifica a seconda dei soggetti implicati e dal punto di vista delle relazioni di Roma con altri popoli. Avremo così il postliminio *cum populis liberis, cum foederatis, cum regibus et cum hostibus*.

Non mi sembra che a questa enumerazione debba attribuirsi un valore cronologico e neppure un carattere tecnico-giuridico, ciò non toglie che la dottrina abbia discusso riguardo ai limiti ed all'applicazione di ognuna delle tipologie descritte dal testo; non ritengo però che a questo scopo esso apporti più informazione degli altri testi giuridici.

Aelius Gallus seguiva probabilmente una classificazione esistente ai suoi tempi e, come testimonianza, essa ci viene trasmessa da Verrio Flacco e da Festo. Come ben rilevato da Cursi, il testo si limita ad enumerare le diverse tipologie senza però spiegarle né approfondirle.

Per finire, riguardo all'assenza sottolineata dalla dottrina del caso del postliminio applicato al prigioniero di guerra, che seguendo l'ordine logico del discorso doveva essere menzionato prima di fare riferimento al postliminio applicato agli oggetti, o comunque nello stesso paragrafo in cui si trattano le relazioni con il nemico, non credo che il testo non includa il caso. Esso è presente nella definizione amplissima di postliminio fatta dal nostro testo; definizione, come si è visto, così generale da poter inglobare tutti i casi di postliminio applicabili al *cives*.

Per concludere farò mie le parole del collega Perrián Gomez³¹ che, seguendo il parere della scuola spagnola, qualifica il testo come opera non strettamente giuridica, che fornisce un abbozzo del regime del postliminio.

Summary

“Postliminium receptum Gallus Aelius in libro significationum, quae ad ius pertinent...”

Historyczne pochodzenie postliminium i jego klasyfikacja

Słowa kluczowe: postliminium, definicja i klasyfikacje, spuścizna starożytnego Rzymu.

Istotnym celem opracowania było zdefiniowanie pojęcia „postliminium” w innych tekstach niż źródła prawne, ze szczególnym odwołaniem do definicji *postliminium receptum* autorstwa Gallusa Aeliusa, cytowanego przez Sekstusa Pompejusza Festusa w *De verborum significatu*. Autor w krótki, lecz pełny sposób objaśnia przedmiotowe pojęcie i daje podstawy do sklasyfikowania instytucji, pozwalając zrozumieć jej znaczenie i funkcję.

³¹ B. Perrián Gómez, op. cit., p. 47.

Carmen Lázaro Guillamón
Universitat Jaume I (Hispania)

Associazioni di pescatori, uno spazio di identità sociale nella Hispania romana e nella attualità

Come dimostra l'abbondante letteratura¹ queste attività richiedono una completa organizzazione del lavoro. Non sorprende che, come afferma Rostovtzeff² “la principale fonte di prosperità dell'impero era il commercio e il commercio marittimo e inter-provinciale”, anche, “il più importante settore commerciale non è stato il commercio dei beni di lusso, ma lo scambio di beni di consumo: grano, pesce, olio, vino, canapa, lino, lana, legname, metalli e prodotti fabbricati”. Infatti, erano diretti a Roma per mare varietà di pesce di Hispania, e possibilmente, la merce era trasportata in grandi vasche per soddisfare il gusto per le specie rare, questi prodotti erano versati in piscine o acquisite in *vivaria* costruiti vicino a alla città di Roma³. L'importante traffico commerciale conferma l'opinione di Mommsen⁴: “la vicinanza di Italia e le comode ed economiche comunicazioni per mare hanno aperto in questo momento, soprattutto nei centri spagnoli della costa del Mediterraneo, una grande via di collocare i loro

¹ L. Lagóstena Barrios, *La producción de salsas e conservas de pescado en la Hispania romana (II a.C. – VI d.C.)*, Barcelona 2001, p. 215. Afferma J.M. Blázquez, *Estructura económica de la Bética al final de la república romana e a comienzos del imperio (años 72 a.C. – 100)*, “Hispania” 1967 (27), 7–62, p. 81, che l'industria del pesce salato è stato uno dei prodotti iberici la cui esportazione ha goduto di una maggiore accettazione del mondo antico. Inoltre, secondo il parere dell'autore, le salature sono state sviluppate dai popoli anteriori prima dell'arrivo dei Romani, nella stessa ottica, lo stesso autore in *Economía de la Hispania romana republicana (minas, agricultura, ganadería, caza, pesca e salazones)*, “Hispania” 1973 (33), 205–247, p. 245. Allo stesso modo, e come un segno dell'importanza del settore e l'elaborazione di *garum*: M. Ponsich, M. Tarradell, *Garum et industries antiques de salaison dans la Méditerranée Occidentale*, Paris 1965, passim; L. Lagóstena Barrios, op. cit., passim. In riguardo al *garum* prodotto nella zona de Carthago Nova: R. Etienne, *A propos du “garum sociorum”*, “Latomus” 1970 (29), 2, pp. 297–313. Anche la pubblicazione che ha dato origine a questa ricerca: C. Lázaro Guillamón, *Algunas notas sobre la actividad pesquera en la Hispania romana a la luz de una inscripción de Carthago Nova – CIL II, 5929*, [en:] S. Bello Rodríguez (ed.), *El Derecho comercial, de Roma al Derecho moderno*, Zamora Manzano, Las Palmas de Gran Canaria 2007.

² M.I. Rostovtzeff, *Historia social e económica del imperio romano II*, Madrid 1962, p. 32.

³ H.J. Loane, *Industry and commerce of the city of Rome (50 B.C. – 200 A.D.)*, New York 1979, p. 32; L.C. West, *Imperial roman Spain. The objects of trade*, Oxford 1929, p. 36, afferma che, tranne l'olio d'oliva, i prodotti alimentari spagnoli più conosciuti in Italia erano il pesce salato ed il *garum*.

⁴ Th. Mommsen, *El mundo de los césares*, México 1945, p. 93.

prodotti nel primo mercato dell'Universo, ed è probabile che Roma non sia venuta ad avere con qualsiasi paese del mondo un commercio più grande e tagliente come con la Spagna", ancora di più, l'attività commerciale in generale, senza prendere in considerazione la natura delle merci, si pesenta in opinione di García e Bellido⁵ come "uno dei veicoli più attivi nel processo di romanizzazione della Penisola" ciò è la romanizzazione è stata "senza dubbio legata al commercio in tutte le sue forme e circostanze".

Qual è stato il quadro giuridico in cui la pesca si sia sviluppata nella Hispania Romana tenendo conto del continuo processo di romanizzazione del territorio politico e giuridico spagnolo?⁶

Secondo il luogo in cui avviene la pesca, in opinione di Marciano, raccolta al titolo VIII del libro I del Digesto dedicato alla divisione e alla qualità delle cose, soprattutto in D. 1.8.4pr (Marciano 3 Inst.): *Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur piscandi causa, dum tamen ullius et aedificiis et monumentis absteineatur, quia non sunt iuris gentium sicut et mare: idque et divus Pius piscatoribus Formianis et Capenatis rescripsit* – non può essere vietata la pesca nelle acque pubbliche a condizione che il pescatore non viole case di vacanza, edifici o monumenti. Il mare è oggetto di *ius gentium*, come ha sottolineato l'Imperatore Pio in un rescritto indirizzato ai pescatori e Formiani e Capenati. Marciano continua a segnare come cosa comune tutti i fiumi e porti – D. 1.8.4.1 (Marciano 3 Inst.): *Sed flumina paene omnia et portus publica sunt*.

Per quanto riguarda i fiumi dobbiamo fermarci a l'opinione di Gayo in D. 1.8.5pr (Gaio 2 rer. Cott.): *Riparum usus publicus est iure gentium sicut ipsius fluminis. itaque navem ad eas appellere, funes ex arboribus ibi natis religare, retia siccare et ex mare reducere, onus aliquid in his reponere cuilibet liberum est, sicuti per ipsum flumen navigare. sed proprietates illorum est, quorum praediis haerent: qua de causa arbores quoque in his natae eorundem sunt*. In particolare, afferma che ogni attività associata alla pesca nei fiumi è libera già che le barche possono essere legate alle banche dei fiumi e possono anche collegarsi con le funi agli alberi, asciugare le reti e, ovviamente, navigare il fiume. Alla fine si riferisce la natura privata della proprietà di terreni costieri e degli alberi che li sono nati. Nel seguito, il giurista ha detto in riferimento alla pesca in mare – D. 1.8.5.1 (Gaio 2 rer. Cott.): *In mare piscantibus liberum est casam in litore ponere, in qua se recipiant*, ciò è, i pescatori possono costruire sulle rive una capanna per ripararsi.

Justiniano, nelle Istituzioni ed in particolare, nel titolo I del libro II, sulla divisione delle cose afferma che: Inst. 2.1.1: *Et quidem naturali iure communia sunt omnium haec: aer et aqua profluens et mare et per hoc litora maris. nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur, dum tamen villis et monumentis et aedificiis abstineat, quia non sunt iuris gentium, sicut et mare*. Aria, acqua e mare e coste sono cose considerate comuni, solo è possibile vietare l'accesso alle aziende agricole e monumenti in quanto sono suscettibili di proprietà privata. In caso di utilizzazione di queste cose e lo stesso

⁵ A. García e Bellido, *Los "mercatores", "negotiatores" e "publicani" como vehículos de romanización en la España romana preimperial*, "Hispania" 1966 (26), 497–512, p. 497.

⁶ Vid. J.M. Pérez-Prendes, *Curso de Historia del Derecho español*, Madrid 1986, pp. 327.

mare, dispone a Inst. 2.1.5⁷ che sono pubblici, in modo che il pescatore può costruire una capanna sulle rive di un riparo o, ad esempio, asciugare le reti. Per quanto riguarda i fiumi e i porti dobbiamo riparare ad Inst. 2.1.2 dove si prevede che: *autem sunt omnia flumina et portus publicato: ideoque omnibus piscandi est ius commune in fluminibusque portibus*, cioè, tutti possono pescare liberamente nei fiumi e nei porti perchè sono cose pubbliche. In caso di utilizzazione delle banche e del fiume si prevede in Inst. 2.1.4⁸, che oltre alla libera navigazione, è possibile liberare il molo e le corde per legare gli alberi confinanti, però, le terre costiere e gli alberi che si trovano in questi predi sono di proprietà privata.

Con fondamento nella libertà di fiumi e mari, sembra possibile vietare la pesca nel mare sotto la direzione di D. 47.10.13.7⁹, che si trova nella sezione dedicata alle *iniuria* ed ai libelli diffamatori. Ma nel testo, Ulpiano, seguendo le opinioni di Pomponio, proporre l'esercizio di una *iniuriarum actio* per attuare contro chi divieta la pesca, come nel caso che a qualcuno fosse stato impedito di sedersi o lavarsi in un luogo pubblico, di sedersi in anfiteatro, di guidare un carrello, oppure chiacchierare con altro od usare cosa propria. Di conseguenza, e poiché il mare è libero e anche sono libere le sue rive, non può essere vietato a chiunque di pescare di fronte a proprietà privata, anche se situata sulla costa. Soltanto può vietarsi la pesca nei laghi che sono considerati proprietà privata.

In riguardo alle cose oggetto di pesca, non dobbiamo trascurare il fatto che gli animali oggetto di pesca diventano proprietà di chi fa la cattura, i prodotti della pesca sono *res nullius* sulla base di Inst. 2.1.12¹⁰, dove Giustiniano avverte che *omnia ani-*

⁷ *Litorum quoque usus publicus iuris gentium est, sicut ipsius maris: et ob id quibuslibet liberum est, casam ibi imponere, in qua se recipiant, sicut retia siccare et ex mare deducere. proprietas autem eorum potest intellegi nullius esse, sed eiusdem iuris esse cuius et mare, et quae subiacent mari terra vel harena.*

⁸ *Riparum quoque usus publicus est iuris gentium sicut ipsius fluminis: itaque navem ad eas appellere, funes ex arboribus ibi natis religare, onus aliquid in his reponere cuiuslibet liberum est, sicuti per ipsum flumen navigare, sed proprietas earum illorum est quorum praediis haerent: qua de causa arbores quoque in iisdem natae eorundem sunt.*

⁹ Ulpianus 57 ad ed.: *Si quis me prohibeat in mari piscari vel everriculum (quod graece σαγήνη dicitur) ducere, an iniuriarum iudicio possim eum convenire? sunt qui putent iniuriarum me posse agere: et ita Pomponius et plerique esse huic similem eum, qui in publicum lavare vel in cavea publica sedere vel in quo alio loco agere sedere conversari non patitur, aut si quis re mea uti me non permittat: nam et hic iniuriarum conveniri potest. conductori autem veteres interdictum dederunt, si forte publice hoc conduxit: nam vis ei prohibenda est, quo minus conductione sua fruatur: si quem tamen ante aedes meas vel ante praetorium meum piscari prohibeam, quid dicendum est? me iniuriarum iudicio teneri an non? et quidem mare commune omnium est et litora, sicuti aer, et est saepissime rescriptum non posse quem piscari prohiberi: sed nec aucupari, nisi quod ingredi quis agrum alienum prohiberi potest. usurpatum tamen et hoc est, tametsi nullo iure, ut quis prohiberi possit ante aedes meas vel praetorium meum piscari: quare si quis prohibeatur, adhuc iniuriarum agi potest. in lacu tamen, qui mei domini est, utique piscari aliquem prohibere possum.*

¹⁰ *Ferae igitur bestiae et volucres et pisces, id est omnia animalia quae in terra mari caelo nascuntur, simulatque ab aliquo capta fuerint, iure gentium statim illius esse incipiunt: quod enim ante nullius est id naturali ratione occupanti conceditur. nec interest, feras bestias et volucres utrum in suo fundo quisque capiat, an in alieno: plane qui in alienum fundum ingreditur venandi aut aucupandi gratia, potest a domino, si is providerit, prohiberi, ne ingrediatur. quidquid autem eorum ceperis, eo usque tuum esse intellegitur, donec tua custodia coerceatur: cum vero evaserit custodiam tuam et in naturalem libertatem se receperit, tuum esse desinit et rursus occupantis fit. naturalem autem libertatem recipere intellegitur, cum vel oculos tuos effugerit vel ita sit in conspectu tuo, ut difficilis sit eius persecutio.*

malia quae in terra mari caelo nascuntur sono oggetto di appropriazione per *occupatio* perchè *enim ante nullius est*, senza importare che, ad esempio, gli uccelli o gli animali.

Tuttavia, l'apparente libertà nell'esercizio del diritto di pesca comincia ad essere limitata, a volte con piena giustificazione¹¹, per evitare dei relitti, come illustrato in D. 47.9.10¹², che si trova nel titolo IX del libro XLVII dedicato ai casi di incendio, rovina, naufragio e de l'assalto a navi o imbarcazioni; in particolare, questo testo di Ulpiano prevede un mandato indirizzato ai presidenti delle provincie: i presidenti sono forniti di strumenti adeguati per prevenire che le luci che provoca la pesca di notte non vengano a confondere i marinai e metterli in pericolo. Il dato de a chi va diretta l'ordine di sorveglianza è mostra della importanza della pesca nelle acque provinciali.

Altre limitazioni non sono dovute ad un preciso intento di evitare il pericolo, ma, a dire Rostovtzeff¹³, nel fatto logico che lo stato possa riservarsi alcuni diritti di pesca nel mare, nei laghi – ci permettiamo di ricordare che nei laghi è possibile la proprietà privata perchè può vietarsi la pesca – e fiumi, almeno in alcune parti dell'Impero¹⁴. Infatti, Mommsen¹⁵ afferma che i Romani erano veramente imprenditori per la pesca. Così, non ci dovrebbe sorprendere l'esistenza di concessioni esclusive di pesca come mostra un testo situato nel titolo XIV del libro XLIII sul *interdictum ut in flumine publicare navigare liceat*: D. 43.14.1.7 (Ulpianus 68 ad ed): *Publicano plane, qui lacum vel stagnum conduxit, si piscari prohibeatur, utile interdictum competere Sabinus consentit: et ita Labeo. ergo et si a municipibus conductum habeat, aequissimum erit ob vectigalis favorem interdicto eum tueri.*

Nel testo Ulpiano riflette le opinioni di Sabino e Labeone sulla protezione in via utile attraverso questo interdetto se la pesca è vietata a chi aveva affittato un lago o uno stagno, come se il lago o stagno è affittato dal comune¹⁶.

Infatti, come afferma Castán Perez-Gomez¹⁷, l'amministrazione pubblica romana mostra un interesse fiscale¹⁸ nella pesca esclusiva nei laghi e piscine pubbliche perchè

¹¹ P., de la Rosa Díaz, *Aspectos del intervencionismo estatal en el tráfico comercial durante la época imperial*, [en:] *Estudios de Derecho romano en honor de Álvaro d'Ors II*. Pamplona 1987, 1011–1025, p. 1017.

¹² Ulpianus 1 opin.: *Ne piscatores nocte lumine ostenso fallant navigantes, quasi in portum aliquem delaturi, eoque modo in periculum naves et qui in eis sunt deducant sibi exsecrandam praedam parent, praesidis provinciae religiosa constantia efficiat.*

¹³ M.I. Rostovtzeff, op. cit., pp. 170–171 n. 85.

¹⁴ Ma come afferma P. de la Rosa Díaz, op. cit., p. 1012, sembra che lo intervento pubblico nei primi secoli dell'impero fu quasi trascurabile.

¹⁵ Th. Mommsen, *Sopra una iscrizione scoperta in Frisia*, BIDR 1889 (2), p. 131.

¹⁶ In opinione A. di Mateo, *Manceps, redemptor, publicanus. Contribución al estudio de los contratas públicos en Roma*, Santander 1999, p. 178, Ulpiano fa un'estensione di un'ipotesi di locazione di un lago comunale del interdetto che Labeón e Sabino hanno offerto ad un *publicanus*, veramente è l'adozione di forme procedurali ed extra-procedurali della contrattazione pubblica romana campo della contrattazione pubblica municipale.

¹⁷ S. Castán Pérez-Gómez, *Régimen jurídico de las concesiones administrativas en el Derecho romano*, Madrid 1996, pp. 219.

¹⁸ Juvenal, *Sat.* IV, 46–56, la pubblica amministrazione esercitava diritti di pesca che erano stati attentamente sorvegliati.

possono essere affittate a privati per lo sfruttamento esclusivo di pesca. Fondamentalmente, il testo richiama la nostra attenzione sul fatto che le concessioni di pesca sono limitate ai laghi e agli stagni¹⁹, si deve rilevare ancora – ricordiamo il tenore di D. 47.10.13.7 – che soltanto in laghi può essere vietata la pesca, quindi, non è privo di senso logico che solo nei laghi ed stagni si possa parlare di concessioni esclusive per lo sovrasfruttamento.

Castán Pérez-Gómez sostiene che queste concessioni sono regolate da una *locatio conductio publica*²⁰. Infatti, nell'catalogo dei *publica vectigalia* appare citato il *vectigal piscariarium* – D. 50.16.17.1 (Ulpianus 10 ad ndr): “*publica*” *vectigalia intellegere debemus, ex quibus vectigal fiscus capit: quale est vectigal portus vel venalium rerum, item salinarum et metallorum et piscariarum*. Inoltre, tali diritti di pesca potrebbero essere affittati sia da privati – solitamente gruppi di pescatori liberi – sia da imprenditori²¹ questi con laboratori a contratto.

In questo contesto, la nostra attenzione è rivolta allo studio di una iscrizione di Cartago Nova, che in modo molto sintetico raccoglie quasi completamente le idee generali sopra esposte. Il testo epigrafico è: CIL. II, 5929: C(AIO) LAETILIO M(ARCI) F(ILIO) A(PALO) / II VIR(O) Q(UINQ(UENNALI) / LARES AUGUSTALES ET / MERCURIUM PISCATORES / ET PROPOLAE DE PECUN(IA) SUA / F(ACIENDUM) C(URAUERUNT) I(DEM) Q(UE) P(ROBAUERUNT).

L'iscrizione si riferisce a una associazione di pescatori e commercianti di pesce, che rende omaggio a C. Laetilio²², duunviro quinquennale della città²³, l'epigramma comprende una dedica votiva ai Lares Augustales ed a Mercurio, una circostanza

¹⁹ Sui fiumi, possiamo solo parlare del cosiddetto *ius praeoccupationis* de D. 41.3.45pr. e D. 44.3.7, testi che permettono il riconoscimento del diritto esclusivo di pesca in un dato punto di un fiume a chi esercitava la pesca per anni in quel punto e mentre pesca. S. Castán Pérez-Gómez, op. cit., p. 229, afferma che le fonti non fanno menzione a concessioni di pesca in mare.

²⁰ Come afferma S. Castán Pérez-Gómez, op. cit., pp. 220–221, questo segue da un'iscrizione trovata a Leeuwarden – nella Germania Inferior – raccolta a CIL XIII, 883: *Deade Hludanae conductores piscatus mancip(e) Q(uinto) Valerio Secundo v(otum) s(olverunt) l(ibentes) m(erito)*, in particolare, ci offre testimonianza su come una *societas publicanorum* attraverso il suo *manceps* Valerio Secundus, ha locato un punto di pesca sulla costa della Frisia. Nello stesso senso, Festo, s.v. *Lacus Lucrinus* (Lach, p. 108): parla di una concessione di pesca sul lago attraverso una *locatio-conductio*: *Lacus Lucrinus in vectigalibus publicis primus locantur fruendus ominis boni gratia*. Inoltre, l'organo che ha la responsabilità di tali concessioni sarebbe il censore romano, così S. Castán Pérez-Gómez, op. cit., p. 221, in seguito a Th. Mommsen, *Sopra una iscrizione...*, p. 131, ricordando a Polibio chi ha detto che i fiumi ed i laghi sono stati affittati dai censori romani.

²¹ G.M. Parássoglou, *A Lease of Fishing Rights*, “Aegyptus” 1987 (67.1) 87–93, p. 87; M.I. Rostovtzeff, op. cit., p. 170–171 n. 85, chi ricorda una iscrizione greco-romana a Istrus contenente una causa circa il diritto di pesca di un tempio in contro della rivendicazione di questo diritto fatta dai publicani la cui richiesta è finalmente fiorente.

²² L'iscrizione è raccolta da J. Vives, *Inscripciones latinas de la España romana. Antología de 6800 textos*, Barcelona 1970, p. 167, con il numero 1414 tra iscrizioni onorarie e dei monumenti commemorativi di personaggi famosi, in questo caso C. Laetilio figlio di C. Apalo. L'iscrizione si trova su una colonna di marmo di un tempio a Cartagena, probabilmente dedicato a Mercurio.

²³ Secondo A. Torrent, *Diccionario de Derecho romano*, Madrid 2005, p. 297, s.v. *duoviri de iure dicundo*, sono i giudici supremi locali che hanno competenze generali di governo, amministrative e finanziarie. Ogni cinque anni a questi magistrati era stata affidata la preparazione del censo e lo esame del *album decurionum*, in tali occasioni hanno ricevuto il nome di *duoviri quinquennales*.

abbastanza comune nei *collegia* perché insieme con il culto di un dio protettore è si trova l'idea di una difesa societaria contro le intrusioni dei pescatori privati. Per Santero²⁴ non c'è dubbio che si tratta di un *collegium* di pescatori e commercianti di pesce al dettaglio in Carthago Nova, è un *collegium* di *negotiatores* privati la cui attività si è limitata al commercio provinciale o interprovinciale²⁵. Inoltre, dato che Mercurio è il dio del commercio, appare come patrono dei commercianti e le associazioni di commercianti di ogni genere. Di nuovo afferma Santero²⁶, chi segue il parere del Waltzing, che i *collegia* romani, prescindendo dalla loro dedizione, hanno fornito qualche senso religioso che unisce i suoi membri intorno a una divinità, in questo caso a Mercurio ed ai Lares Augustales. Lo stesso autore afferma che in questo caso è il *collegium in solidum* e non solo il *magister* chi favorisce l'approvazione di erigere un monumento²⁷.

Dell'iscrizione ci interessano principalmente due fattori, il primo: l'associazione di alcuni lavoratori intorno alla attività peschiera, il secondo: la notizia che la lapide rende omaggio ad uno dei duunviri della città.

Per quanto riguarda l'associazione, seguiamo principalmente l'opinione di Mentxaka²⁸, in particolare, nella società romana e tenendo conto delle fonti a nostra disposizione, l'autora afferma che le fonti epigrafiche raccolgono, nel caso di Hispania "la realtà di fatto del fenomeno associativo", e questo è possibile grazie soprattutto all'interpretazione del capitolo 74 della Lex Irnitana, questa legge ci fornisce di preziose informazioni sull'applicazione del diritto romano nelle province iberiche²⁹. In particolare, e per quanto ci interessa, come risulta da questo capitolo 74, nei *municipia* della provincia in cui troviamo *lex municipalis*, erano responsabili per la supervisione e il controllo dei collegia i magistrati provinciali, tuttavia, l'autorizzazione a formare un *collegium* alla fine del primo secolo dC ancora corrispondeva al Senato; in quelle province dove non vi erano *municipia* con proprie leggi municipali, il controllo corrispondeva allo stesso Senato. Nella nostra iscrizione nulla può farci mettere in discussione questa idea.

Tuttavia, se ci fermiamo nel secondo aspetto che ha suscitato il nostro interesse, cioè che l'iscrizione onora il magistrato municipale, potrebbe farci dubitare se l'autorizzazione per la creazione dell'associazione potrebbe corrispondere al duunviro e non al Senato. La risposta dovrebbe essere negativa se si considera che il tributo è dovuto al fatto che molto probabilmente Cayo Laetilio non fosse chi autorizza la costituzione

²⁴ J.M. Santero Saturnino, *Asociaciones populares en Hispania romana*, Sevilla 1978, pp. 39 e 142.

²⁵ Nello stesso senso L.C. West, op. cit., p. 37, questi pescatori non hanno preparato il pesce per l'esportazione commerciale.

²⁶ J.M. Santero Saturnino, op. cit., pp. 48–49; J.P. Waltzing, *Étude historique sur les corporations professionnelles chez les Romains, depuis les origines jusqu'à la chute de l'empire d'Occident*, 4 vols., Bruxelles 1895-1900 (reimpr. Lovaina 1970).

²⁷ J.M. Santero Saturnino, op. cit., p. 59.

²⁸ R. Mentxaka, *El derecho de asociación en Roma a la luz del cap. 74 de la Lex Irnitana*, BIDR 1995–1996 (98–99), 199–218, p. 199.

²⁹ Sullo sviluppo del diritto romano sulle associazioni: ibidem, pp. 202.

della società di pescatori e pescivendoli, ma la sua funzione fu la concessione di uno sfruttamento in questo caso, di attività connesse alla pesca. In effetto, fin dal periodo repubblicano il governo romano messe a concorso i servizi pubblici che non potevano essere sfruttati direttamente³⁰, e come abbiamo detto, la concessione ha preso la forma di una *locatio conductio*, che è particolarmente un contratto tra il *populus Romanus* ed i privati – associazioni, ecc. – ai quali è concessa la sovvenzione la contro il pagamento del corrispondente *vectigal*. Tra le concessioni amministrative generali comprendono, naturalmente, quelle che concedono il diritto di pesca. La nostra iscrizione comprende anche la vendita delle merci soggette a tale tipo di pesca. In particolare, la concessione è fatta dal duunviro Caio Laetilio, poiché, come afferma Mentxaka³¹ “nelle colonie e nei paesi di diritto latino ci incontreremo con magistrati i duunviri, responsabili di fare concessioni amministrative in qualità di rappresentanti del *municipia* [...] i magistrati locali erano i titolari ordinari della *potestas locandi*”³². Nel nostro caso non stupisce che i pescatori e venditori di pesce la inclusione del tributo al magistrato che li ha concesso l’opportunità di sviluppare la propria attività e vendere, cioè, commerciare con i prodotti del loro lavoro esclusivamente.

Non si deve dimenticare a questo punto che Cartagena probabilmente ha avuto il suo *status* coloniale, come ha dichiarato Abascal³³, con Pompeo, intorno al 54 a.C., soprattutto in considerazione del numero dei duunviri quinquennali che ci troviamo. In particolare, il nostro duunviro quinquennale, in opinione di Curchin³⁴ ha esercitato il suo ufficio verso l’anno 5 d.C., lo stesso autore ci informa che due membri della gens Laetilia che troviamo ad un’altra iscrizione di Carthago Nova – CIL II, 3.473: M (ARCI) Laetilia / M (ARCI), L (Iberty) / FAUST [I] – da cui si deduce il loro origine liberto³⁵, questa idea si adatta anche con l’idea di García e Bellido³⁶ che gli eserciti partecipanti nella l’occupazione romana della penisola a partire dalla fine del terzo secolo aC sono stati accompagnati da un gran numero di civili con una capacità economica media-bassa dedicati all’industria e al commercio e anche allo sfruttamento di nuovi territori. Senza che la diversa datazione sia particolarmente rilevante, Abascal³⁷, seguendo la scia delle emissioni di monete di epoca augustea, propone l’anno 12 dC

³⁰ R. Mentxaka, *Algunas consideraciones en torno a las concesiones administrativas e sus garantías: capítulos 63–65 de la Lex Malacitana*, “Mainake” 2001 (23), 71–96, p. 73.

³¹ Ibidem, pp. 76 e 77.

³² N. Mackie, *Local Administration in Roman Spain AD 14–212*, “British Archaeological Reports” 1983 (172), p. 165.

³³ J.M. Abascal, *La fecha de la promoción colonial de Carthago Nova y sus repercusiones edilicias*, “Mastia” 2002 (1), 21–44, p. 34.

³⁴ L.A. Curchin, *The local magistrates of Roman Spain*, Toronto – Buffalo – London 1990, p. 194.

³⁵ Così C. Domergue, *L’exploitation des mines d’argent de Carthago Nova: son impact sur la structure sociale de la cite et sur les dépenses locales à la fin de la République et au début du Haut-Empire*, [en:] *L’origine des richesses dépensées dans la ville antique*, Aix 1985, pp. 200–201, ha detto che erano liberti da Roma arricchiti da concessione miniere e la cui ricchezza è aumentata attraverso la partecipazione al settore della pesca.

³⁶ A. García e Bellido, op. cit., p. 498.

³⁷ In particolare, l’autore prende come riferimento i cataloghi di A. Burnett, M. Amandry, P.P. Ripollés, *Roman Provincial Coinage*, vol. I: *From the death of Caesar to the death of Vitellius (44 BC – AD 69)*, Londres 1998.

come la data in cui il nostro duunviro esercita il suo ufficio, queste monete hanno nell suo diritto la testa nuda di Augusto e sul verso la scritta REX PTOL³⁸ all'interno di una o corona circondata da una altra che si riferisce a C. LAETILIUS APALUS II V Q.

Dobbiamo ancora chiarire una cosa: il posto nel quale si sono sviluppate queste attività di pesca. Se consideriamo le conclusioni che abbiamo raggiunto in precedenza, solo sui laghi sono stati concessi diritti esclusivi di pesca. Nel caso di Carthago Nova troviamo un dubbio iniziale: nella mappa attuale della regione non si sono dei laghi. Invece, l'approccio primario è fuorviante, dal momento che secondo la testimonianza di Polibio (Pol. X, 7, 8) a cui abbiamo accennato all'inizio del nostro lavoro, nella Carthago Nova romana c'era una laguna – questa notizia avviene quando Polibio racconta la presa dalla città da Scipione. Sembra che la città era seduta su una penisola collegata alla terraferma da un istmo di circa 700 metri, dove c'erano anche le alte mura che univano la città alla terra. La città fu anche circondata da alte mura che avevano un perimetro di circa 7 chilometri, come citato da Polibio. All'interno, cinque colline formavano piccoli canali che scaricavano le acque in un lago situato a nord. Al centro è stata una depressione con una zona piana che si trovava ad ovest a sinistra del burrone. In questo modo la città sembrava limitata a nord dalla laguna; a sud dal porto; ad est dalla laguna e l'istmo, e ad ovest da una striscia di terra, collegata alla città da un ponte sopra il canale di accesso a la laguna³⁹. Come Polibio racconta, le acque della laguna versavano con violenza in mare per il canale, lasciando le banche asciutte, questo paso è stato utilizzato da Scipione grazie a che “alcuni pescatori” hanno riferito che il lago era paludoso e quindi praticabile in molti luoghi – solitamente dopo mezzogiorno la marea si ritirava.

Molina Vidal⁴⁰ ci informa che, a seguito di riferimenti cartografici la laguna doveva avere più di due chilometri quadrati di aree inondate e saline adiacenti.

In conclusione, Carthago Nova si trovava su una lunga penisola che divide la baia, al momento di massima espansione, in due parti: la laguna e la baia⁴¹, cioè, essitiva davvero un lago su cui potrebbe essere dato da C. Laetilio una concessione di diritti esclusivi di pesca. L'esistenza della laguna anche la dimostra una relazione conservata nell Archivo General de Simancas, presumibilmente scritta da un ingegnere in difesa dei progetti realizzati da Alejandro de Res e Antonio Montañú per la costruzione del Real Arsenal, in particolare, uno dei suoi paragrafi riferiti al I secolo aC dichiara: *ocupavan sus avitadores la parte más elevada de aquel sitio, falda e ladera de aquellos montes; sígase que si no edificaron en la llanura e terreno que oi vemos fue porque no lo había e que este espacio lo ocupava la mar.*

³⁸ È il re Tolomeo, un collega di C. Laetilio, e probabilmente è stato nominato magistrato onorario della città di Cartagena. M.M. Llorens Forcada, *La ciudad de Carthago Nova...*, pp. 66.

³⁹ C. Conesa García, E. García García, *Las áreas históricas de inundación en Cartagena: Problemas de drenaje e actuaciones*, “Boletín de la Asociación de Geógrafos Españoles” 2003 (35), 79–100, p. 81.

⁴⁰ J. Molina Vidal, *La dinámica comercial romana entre Italia e Hispania Citerior*, Alicante – Madrid 1997, p. 15.

⁴¹ C. Conesa García, E. García García, op. cit., p. 83.

Secondo l'archeologia, la laguna è stato un importante luogo di pesca, nonostante le sue piccole dimensioni, dal momento che hanno trovato tracce di strutture come dighe permanente dove i pesci sono stati catturati. I mulini di pesca più comunemente usati sono state quasi sempre fisse, come sbarramenti e trappole per la cattura di tonni che costano le scogliere di fuori nelle loro migrazione marine.

Gli arabi chiamavano questo lago "El Almarjal" (Al-Maria), e alla fine del XIII secolo e inizi del XIV le condizioni del lago erano già diverse da quelle di S. II AC. Secondo Don Juan Manuel⁴²: "En Cartagena ay una laguna cerca della villa e non ha siempre agua en ella. Mas quando ha e agua están muchas garças e a veces muchos flamenques".

Nel 1860, i piani ufficiali raccoglievano un'area molto più piccola, situata a nord-est della città di Cartagena. In questa laguna e dal XVII secolo ci sono state innumerevoli piani per l'essiccazione, che culminano nel XX secolo, al tempo delle ultime grande estensione urbane a nord della città, in modo che l'essiccazione e l'urbanizzazione della laguna hanno cancellato l'immagine della primitiva penisola di Carthago Nova. Tuttavia, non dobbiamo dimenticare, come afferma Ballester Sabater⁴³, che storicamente, le zone umide sono state una fonte molto importante di prodotti e servizi (terreno fertile, l'acqua di irrigazione, le colture, i minerali, caccia e pesca, trasporti) e come frontiera dello spazio da conquistare, come un territorio soggetto ai processi e forze della natura in contrasto con lo spazio di trasformazione e utilizzo ed anche come scena di controversie tra persone diverse, gruppi umani e settori.

Streszczenie

Stowarzyszenia rybackie, obszar tożsamości społecznej w Hiszpanii w czasach panowania rzymskiego i aktualnie

Słowa kluczowe: starożytny Rzym, rybołówstwo morskie, konstrukcja statków rybackich.

Tekst dotyczy takich zagadnień jak: rybołówstwo, eksploatacja zasobów morskich, rozwój przemysłu stoczniowego, rozwój sieci rybackich, a także końcowy wynik tego łańcucha działalności – dystrybucja produktu przetworzonego, czyli handel rybami i innymi darami morza. Eksploatacja zasobów wód morskich stanowiła jeden z podstawowych obszarów w starożytnym świecie władanym przez Rzym, także w Hiszpanii. Autorka próbuje odpowiedzieć na pytanie, czy ten stan rzeczy utrzymał się tam do dziś.

⁴² Don Juan Manuel, *Libro de la Caza*, ed. de J.M. Castro y Calvo, Barcelona 1945.

⁴³ R. Ballester Sabater (ed.), *Los humedales de la región de Murcia: claves para su interpretación*, Murcia 2003, p. 24.

Marcin Dąbrowski

Katedra Prawa Konstytucyjnego

Wydział Prawa i Administracji UWM

Dialog w starożytnej Grecji jako podstawa współczesnej nauki

Wstęp

Dorobek filozoficzny starożytnej Grecji niewątpliwie stanowi fundament współczesnej szeroko rozumianej kultury europejskiej. Wykształcone wówczas poglądy, trendy, myśli, koncepcje nadal żywo oddziałują na współczesną rzeczywistość społeczną i naukową. Dorobek ów jest nie do przecenienia, gdyż to wówczas stworzono ogólne pojęcie nauki, określono jej działy (Arystoteles dokonał, obowiązującego także współcześnie, podziału nauk na przyrodnicze i społeczne), kategorie oraz główne prawa, jak również sformułowano definicje podstawowych pojęć, tj. demokracja, logika, filozofia, metoda, metodologia, atom¹. To filozofia starożytna zadała zasadnicze pytania, z którymi boryka się nadal współczesna nauka, np. jak powstał Wszechświat, jak jest zbudowany i jak działa, czym różni się człowiek od zwierząt, jak powstało życie, dlaczego i po co istnieje człowiek, jaki jest sens jego istnienia, co się dzieje z człowiekiem po jego śmierci.

W niniejszym artykule skupię się na szczytowym etapie rozwoju greckiej filozofii, tj. na drugim okresie filozofii starożytnej, zwanym również okresem oświecenia, który obejmował schyłek V i wiek IV p.n.e.² To wówczas żyli i tworzyli tacy myśliciele, jak Protagoras, Sokrates, Platon i Arystoteles, przy czym istotny jest fakt, iż Sokrates był mistrzem Platona, ten z kolei nauczycielem Arystotelesa, Protagoras natomiast był sofistą, która to szkoła filozoficzna istniała równolegle do trzech wyżej wymienionych myślicieli, a ci pozostawali w stosunku do niej w zasadniczej opozycji.

Etymologicznie słowo „dialog” (gr. *diálogos*) oznacza spotkanie w wymiarze dyskursu, spotkanie poprzez *logos* (słowo, pojęcie, nauka)³. W niniejszym

¹ Szerzej: J. Bocheński, *Zarys historii filozofii*, Kraków 1993, s. 32.

² W. Tatarkiewicz, *Historia filozofii*, t. I, Warszawa 2003, s. 63.

³ Za: K. Najder-Stefaniak, *Wartość dialogowania w filozofii*, [w:] Z. Wendland (red.), *Filozofia i zagadnienia języka. Zbiór rozpraw*, Warszawa 2007, s. 104.

opracowaniu przyjmuje, iż pojęcie dialogu oznacza wymianę poglądów i pewien spór. W konsekwencji obejmować ono będzie argumentację, krytykę, dialektykę, retorykę i erystykę. Dialog nie jest tutaj metodą poznawczą (poszukiwaniem obiektywnej prawdy i wiedzy), tak jak to miało miejsce u Sokratesa, ale swoistym narzędziem przekazywania wiedzy i poglądów, toczenia sporów i przekonywania. Jest to instrument wymiany twierdzeń, które mają charakter mniej lub bardziej naukowy. Owa argumentacja oznacza spór i przekonywanie, jak również wnioskowanie na podstawie jednego lub więcej punktów wyjścia (czyli roszczeń do prawdy zwanych przesłanką bądź przesłankami) prowadzące do punktu końcowego, czyli wniosku⁴. W tym ujęciu do zaistnienia tak rozumianego dialogu konieczna jest różnica zdań i poglądów, wokół których ów dialog będzie się toczył⁵.

By dialog był możliwy i miał sens, konieczne są wzajemna akceptacja i szacunek interlokutorów, a wyrażają się one w próbie zrozumienia pojęć, którymi posługuje się partner, a w konsekwencji jego pytań, odpowiedzi i wątpliwości⁶. Dialog w swojej istocie ma prowadzić do rozwoju osobowości podmiotów w nim uczestniczących oraz ma na celu rozwój nauki rozumianej jako zbiór usystematyzowanych, prawdziwych bądź prawdopodobnych twierdzeń o rzeczywistości⁷. Skutki dialogu to: pogłębienie wiedzy osób uczestniczących w sporze, wymiana poglądów, czasami zmiana światopoglądu, postrzegania rzeczywistości, filozofii itp. Dialog może również prowadzić do powstania nowych twierdzeń, tez oraz prawd, których wcześniej rozmówcy nie posiadali, a do których doszli podczas toczenia sporu.

Dialog pomiędzy mistrzem i jego uczniem w przypadku filozofów starożytnej Grecji oparty był na następujących relacjach:

- 1) uczeń rozwija poglądy i naukę swojego nauczyciela;
- 2) uczeń neguje (krytykuje) poglądy i naukę swojego nauczyciela;
- 3) uczeń (czasami nauczyciel) wykształca swój nowy światopogląd.

W zakresie różnych szkół filozoficznych reprezentujących odmienne stanowiska dialog zasadniczo sprowadzał się do wzajemnej krytyki i kwestionowania swoich poglądów.

Sofiści

Powszechnie uważa się, iż sofisci wdrożyli i rozwinęli sztukę prowadzenia sporów oraz dysput, czyniąc z niej podstawowy sposób nauczania oraz metodę przekonywania i rozpowszechniania swoich poglądów. W rzeczywisto-

⁴ J. Baggani, P.S. Fosl, *Przybornik filozofa. Kompendium metod i pojęć filozoficznych*, Warszawa 2010, s. 11–12.

⁵ Por. K. Najder-Stefaniak, op. cit., s. 104.

⁶ Ibidem. Wyjątek stanowią tu skrajne formy retoryki oraz erystyka, które nie mają na celu przekazanie prawdy tylko bezwzględne udowodnienie swoich racji.

⁷ Por. S. Dubisz (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego*, t. II, Warszawa 2003, s. 862.

ści twórcą szkoły dialogowej był Zenon z Elei (490–430 p.n.e.)⁸. Był on uczniem Parmenidesa i z dużym zaangażowaniem doskonalił sztukę prowadzenia sporów. Arystoteles uważał go za prekursora dialektyki.

Jednakże niewątpliwie to sofisci doprowadzili sztukę prowadzenia sporów i dialogów do perfekcji. Pierwotnie określenie „sofista” oznaczało mędrca, mistrza, wynalazcę, a pod koniec V w. p.n.e. – zawodowego filozofa, nauczyciela⁹. Sofisci bowiem uczyli młodzież i dorosłych jak mówić i przekonywać, sami będąc niezrównanymi mówcami i retorami. Stanowili oni elitę umysłową Grecji, choć nie stworzyli szkoły filozoficznej¹⁰. Nauczali, że praktycznie wszystkiego można dowiedzieć, jeżeli jest to konieczne i uzasadnione, potrzebne są tylko ważne argumenty i umiejętność skutecznego zbijania kontrargumentów drugiej strony, nawet przy wykorzystaniu środków niemerytorycznych i nieetycznych. Ich celem niekoniecznie musiało być osiągnięcie obiektywnej prawdy, czasami chodziło o wmówienie czegoś adwersarzowi lub przekonanie go do swoich racji¹¹. Przykładowo z powodzeniem wykorzystywali oni ekwiwokację (wieloznaczność) słów bądź też celowo przedłużali swoje wypowiedzi, by nie dać szansy drugiej stronie dyskursu. Często drażnili przeciwników, którzy w gniewie mieli ograniczoną zdolność do zwracania uwagi na argumenty logiczne i prawidłowość rozumowania¹². Jednakże wbrew pozorom i poważnej krytyce, zapoczątkowanej przede wszystkim przez Platona, sofisci przyczynili się w bardzo dużym stopniu do rozwoju filologii, gramatyki, nauki o języku itp.¹³

Sokrates

Niewątpliwym mistrzem dialogu i retoryki starożytnej Grecji był Sokrates (469–399 p.n.e.). Dla niego rozmowa była nie tylko środkiem, instrumentem przekazywania wiedzy i toczenia sporów, ale przede wszystkim metodą poznawczą, za pomocą której starał się odkrywać prawdę i poszukiwać cnoty.

⁸ Podobnie: B. Russell, *Dzieje filozofii Zachodu i jej związki z rzeczywistością polityczno-społeczną od czasów najdawniejszych do dnia dzisiejszego*, Warszawa 2000, s. 123. Szerzej na temat Zenona z Elei: A. Korczak, *Język i presokratycy*, [w:] Z. Wendland (red.), op. cit., s. 15 i n.

⁹ Por.: G.F. Aleksandrow (red.), *Historia filozofii. Filozofia starożytna i średniowieczna*, t. I, Warszawa 1962, s. 131.

¹⁰ W. Tatarkiewicz, op. cit., s. 66–67.

¹¹ Arystoteles w *Sofizmatach* (*De sophisticis elenchis*) szczegółowo obnaża metody retoryczne i erytyczne stosowanych przez współczesnych mu sofistów.

¹² G.F. Aleksandrow (red.), op. cit., s. 141.

¹³ Szerzej: ibidem, s. 139, 140. Współcześnie przyjmuje się, iż najpoważniejsze zarzuty kierowane przeciwko sofistom nieusprawiedliwione są w stosunku do dwóch najznamienitszych przedstawicieli tego nurtu: Protagorasa i Gorgiasza (por. np. B.A.G. Fuller, *Historia filozofii. Filozofia starożytna i średniowieczna*, t. I, Warszawa 1966, s. 109; W. Tatarkiewicz, op. cit., s. 67).

Podobnie jak sofisci był on nauczycielem, jednakże w przeciwieństwie do nich za swoją działalność nie pobierał opłat. Ponadto w odróżnieniu od sofistów Sokrates nie twierdził, że nauczy swoich uczniów prawdy. W ogóle nie nauczał w klasycznym tego słowa znaczeniu, albowiem – jak sam twierdził – nie posiadał wiedzy uniwersalnej, którą mógłby przekazać swoim uczniom¹⁴. Obiecywał, że wraz z uczniami tej prawdy będzie poszukiwać¹⁵. Metoda, którą się posługiwał, polegała na dyskusji intelektualnej, w której wspólnie z uczniem dochodzili do uniwersalnych twierdzeń. Miała ona dwie formy: elenktyczną i maietyczną.

Metoda elenktyczna (gr. *elenktós* – zbijanie, badanie) miała charakter negatywny i przyjmowała postać tzw. ironii sokratejskiej. W pierwszej kolejności filozof poważnie przyjmował twierdzenia przeciwnika i prosił go o rozwinięcie stawianych tez. Następnie za pomocą prostych pytań doprowadzał adwersarza do tego, by ten sam zaprzeczył swoim twierdzeniom. Celem takiego sterowania dyskusją było wykazanie absurdałności tez oponenta oraz zdemaskowanie pozorów jego wiedzy. Sokrates nie pragnął udowodnić każdej swojej tezy, jego działanie miało na celu wzbogacenie mądrości i wiedzy zarówno własnej, jak i interlokutora. Wierzył on w możliwość odkrycia obiektywnej i powszechnej prawdy, co kategorycznie różniło go właśnie od sofistów, którzy byli relatywistami¹⁶.

Metoda maietyczna miała charakter pozytywny i określana była przez samego myśliciela jako sztuka położnicza. Sokrates twierdził bowiem, iż każdy człowiek posiada prawdę obiektywną, którą wystarczy z niego wydobyć. Nauczyciel jak akuszerka winien pomagać w tym uczniowi poprzez umiejętnie zadawanie celnych i trafnych pytań, które nie wymagają żadnej szczególnej wiedzy, tylko rozsądku. W ten sposób ostatecznie sam rozmówca (choć naprowadzony przez nauczyciela) odkrywa wiedzę.

Po odbyciu wielu dyskusji Sokrates uznał, iż choć większość ludzi uchodzących za mądrych wie więcej o rzeczach, o których on nic nie wie, to zarazem jednak wszyscy oni sądzą, że znają się na rzeczach, o których w rzeczywistości nie mają pojęcia¹⁷. Nie przysporzyło to Sokratesowi zwolenników, bowiem za ich pomocą filozof ten wykazywał niewiedzę nawet najtęższych umysłów i ludzi mu współczesnych (nierzadko publicznie)¹⁸, co ich zrażało i wrogo do niego usposabiało.

Sokrates pozostawał w opozycji do sofistów, poddając ich metody i cele nauczania oraz poglądy poważnej krytyce. Zarzucał im, że ich wiedza jest

¹⁴ Za: I. Krońska, *Sokrates*, Warszawa 2001, s. 69.

¹⁵ Za: W. Tatarkiewicz, op. cit., s. 75.

¹⁶ W. Tatarkiewicz, op. cit., s. 76. Podobnie: I. Krońska, op. cit., s. 72.

¹⁷ D. Scott-Kakures, S. Castagnetto, H. Benson, *Wstęp do historii filozofii*, Poznań 1999, s. 23.

¹⁸ C.S. Bartnik, *Historia filozofii. Dzieła*, t. XIV, Lublin 2000, s. 107–108; B.A.G. Fuller, op. cit., s. 115.

tylko pozorna, nie chcą poznać celu i istoty ludzkiego życia, mylą cnotę ze sposobami jej zdobycia, zaś dialog jest dla nich celem, a nie środkiem do osiągnięcia wiedzy. Sofistyka według Sokratesa nie dążyła do poznania, bowiem – co ją całkowicie dyskredytowało – oparta była nie na zasadach prawidłowego myślenia, wnioskowania i argumentowania, tylko na kuglarskich sztuczkach językowych. Sofiści i Sokrates posiadali podobne metody prowadzenia dyskusji, jednakże ich cele różniły się diametralnie. Sofistom chodziło o język, natomiast Sokratesowi o prawdę, wiedzę i cnotę. Sofiści byli zwolennikami demokracji, a filozof jej zagorzałym przeciwnikiem¹⁹. Sokrates odrzucał retorykę²⁰ jako sztukę nie mającą na celu przybliżenie do prawdy, tylko przekonanie o posiadaniu prawdy przez mówcę. Ponadto w ujęciu etycznym Sokrates nie mógł zgodzić się z sofistyczną tezą (głoszoną przede wszystkim przez Protagorasa z Abdery), iż człowiek jest indywidualną miarą wszechrzeczy. Odrzucał tego typu relatywizm i zakładał, iż istnieją obiektywne cnoty i wartości.

Metoda dochodzenia do prawdy metodą pytań i odpowiedzi współcześnie nazywana jest dialektyką. Stosuje się ją z powodzeniem w stosunku do kwestii, co do których mamy dostateczną wiedzę, by dojść do właściwych wniosków, lecz w skutek nieuporządkowania, braku analizy, głębszej refleksji nie byliśmy w stanie wyciągnąć właściwych wniosków²¹.

Platon

Platon (428–348 p.n.e.) był uczniem i kontynuatorem myśli Sokratesa. Ich światopogląd i filozofia były na tyle zbliżone, iż nieraz trudno jednoznacznie stwierdzić, które idee pochodzą od Platona, a które od Sokratesa. Wpływ Sokratesa na poglądy Platona uwidacznia się szczególnie w pierwszym okresie jego twórczości (tzw. sokratejskim)²². W tym okresie Platon kontynuował badania i prace swojego nauczyciela przede wszystkim w zakresie etyki oraz cnoty i zwalczał sofistów, którzy w jego ocenie walnie przyczynili się do skazania na śmierć jego mistrza i nauczyciela. Platonowi przyświecała wówczas myśl, by oczyścić imię Sokratesa, iść jego śladami oraz wynieść jak najwyżej jego poglądy²³.

W drugim i trzecim okresie swojej działalności Platon zaczął tworzyć własne teorie, głównie te dotyczące świata idei, matematyki, logiki. Zmodyfi-

¹⁹ G.F. Aleksandrow (red.), op. cit., s. 158.

²⁰ I. Krońska, op. cit., s. 63.

²¹ B. Russell, op. cit., s. 124.

²² Obecnie wyróżnia się trzy okresy działalności twórczej Platona (1. sokratejski – wczesne dialogi; 2. dialogi średnie i 3. dialogi późne). Odpowiadają one poszczególnym etapom twórczości i rozwoju poglądów Platona. Szerzej: W. Tatarkiewicz, op. cit., s. 86.

²³ B.A.G. Fuller, op. cit., s. 129.

kował sokratejski idealizm etyczny w kierunku idealizmu obiektywnego i opracował naukę o ideach²⁴.

Szczególnym hołdem Platona dla swojego mistrza jest to, iż we wszystkich swoich dialogach umieścił postać Sokratesa, który posługując się klasyczną metodą sokratejską, przedstawia idee i poglądy swojego ucznia. Platon nie traktuje dialektyki jako głównej metody poznawczej, stanowi ona dla niego raczej formę przekazania wiedzy, przekonywania i argumentacji. Rozwinięta przez Platona dialektyka sokratejska jest znacznie dojrzała. „Podczas gdy Sokrates był tylko wirtuozem w operacjach logicznych, Platon był już ich teoretykiem; znał zasadnicze prawa logiki i przygotował systematyczny ich wykład rozwinięty przez Arystotelesa”²⁵. Dialektyka u Platona oznacza umiejętność zadawania pytań i udzielania odpowiedzi w celu rozwinięcia zagadnień filozoficznych, jest sztuką słowa mówionego, stanowi dyskusję o ideach, o tym co piękne, etyczne sprawiedliwe i dobre. Nadanie przez Platona swoim dziełom formy dialogu jest praktycznym zastosowaniem takiej formy dialektyki²⁶.

Podsumowując: Platon, podobnie jak Sokrates, zasadniczo odcinał się od sofistycznej retoryki. Dialog nie był dla niego bezwzględna sztuka przekonywania, lecz sztuką argumentacji i dochodzenia do prawdy. Przykładowo w dialogu *Eutydema* bezwzględnie wyszydza on erystykę sofistów. Natomiast w relacjach uczeń–mistrz należy wskazać dwa etapy rozwoju. Pierwszy, pokrywający się z pierwszym okresem twórczości Platona, związany jest z apoteozą mistrza. Platon kontynuuje myśl filozoficzną swojego nauczyciela i rozwija ją. W drugim etapie, pokrywającym się z drugim i trzecim okresem twórczości, Platon usamodzielnia się, odchodzi od poglądów sokratejskich i tworzy samodzielny, choć niepozbawiony wpływu mistrza, światopogląd i filozofię.

Arystoteles

Arystoteles (384–322 p.n.e.) był najsławniejszym uczniem Platona. Najpierw częściowo przejął jego twierdzenia i kontynuował rozważania, by jeszcze za życia swojego mistrza stworzyć własne koncepcje filozoficzne i poddać krytyce idealizm platoński. Większość głównych jego poglądów to interpretacje bądź krytyka platonizmu²⁷. Arystoteles uważał, wbrew założeniom Platona, iż ludzie nie posiadają ukrytej wiedzy o ideach, lecz cała ich wiedza pochodzi z nauki i doświadczenia. Dla Stagiryty teoria odkrywania owej ukrytej pamięci przez dyskursy dialektyczne była nieprawdziwa. „Podczas

²⁴ G.F. Aleksandrow (red.), op. cit. s. 179.

²⁵ W. Tatarkiewicz, op. cit., s. 97.

²⁶ G.F. Aleksandrow (red.), op. cit., s. 193.

²⁷ J. Bocheński, op. cit., s. 58.

gdy Platon pociąga każdą duszę, zwłaszcza religijną i artystyczną, szaleństwem swoich porywów idealistycznych i pięknem swoich porównań, Arystoteles przemawia tylko do ludzi, którzy za jego przykładem pokochali naukę”²⁸. Arystoteles to filozof twardo stąpający po ziemi, uznający, iż ludzie rodzą się bez żadnej zakodowanej wiedzy, a nabywają ją wraz z kolejnymi doświadczeniami.

W pierwszym okresie (platońskim) swojej działalności badawczej Arystoteles posługiwał się dialogiem jako formą literacką przekazywania swoich poglądów²⁹. Widać tutaj wpływ jego nauczyciela Platona, który z dialogów uczynił zasadniczą metodę prezentacji swojej filozofii. Dialog Stagiryty poprzedzony był wstępem skierowanym do czytelnika, podzielony na role osób reprezentujących różne stanowiska, chociaż dialektyka nie była silnie uwydatniona jako proces falsyfikacji nieprawdziwych twierdzeń i stopniowego odkrywania prawdy w trakcie rozmowy mistrza z uczniem. Dialogi stanowiły po prostu sposób zapisu wyników przemyśleń Arystotelesa³⁰. W późniejszych okresach swojej działalności Stagiryta zaniechał tej formy przekazu swoich poglądów.

W zakresie dowodzenia Arystoteles wykorzystywał logikę oraz dialektykę. Obie te metody wykorzystywane były przez jego poprzedników, jednakże Stagiryta je usystematyzował i rozwinął ich teorie. Dialektyka tego filozofa przebiegała według ściśle określonych reguł, które układały się w sylogizm. Dyskusja stanowiła środek pomocniczy dla argumentacji, umożliwiała ocenę stawianych tez z różnych punktów widzenia. Jednakże w opinii Arystotelesa dialektyka nie wystarczała do zrekonstruowania powszechnych wniosków, dopiero sylogistyka była sztuką dokonywania poprawnych wnioskowań i metodą poprawnego myślenia. Arystoteles stworzył system tzw. teorii sylogizmu.

Podsumowując: Arystoteles krytycznie odniósł się do poglądów swojego mistrza i zasadniczo je negował. Rozwinął z dużym powodzeniem dialektykę jako rodzaj swoistego dochodzenia do prawdy i techniki argumentacyjnej, stanowiło to m.in. kontynuację nauk Sokratesa.

Opisane wyżej relacje zachodzące pomiędzy Sokratesem, Platonem i Arystotelesem są swoistą egzemplifikacją i stanowią pewien modelowy wzorzec relacji uczeń-nauczyciel, który został zaprezentowany w początkowej części niniejszego opracowania. Natomiast stosunek wymienionych filozofów do sofistów obrazuje wzajemne związki poszczególnych szkół filozoficznych, które propagowały odmienne poglądy i pozostawały ze sobą w opozycji. W konsekwencji szkoły te były w nieustannym sporze, krytykowały oraz starały się podważyć i zanegować poglądy innych.

²⁸ Ibidem, s. 59.

²⁹ Do dnia dzisiejszego nie przetrwały żadne dialogi Arystotelesa. O ich istnieniu pisał Ciceron. Por. A. Głodowska, *Starożytna teoria Platońskiego dialogu*, [w:] W. Wróblewski (red.), *W kręgu Platona i jego dialogów*, Toruń 2005, s. 14.

³⁰ Cyt. za: ibidem, s. 15.

Nauka współczesna

W pierwszej kolejności należy stwierdzić, iż współczesne stosunki pomiędzy mistrzami i uczniami oraz poszczególnymi szkołami ferującymi określone poglądy przybierają podobną formę, jak to miało miejsce w starożytnej Grecji. Przez uczniów należy rozumieć osoby, które rozpoczynają swoją działalność naukową lub w istotny sposób zmieniają swoje poglądy, natomiast mistrzowie to autorytety mające już ustalone i ukształtowane poglądy.

Relacje pomiędzy nauczycielem (autorytetem) i uczniem mogą przybrać następujące formy:

- 1) uczeń przyjmuje poglądy mistrza (autorytetu) i następnie je rozwija;
- 2) uczeń neguje (krytykuje) poglądy i naukę swojego nauczyciela i jego światopogląd stanowi zespół krytycznych twierdzeń wobec poglądów autorytetu;
- 3) uczeń (czasami nauczyciel) wykształca swój nowy światopogląd.

W zakresie szkół prezentujących odmienne poglądy dialog zasadniczo sprowadza się do wzajemnej krytyki i podważania argumentacji drugiej strony.

W ocenie autora niniejszego opracowania wskazane relacje są głównymi mechanizmami napędzającymi postęp, to zasadnicze filary rozwoju współczesnej nauki. Dwie pierwsze relacje wydają się mieć szczególne znaczenie dla nauk społecznych, których metody badawcze rzadko mogą być oparte na doświadczeniu.

Pierwszą relację świetnie ilustruje związek współczesnej polskiej nauki prawa (w szczególności konstytucyjnego) z poglądami, które zostały ukształtowane w dwudziestoleciu międzywojennym. Przykładowo twórcy tzw. Małej Konstytucji z 1992 r.³¹ nawiązywali do Konstytucji z dnia 23 kwietnia 1935 r., która wprowadzała system autorytarny o bardzo silnej pozycji ustrojowej głowy państwa, system, w którym suwerenem było państwo. Mała Konstytucja przeniosła przede wszystkim koncepcję silnej prezydentury z równoczesnym osłabieniem pozycji parlamentu oraz rady ministrów wobec głowy państwa. Przejęła ona wiele instytucji z treści Konstytucji kwietniowej, np. instytucję prerogatywy, tj. samodzielnego podpisywania aktów urzędowych przez głowę państwa z pominięciem obowiązku uzyskania kontrasygnaty. Podobnie rzecz się miała z treścią obecnie obowiązującej Konstytucji z dnia 2 kwietnia 1997 r.³² Silnie nawiązuje ona do filozofii pierwszej międzywojennej ustawy zasadniczej, tj. Konstytucji z dnia 21 marca 1921 r. Wprowadziła ona m.in. system parlamentarno-gabinetowy i znacznie osłabiła pozycję ustrojową prezydenta. Znamienny jest fakt, iż ustrojodawca i przedstawiciele nauki prawa konstytucyjnego odcinają się od poglądów ukształtowanych po

³¹ Ustawa konstytucyjna z dnia 17 października 1992 r. o wzajemnych stosunkach pomiędzy władzą wykonawczą i ustawodawczą Rzeczypospolitej Polskiej oraz o samorządzie terytorialnym (Dz.U. z 1995 r., nr 84, poz. 426 ze zm.).

³² Dz.U. nr 78, poz. 483 ze zm.

II wojnie światowej³³. Zasadniczo sformułowane wówczas twierdzenia i koncepcje poddawane są obecnie poważnej krytyce. Przykładowo obecnie bardzo negatywnie ocenia się brak skutecznych środków ochrony przepisów ustawy zasadniczej oraz wszystkie niedemokratyczne rozwiązania Konstytucji z 1952 r., w szczególności brak wystarczającej ochrony jednostki.

W tym miejscu pojawia się pytanie: jak daleko osoba rozpoczynająca działalność naukową może posunąć się w krytyce istniejących i utrwalonych poglądów bądź poglądów swojego nauczyciela? Odpowiedź stanowi wypadkowa kilku przesłanek. Niezbędnym i koniecznym warunkiem jest dogłębna znajomość kwestionowanych poglądów i związanej z nimi argumentacją. Kolejną konieczną przesłanką jest przekonanie krytyka o niewłaściwości, niepoprawności istniejących w nauce poglądów. Istotną okolicznością jest także argumentacja przemawiająca za słusznością i poprawnością twierdzeń krytyka. Dowody muszą być szczególnie ważne w przypadku krytyki utrwalonych poglądów, które wcześniej nie były kwestionowane. Ostatnią okolicznością jest odwaga krytyka, który ze swoimi tezami musi wystąpić przeciwko utrwalonym autorytetom i nie boi się popełnić błędu. Niewątpliwie tą cechą charakteryzowali się wszyscy starożytni filozofowie. Równie ważnym, choć nie bezwzględnie koniecznym atutem jest już ukształtowana pozycja w środowisku naukowym. Daje to krytykowi możliwość występowania z pozycji względnego autorytetu. Innym dodatkowym i równocześnie niekoniecznym atutem jest wsparcie argumentacji i jej poprawności przez uznany autorytet naukowy w danej dziedzinie.

Współczesny dialektyczny dyskurs naukowy

Dorobek greckich filozofów, w szczególności Arystotelesa, w zakresie technik argumentacyjnych i ich poprawności jest nie do przecenienia. Zasadniczym celem nauki jest formułowanie twierdzeń o rzeczywistości, które są prawdziwe lub prawdopodobne. W świetle powyższego techniki erystyczne lub retoryczno-erystyczne są nieprzydatnym środkiem argumentacyjnym, bowiem nie są one oparte na logice formalnej, tylko na środkach o charakterze niemerytorycznym, przede wszystkim socjotechnicznym. Posługiwanie się nimi nie ma na celu odkrycia uniwersalnej prawdy, lecz sofistyczne przekonanie do stawianych tez³⁴. Znajdują one natomiast doskonałe zastosowanie

³³ Konstytucja Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej z 22 lipca 1952 r. (tekst jedn.: Dz.U. z 1976 r., nr 7, poz. 36 ze zm.).

³⁴ Wadliwość tego rozwiązania przejawia się tym, iż nawet wstępnie przekonany interlokutor po pewnym czasie rozważy tezy, twierdzenia i argumenty oponenta, uzna, iż są one wadliwe i ostatecznie dojdzie do wniosku, że został oszukany. W konsekwencji odrzuci to, do czego pierwotnie został przekonany.

w nienaukowych sferach życia społecznego, tj. polityce, publicystyce, czyli tam, gdzie pierwszoplanowe znaczenie ma nie ustalenie obiektywnych twierdzeń, tylko skuteczność przekonywania.

Logika Arystotelesa oparta na indukcji i dedukcji oraz cała jego sylogistyka służą natomiast poprawnemu, skutecznemu argumentowaniu naukowemu. Szczególne znaczenie mają one w sferze nauk humanistycznych, gdzie wyniki badań naukowych nie mogą być potwierdzone doświadczeniem o charakterze empirycznym. Niebagatelną rolę w tym przedmiocie odgrywa fakt, że podstawy logiki i dialektyki stworzył Sokrates, rozwinął Platon, a usystematyzował Arystoteles, który stworzył pełny, samodzielny system logiki formalnej i uczynił z niej odrębną dyscyplinę.

Logika jest nauką badającą poprawność wnioskowań, umożliwia formułowanie poprawnych sądów i odróżnianie twierdzeń prawdziwych od nieprawdziwych, jak też definiowanie jednych pojęć za pomocą innych. Sokrates, Platon, a przede wszystkim Arystoteles traktowali logikę jako sposób prowadzenia sporów (w szczególności z sofistami) i metodę odkrywania prawdy. Stanowiła ona dla nich narzędzie umożliwiający formułowanie poprawnych wniosków, czyli element odkrywania wiedzy naukowej. Obecnie logika pełni identyczne funkcje – jest narzędziem i metodą argumentacji, niezbędnym instrumentem badań naukowych.

Dialektyka w sądach

Dialektyka rozumiana jako forma toczenia sformalizowanego sporu merytorycznego (ścierania się przeciwieństw) ma również bardzo istotne znaczenie praktyczne. Występuje obecnie m.in. w procesach sądowych, w których spory toczne są w oparciu o zasadę kontradiktoryjności. To taki typ postępowań, w których występują dwie strony posiadające sprzeczne (sporne) interesy. Zasada ta sprawdza się w postępowaniu cywilnym, gospodarczym, w postępowaniu toczącym się przed Trybunałem Konstytucyjnym, przed sądami pracy i częściowo przed sądami rodzinnymi. W sporach kontradiktoryjnych argumenty i dowody przedstawiają co do zasady strony, zaś sąd przyjmuje bierną postawę i ogranicza swoją działalność do ważenia argumentów. To strony zobowiązane są do prezentacji, uzasadnienia i udowodnienia swojego stanowiska. Starają się jednocześnie osłabić argumentację przeciwnika. Rola sądu jako arbitra sprowadza się do czuwania, by strony procesu nie naruszały rządzących nim reguł i ostatecznie rozstrzyga, która strona przedstawiła bardziej ważne argumenty. Elementem sofistycznym procesu kontradiktoryjnego jest okoliczność, iż może się tak zdarzyć, iż strona, która merytorycznie i obiektywnie nie ma racji, wygra sprawę, jeżeli jej tezy, twierdzenia oraz dowody będą bardziej przekonujące i będzie ona potrafiła

skutecznie osłabiać argumenty adwersarza (kontrargumentować). W tego typu postępowaniach kluczowe znaczenie ma tzw. prawda procesowa (formalna), tj. prawda przedstawiona przez strony. Jednakże prawda procesowa nie jest prawdą w ujęciu erystycznym, albowiem zasady argumentowania i dowodzenia są bardzo precyzyjnie określone przez przepisy prawne oraz zasady dokonywania wykładni prawa. Strony nie mogą posługiwać się klasycznymi technikami erystycznymi i sofistycznymi, które nie dotyczą meritum sporu. Reguły procesowe, zawarte przede wszystkim w kodeksie postępowania cywilnego³⁵, ściśle definiują zasady dowodzenia i uniemożliwiają stosowania tego typu metod bądź redukują ich znaczenie i zasadność wykorzystywania.

Summary

The discussion in ancient Greece as a base of modern science

Key words: Aristotle, court, discussion, dispute, law, logic, Plato, philosopher, philosophy, relationship, research method, science, Socrates.

Author describes relations between ancient philosophy and contemporary science also indicates that antique thinkers created grounds for modern knowledge. Their discussions and disputes effected in spreading opinions, views and creation of new ideas. The discussion between a master (teacher) and his student based on three possible relations: 1) the student developed his master's ideas and philosophy; 2) the student criticized his master's ideas and philosophy; 3) the student (sometimes also the master) created new ideas and views. Hereinafter of the thesis the author presents examples of indicated above relationships which took place in ancient Greece.

In the second part of the essay it is alleged that contemporary correlations in modern science are the same as ancient relationships between masters and students. The author claims that these relations are the most important instrument of a progress of knowledge. Connections between Polish Constitutions established in the XXth century are settled as examples of this. Research methods developed e.g. by Plato or Aristotle are still useful in modern science. An ancient logic is still a very important instrument for researchers dealing with law issues. It is a tool which allows to form proper, scientific conclusions.

³⁵ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. nr 43, poz. 296 ze zm.).

Igor Palúš

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika
v Košiciach (Słowacja)

Obecné zastupiteľstvo v systéme miestnej samosprávy

Ústava Slovenskej republiky v čl. 69 ods. 1 a zák. č. 369/1990 Zb. o obecnom zriadení v znení neskorších predpisov (ďalej zákon o obecnom zriadení) zakotvujú, že orgánmi obce sú obecné zastupiteľstvo a starosta obce. Tieto orgány predstavujú dominantnú formu výkonu samosprávy obce, ktorú dopĺňajú v zmysle čl. 67 ods. 1 ústavy ešte miestne referendum a zhromaždenie obyvateľov obce¹.

1. Ústavné vymedzenie obecného zastupiteľstva

Význam obecného zastupiteľstva v systéme verejnej správy všeobecne a územnej samosprávy zvlášť zvyrazňuje aj fakt, že jeho východiskovú pozíciu upravuje priamo Ústava Slovenskej republiky. Z obsahu ustanovení čl. 69 ods. 1 a 2 vyplýva, že obecné zastupiteľstvo je:

- a) jedným z orgánov obce (spolu so starostom obce),
- b) zastupiteľským orgánom obce,
- c) základom verejnej moci v rámci obce.

a) Ústava charakterizuje obecné zastupiteľstvo spolu so starostom obce ako orgány obce, prostredníctvom ktorých sa (hlavne) uskutočňuje samospráva obce. Obidva spomínané orgány obce ústava poníma ako prejav moci konštituovanej v miestnych podmienkach, t.j. ako orgány obecnej samosprávy (v širšom zmysle orgány verejnej moci), ktoré si volia obyvatelia obcí a cez činnosť ktorých sa stávajú vykonávateľmi

¹ Súčasná legislatíva nie je vo vzťahu k ďalším orgánom pôsobiacim na úrovni obce dostatočne precízna (viď § 10 ods. 2 zákona o obecnom zriadení). Predovšetkým nie je zreteľné, či ide o orgány obecného zastupiteľstva alebo orgány obce? Všetky sú zriaďované (kreované) obecným zastupiteľstvom, máme však za to, že je rozdiel medzi orgánmi, ktoré sú zložené z členov obecného zastupiteľstva (obecná rada), resp. z členov obecného zastupiteľstva a iných obyvateľov obce (komisie) a medzi ďalšími orgánmi obce (hlavný kontrolór, obecný úrad, obecná polícia). Ak ústava a zákon o obecnom zriadení považujú za orgány obce – obecné zastupiteľstvo a starostu obce, potom ďalšie orgány pôsobiace v obci by mali mať pomenovanie – orgány obecného zastupiteľstva, alebo iné orgány obce.

verejnej moci (v danom prípade miestnej samosprávy) v obci. Z hľadiska naznačeného ponímania nie je dôležité, že obecné zastupiteľstvo je zastupiteľský orgán obce a starosta predstavuje výkonný orgán obce.

Pozíciu obecného zastupiteľstva ako orgánu obce je nutné spájať s ústavným vymedzením pojmu obec, v zmysle ktorého je obec „samosprávnym a správnym celkom Slovenskej republiky združujúcim osoby, ktoré majú na jej území trvalý pobyt“ (čl. 64a ústavy). Uvedené ústavné vymedzenie možno chápať v dvojakom zmysle. Po prvé obec organicky začleňuje do rámca štátu, z čoho vyplýva, že obec je súčasťou celku z hľadiska svojho územia, obyvateľstva i teritoriálnej štruktúry. Následne možno vydedukovať, že obecné zastupiteľstvo sa svojou činnosťou nesmie dostať do rozporu s cieľmi štátu vo vzťahu k územiu Slovenskej republiky, vo vzťahu k obyvateľom tejto republiky, ani vo vzťahu k teritoriálnej štruktúre štátu. Na druhej strane (t. j. druhý aspekt ústavného vymedzenia moci) musí činnosť obecného zastupiteľstva smerovať k obsahovému naplneniu samosprávy obce, ako aj k naplneniu samostatnosti obce ako správneho celku – to všetko pri zohľadnení záujmov a potrieb obyvateľov žijúcich v obci.

b) Obecné zastupiteľstvo je zastupiteľský orgán obce pozostávajúci z poslancov (ústava neurčuje počet poslancov obecného zastupiteľstva ani rozpätím najnižšieho a najvyššieho možného stavu), ktorých obyvatelia obce volia na 4 roky vo všeobecných, priamych a rovných voľbách tajným hlasovaním. Ide o formu zastupiteľskej demokracie v miestnych podmienkach, ktorú charakterizuje okrem inštitútu volieb ako jediného spôsobu kreovania (vzniku) obecného zastupiteľstva aj princíp reprezentatívneho mandátu, na základe ktorého poslanci obecného zastupiteľstva vykonávajú svoj mandát.

c) Obecné zastupiteľstvo predstavuje v miestnych podmienkach akýsi „miestny parlament“ a to nielen z pohľadu svojho zloženia (kolektívny orgán), tvorby – kreovania (voľby) a výkonu poslaneckého mandátu (reprezentatívny mandát), ale aj z hľadiska vymedzenia pôsobnosti. Kým prvé tri atribúty „parlamentu“ určuje priamo ústava, pôsobnosť obecného zastupiteľstva vymedzuje zákon o obecnom zriadení – nadväzujúc na ústavné ponímanie obecného zastupiteľstva – tým spôsobom, že výslovne určuje tzv. vyhradenú pôsobnosť obecného zastupiteľstva (§ 11 ods. 4 cit. zákona), ktorú je nutné vnímať v dvoch rovinách. Po prvé, veci patriace do tejto vyhradenej pôsobnosti môže upraviť iba obecné zastupiteľstvo (vrátane prijímania všeobecno-záväzných nariadení ako normatívnych právnych aktov obce), po druhé, obecné zastupiteľstvo nemôže úpravu týchto vecí „preniesť“ na iný orgán obce, resp. orgán obecného zastupiteľstva. Zároveň je treba pripomenúť, že starosta ako výkonný orgán obce zodpovedá za výkon svojich samosprávnych rozhodnutí (záležitostí) obecnému zastupiteľstvu. V relácii naznačeného prepojenia vzniku, zloženia a pôsobnosti obecného zastupiteľstva je nutné ho vnímať ako orgán predstavujúci základ verejnej moci v podmienkach obce.

2. Kreovanie obecného zastupiteľstva

Obecné zastupiteľstvá sú zložené z poslancov, ktorých počet, resp. stanovenie počtu určuje zákon. Počet členov obecného zastupiteľstva na každé volebné obdobie stanovuje – v súlade so zákonom o obecnom zriadení – obecné zastupiteľstvo pred voľbami. Tento počet počas volebného obdobia nemožno meniť. Počet členov obecných zastupiteľstiev rámcovo určuje zákon o obecnom zriadení v § 11 ods. 3 tak, že stanovuje rozpätie, v rámci ktorého konkretizuje (určuje) počet členov obecného zastupiteľstva s prihliadnutím na počet obyvateľov a veľkosť územného obvodu obce. Minimálna hranica počtu poslancov sú 3 poslanci (ide o obce, ktoré majú menej ako 40 obyvateľov), maximálna hranica 41 poslancov².

Volebné obdobie obecného zastupiteľstva určuje ústava na 4 roky, pričom funkčné obdobie obecného zastupiteľstva končí až zložením sľubu poslancami novozvoleného obecného zastupiteľstva, čím zákonodarca rešpektuje princíp kontinuity pri výkone funkcií orgánov obce. Iné spôsoby zániku mandátu zastupiteľstva právna úprava nepozná.

Volebné právo pri voľbách do obecného zastupiteľstva Ústava SR priznáva osobám s trvalým pobytom na území obce. Príslušné ústavné ustanovenie (čl. 69, ods. 2) zahŕňa aktívne aj pasívne volebné právo, keďže ústava neurčuje osobitné podmienky pre vznik pasívneho volebného práva.

Zásadný význam pre aktívne a pasívne volebné právo pre voľby do obecných zastupiteľstiev (v širšom zmysle pre voľby do orgánov územnej samosprávy obcí) má čl. 30 ods. 1 ústavy výslovne priznávajúci obe volebné práva aj cudzincom s trvalým pobytom na území Slovenskej republiky. Volebné právo sa priznáva cudzincom bez rozdielu krajiny pôvodu, t. j. cudzinci z členského štátu Európskej únie majú volebné právo v zhodnom rozsahu ako cudzinci pochádzajúci z krajiny, ktorá nie je členom Európskej únie. Podmienkou vzniku volebného práva cudzincov podľa čl. 30 ods. 1 je trvalý pobyt na území Slovenskej republiky. Vo vzťahu k tejto podmienke má úprava podľa čl. 69 ods. 2 ústavy povahu *lex specialis*. Inak povedané volebné právo pre voľby do orgánov územnej samosprávy obce sa nepriznáva každému cudzincovi s trvalým pobytom na území Slovenskej republiky, ale iba cudzincovi s trvalým pobytom na území danej obce³.

Konkrétnejšie vymedzenie volebného práva, ako aj organizáciu volieb do obecného zastupiteľstva (orgánov samosprávy obce) upravuje zák. č. 346/1990 Zb. o voľbách do orgánov samosprávy obcí v znení neskorších predpisov. V zmysle naznačenej ústavno-právnej úpravy môže kandidovať na funkciu poslanca obecného zastupiteľstva fyzická osoba (občan Slovenskej republiky alebo cudzinec) majúca v obci trvalý pobyt (obyvateľ obce), ktorá najneskôr v deň volieb dovŕši 18 rokov veku a nie sú u nej prekážky volebného práva, t. j. obmedzenie či pozbavenie spôsobilosti na právne úkony alebo trest výkonu odňatia slobody.

² Počet poslancov mestských zastupiteľstiev v hlavnom meste Bratislava a v meste Košice upravujú osobitné zákony.

³ J. Drgonec, *Ústava Slovenskej republiky, komentár*, 2. vyd., Heuréka 2007, s. 640–641.

Voľby do obecných zastupiteľstiev vyhlasuje predseda Národnej rady SR a konajú sa v posledných 14 dňoch ich volebného obdobia. Obec je povinná informovať voličov najneskôr 25 dní pred dňom volieb spôsobom v mieste obvyklým o čase a mieste konania volieb v obci, ako aj o volebnom okrsku.

Vzhľadom na to, že pri voľbách tohto druhu môže byť v obciach (mestách) viac volebných obvodov (v jednom možno zvoliť najviac 12 poslancov obecného zastupiteľstva), viažu sa výsledky volieb poslancov na volebné obvody. Keďže sa pri voľbách uplatňuje väčšinový volebný systém s relatívnou väčšinou zúčastnených voličov, za poslancov obecného zastupiteľstva sú zvolení tí kandidáti, ktorí získali vo volebnom obvode najväčší počet hlasov zúčastnených voličov zabezpečujúci mandát poslanca obecného zastupiteľstva. Ak vo volebnom obvode získajú dvaja alebo viacerí kandidáti tej istej politickej strany alebo koalície politických strán rovnaký počet platných hlasov, je zvolený za poslanca ten kandidát, ktorý sa nachádza na kandidátnej listine politickej strany alebo koalície politických strán vyššie. Ak rovnaký počet platných hlasov získali kandidáti z rôznych politických strán (koalícií), alebo nezávislí kandidáti, miestna volebná komisia z nich určí poslanca obecného zastupiteľstva žrebom. Kandidátom zvoleným za poslancov obecného zastupiteľstva vydá miestna volebná komisia osvedčenie o zvolení, ktoré má povahu právneho dokladu o tom, že príslušný obyvateľ obce bol zvolený za poslanca obecného zastupiteľstva⁴.

Zvolený poslanec sa ujíma funkcie zložením sľubu, ktorý skladá na prvom zasadnutí obecného zastupiteľstva, ktorého sa zúčastní, pričom odmietnutie sľubu alebo sľub s výhradou znamená stratu poslaneckého mandátu. Sľub má, takpovediac, trojrozmernú podobu, poslanec sa ním zaväzuje:

- riadne plniť svoje povinnosti,
- ochraňovať záujmy obce,
- dodržiavať Ústavu SR a iné právne predpisy a tieto pri výkone funkcie poslanca uplatňovať podľa svojho najlepšieho vedomia a svedomia

Obsah sľubu má nepochybne svoju právnu či etickú dimenziu, avšak bližší pohľad na jeho jednotlivé súčasti vyvoláva otázky, či aspoň pochybnosti. Má poslanec riadne plniť svoje povinnosti vyplývajúce zo zákona o obecnom zriadení a štatútu obce, resp. rokovacieho poriadku obecného zastupiteľstva, alebo má zákonodarcu na mysli aj iné povinnosti vyplývajúce poslancovi z iných právnych predpisov (zrejme áno)? Čo treba považovať za záujmy obce, určujú ich právne predpisy, orgány samosprávy obce, alebo väčšina obyvateľov obce? Ak má poslanec obecného zastupiteľstva dodržiavať ústavu a iné právne predpisy a uplatňovať ich pri výkone svojej funkcie podľa svojho vedomia a svedomia – musí ich nepochybne poznať a primerane im rozumieť. Na mieste je otázka, či je súčasná slovenská realita taká, že uplatnenie uvedených troch zložiek sľubu (osobitne tej poslednej, pretože tá sa dá najreálnejšie verifikovať) možno od radového poslanca obecného zastupiteľstva vo všetkých ob-

⁴ L. Palúš, E. Somorová, *Štátne právo Slovenskej republiky*, UPJŠ, Košice 2008. s. 267–268.

ciach a mestách, alebo aspoň vo väčšine z nich – očakávať a vyžadovať? Skúsenosti z reálnej praxe potvrdzujú, že odpoveď na túto otázku treba formulovať veľmi opatrne a diferencovane, pretože negatív, ktoré prináša je viac, než povoľuje únosná miera. Vzťah demokracie a odbornosti v obecnej samospráve – a teda aj v personálnom zložení obecných zastupiteľstiev – je jedným z vážnych problémov zastupiteľskej demokracie v miestnych podmienkach.

Vráťme sa ešte k problematike kreovania obecného zastupiteľstva. Volebný zákon rešpektujúc stabilizačnú funkciu volieb rieši aj situáciu, keď sa v priebehu volebného obdobia obecného zastupiteľstva uvoľní z rôznych dôvodov mandát poslanca. Pre tieto prípady zákon určuje inštitút náhradníkov, za ktorých považuje kandidátov, ktorí sa zúčastnili volieb do obecného zastupiteľstva, avšak nezískali mandát. Ak sa uprázdni miesto poslanca obecného zastupiteľstva nastupuje (obsadí post poslanca) ten z náhradníkov, ktorý získal najviac platne odovzdaných hlasov. Ak získali rovnaký počet hlasov dvaja alebo viacerí náhradníci postupuje sa obdobne ako pri prvotnom prideľovaní mandátov, t. j. ak sú náhradníci z tej istej politickej strany (koalície) prednosť má ten, kto bol vyššie na kandidátnej listine, ak sú náhradníci z rôznych politických strán (koalícií), alebo nezávislí kandidáti, rozhoduje žreb. Nastúpenie náhradníka vyhlási obecné zastupiteľstvo do 15 dní po tom, čo sa uvoľní mandát poslanca a odovzdá mu osvedčenie o tom, že sa stal poslancom. Osvedčenie podpíše starosta obce. Ak sa uprázdnil mandát poslanca obecného zastupiteľstva a na toto miesto už niet náhradník, vyhlási predseda Národnej rady SR na žiadosť obce nové voľby. Nový poslanec obecného zastupiteľstva je v týchto voľbách zvolený len na zvyšok volebného obdobia zastupiteľstva. Vzhľadom na túto skutočnosť by takéto „nové voľby“ bolo účelnejšie a rozumnejšie nazývať doplňujúcimi voľbami.

Zákon o voľbách do orgánov samosprávy obcí pozná aj klasické nové voľby, ktoré predpokladá vo vzťahu k voľbám do obecných zastupiteľstiev v dvoch prípadoch:

a) v prípade, že sa voľby z akýchkoľvek dôvodov nevykonali (napr. nie sú kandidáti). Takúto situáciu možno v praxi sledovať bežne, takmer pri každých voľbách do obecnej samosprávy. Ak nastane tento zákonom predvídaný stav, predseda Národnej rady SR vyhlási nové voľby do 14 dní od uverejnenia výsledkov volieb Ústrednou volebnou komisiou,

b) v prípade, že Ústavný súd SR vyhlási voľby za neplatné alebo zruší napadnutý výsledok volieb. Ide o situáciu, keď sa voľby uskutočnili, ale následne boli napadnuté sťažnosťou niektorým z procesne legitimovaných subjektov podľa ústavy alebo zák. č. 38/1993 Z. z. o ústavnom súde v znení neskorších predpisov. Nález ústavného súdu o neústavnosti alebo nezákonnosti volieb je záväzný a je dôvodom pre vyhlásenie nových volieb do príslušného obecného zastupiteľstva⁵.

⁵ Ibidem, s. 271.

3. Pôsobnosť obecného zastupiteľstva

Zákonné zakotvenie pôsobnosti obecného zastupiteľstva vychádza z ústavného poňatia tohto orgánu obce ako orgánu zastupiteľského, ktorý je základom verejnej moci v rámci obce. V súlade s tým obsah pôsobnosti obecného zastupiteľstva sa viaže hlavne na samostatnú pôsobnosť obce tak, ako táto vyplýva z § 4 ods. 3 zákona o obecnom zriadení. Spomínaný zákon následne v § 11 ods. 4 zakotvuje, že obecné zastupiteľstvo rozhoduje o základných otázkach života obce a najmä mu je vyhradené rozhodovať o záležitostiach, ktoré sú demonštratívne obsiahnuté v uvedenom ustanovení zákona o obecnom zriadení. O dvoch rovinách tzv. vyhradenej pôsobnosti obecného zastupiteľstva sme hovorili vyššie, na tomto mieste chceme zdôrazniť, že rozsah vyhradenej pôsobnosti obecného zastupiteľstva je široký a obsahovo značne mnohostranný, zodpovedajúci ústavnému poňatiu obecného zastupiteľstva, ako aj modifikovanému uplatneniu teórie deľby moci v podmienkach obce a jej samosprávy.

Nie je našim cieľom na tomto mieste analyzovať bod za bodom obsah tzv. vyhradenej pôsobnosti obecného zastupiteľstva, skôr sa pokúsime o koncepčnú charakteristiku tejto pôsobnosti využijúc niektoré kritéria, ktoré takýto prístup umožňujú. Uplatniť možno najmä kritérium (hľadisko) obsahové, formálno-právne a procesné.

Z hľadiska formálno-právneho možno vyhradenú pôsobnosť obecného zastupiteľstva rozčleniť v podstate do troch skupín⁶:

- vyhradená pôsobnosť, ktorá sa realizuje podľa zákona o obecnom zriadení, § 11 ods. 4, ale aj § 11a ods. 1 a 2, § 11b, § 13b ods. 1 druhá veta, § 19, § 20a a pod;

- vyhradená pôsobnosť, ktorá sa realizuje podľa zák. č. 138/1991 Zb. o majetku obcí v znení neskorších predpisov, vid' § 9 ods. 1 a 2, § 14 ods. 2;

- vyhradená pôsobnosť, ktorá sa realizuje podľa osobitných predpisov – ide o prípady, keď osobitný právny predpis umožňuje obci jej všeobecne záväzným nariadením regulovať určitú oblasť spoločenských vzťahov, napr. zák. č. 554/1990 Zb. o miestnych poplatkoch v znení neskorších predpisov, zák. č. 317/1992 Zb. o dani z nehnuteľnosti v znení neskorších predpisov – obidva zákony v spojitosti s obsahom ustanoví § 11 ods. 4 písm. d, e zákona o obecnom zriadení.

Tradičným kritériom členenia vyhradenej pôsobnosti obecného zastupiteľstva je členenie podľa jej obsahu. V zmysle tohto kritéria obecné zastupiteľstvo vykonáva kompetencie v oblasti:

- a) majetkovej – určuje zásady hospodárenia a nakladania s majetkom obce a s majetkom štátu, ktorý užíva, schvaľuje najdôležitejšie úkony týkajúce sa tohto majetku, ako aj majetkovú účasť obce v právnickej osobe zriadenej obcou;

- b) ekonomickej – schvaľuje rozpočet obce (vrátane jeho zmien) a záverečný účet obce, emisiu komunálnych dlhopisov, rozhoduje o prijatí úveru a pôžičky, o prevzatí záruky za poskytnutie návratnej finančnej výpomoci zo štátneho rozpočtu. Rozhoduje

⁶ J. Sotolář, *Zákon o obecnom zriadení (komentár)*, Sotac, s.r.o., Košice 2003, s. 155–156.

o zavedení a zrušení miestnej dane a ukladaní miestneho poplatku, určuje náležitosti miestnej dane alebo miestneho poplatku a verejnej dávky, rozhoduje o zriadení spoločného regionálneho alebo záujmového fondu; podľa osobitného zákona určuje plat starostu obce a hlavného kontrolóra obce;

c) normotvornej – prijíma všeobecne záväzné nariadenia obce, schvaľuje štatút obce;

d) kreačnej – zriaďuje a zrušuje vlastné orgány podľa § 10 ods. 2 zákona o obecnom zriadení (napr. obecnú radu, komisie, obecnú políciu – podľa osobitného zákona), volí a odvoláva hlavného kontrolóra obce, zriaďuje a zrušuje rozpočtové a príspevkové organizácie obce a na návrh starostu vymenúva a odvoláva ich vedúcich (riaditeľov), zakladá a zrušuje obchodné spoločnosti a iné právnické osoby a schvaľuje zástupcov obce do ich štatutárnych a kontrolných orgánov;

e) kontrolnej – kontroluje čerpanie obecného rozpočtu, hospodárenie s majetkom obce a s majetkom štátu, ktorý obec užíva, kontroluje činnosť vlastných orgánov, ako aj činnosť rozpočtových a príspevkových organizácií obce;

f) organizačno-politickej – vyhlasuje miestne referendum o najdôležitejších otázkach života a rozvoja obce, zvoláva zhromaždenia obyvateľov obce, schvaľuje zmluvy zakladajúce vnútroštátnu spoluprácu obce, dohody o medzinárodnej spolupráci a členstve obce v medzinárodnom združení, udeľuje čestné občianstvo obce, obecné vyznamenania a ceny, ustanovuje erb obce, vlajku obce, pečať obce, prípadne znelku obce;

g) prognostickej – schvaľuje územný plán obce alebo jej časti a koncepciu rozvoja jednotlivých oblastí života obce;

h) vnútornej – určuje počet poslancov obecného zastupiteľstva a počet volebných obvodov, overuje platnosť voľby svojich členov, schvaľuje rokovací poriadok obecného zastupiteľstva a zásady odmeňovania poslancov.

Vyhradenú pôsobnosť obecného zastupiteľstva možno členiť aj podľa formálno-procesného kritéria, t. j. akou formou svojho rozhodnutia ju obecné zastupiteľstvo realizuje a akou väčšinou hlasov svojich členov sa pri prijímaní týchto rozhodnutí uznáša.

Prevažnú časť svojich kompetencií realizuje obecné zastupiteľstvo formou uznesení, na ktorých sa uznáša nadpolovičnou väčšinou prítomných členov (tzv. obyčajná väčšina). Existujú však aj situácie, keď sa obecné zastupiteľstvo uznáša nadpolovičnou väčšinou všetkých poslancov, napr. voľba a odvolanie hlavného kontrolóra obce. V menšej miere zákonodarca určuje obecnému zastupiteľstvu povinnosť realizovať jeho kompetenciu prijatím všeobecne záväzného nariadenia. Napríklad, podľa zák. č. 317/1992 Zb. o dani z nehnuteľnosti v znení neskorších predpisov, výšku dane – z pozemkov, z bytov, zo stavieb – ustanoví obec každoročne všeobecne záväzným nariadením. Rovnakým normatívnym aktom obce sa v zmysle zák. č. 554/1990 Zb. o miestnych poplatkoch v znení neskorších predpisov, ustanovia v obci druhy miestnych poplatkov, ktoré sa v obci vyberajú a určia sa ich náležitosti.

4. Pravidlá činnosti obecného zastupiteľstva

Obecné zastupiteľstvo je kolektívny orgán, ktorý pracuje formou zasadnutí, ktorými rozumieme časový úsek, počas ktorého obecné zastupiteľstvo realizuje (vykonáva) svoje kompetencie. Pre prípravu a priebeh zasadnutí obecného zastupiteľstva platia určité pravidlá – časové, personálne, organizačné, procesné a miestne – ktoré môže každé zastupiteľstvo konkretizovať vo svojom rokovacom poriadku.

Hneď na úvod treba zdôrazniť, že posledná novela zákona o obecnom zriadení (zák. č. 102/2010 Z. z.) niektoré z týchto pravidiel podstatne sprecizovala (napr. časové, personálne, procesné), resp. zaviedla nové (pravidlo miesta konania – obecné zastupiteľstvo zasadá v obci, v ktorej bolo zvolené). Zákonodarca takto reagoval na neblahé skúsenosti z reálnej praxe, ktorá prinášala mnoho situácií vedúcich k znefunkčneniu práce a činnosti obecných zastupiteľstiev. Časté boli prípady, keď starosta obce v lehotách určených zákonom zasadnutie obecného zastupiteľstva nezvolal, resp. ak to za neho urobil iný oprávnený subjekt (zástupca starostu či poverený poslanec obecného zastupiteľstva), na takto zvolané zasadnutie neprišiel alebo ho predčasne opustil. Vyskytli sa dokonca prípady, keď starosta zvolal zasadnutie zastupiteľstva mimo územia obce, kde bolo zvolené. Časté boli aj problémy procesného charakteru sprevádzajúce zasadnutia niektorých zastupiteľstiev spojené napr. so schvaľovaním programu zvolaného zasadnutia, resp. so schvaľovaním jeho zmien, o ktorých starosta odmietol dať hlasovať, prípadne odmietol dať slovo poslancovi, ktorý oň žiadal a pod.

Všetky tieto situácie vznikali ako dôsledok medzier v existujúcej legislatíve, pričom sa ukázalo, že niektorí starostovia obcí, ale i poslanci obecných zastupiteľstiev tento fakt vyslovene zneužívali ohrozujúc takýmto konaním samotný chod obcí a zabezpečovanie potrieb ich obyvateľov⁷. Spomínaná novela zásadným spôsobom zužuje manévrovací priestor takýchto starostov, posilňuje pozíciu obecných zastupiteľstiev, hoci v menšej miere reaguje na situácie, ktoré môžu zneužiť poslanci vo vzťahu k starostovi obce (pozri podkapitolu o starostovi obce). Každopádne počin zákonodarcu treba oceniť a veriť, že ním vytvorený legislatívny priestor poslednou novelou zákona o obecnom zriadení sa pozitívne odrazí na reálnom fungovaní miestnych samospráv.

Zákon pozná tri druhy zasadnutí obecného zastupiteľstva – ustanovujúce zasadnutie, riadne zasadnutie a mimoriadne zasadnutie. Pre zvolanie každého z týchto zasadnutí platia iné časové pravidlá (lehoty). Zákon vychádza z premisy, že každé zasadnutie obecného zastupiteľstva zvoláva a vedie starosta obce, zároveň však zákonodarca počíta ja so situáciou, keď zvolanie a vedenie zastupiteľstva zveruje inému subjektu – zástupcovi starostu alebo poverenému poslancovi obecného zastupiteľstva. V tejto súvislosti treba zdôrazniť, že k takémuto stavu môže dôjsť iba na základe nekonania starostu obce, resp. jeho prítomnosti, či neochoty zúčastniť sa na zasadnutí obecného zastupiteľstva, ktoré zvolal iný oprávnený subjekt.

Ustanovujúce zasadnutie obecného zastupiteľstva zvolá starosta zvolený v predchádzajúcom volebnom období tak, aby sa uskutočnilo do 30 dní od vykonania

⁷ I. Palúš, *Súčinnosť starostu a obecného zastupiteľstva*, „Územná samospráva“ 2009 (5), č. 3, s. 18–19.

volieb. Ak starosta v určenej lehote takéto zasadnutie nezvolá, ustanovujúce zasadnutie obecného zastupiteľstva sa uskutoční 30. pracovný deň od vykonania volieb. Ak starosta nie je prítomný alebo odmietne viesť takto zvolané zasadnutie obecného zastupiteľstva, vedie ho zástupca starostu. Ak ani tento nie je prítomný alebo zasadnutie zastupiteľstva odmietne viesť, vedie ho iný poslanec poverený obecným zastupiteľstvom.

Ako vidieť zákonodarca poučený skúsenosťami z praxe sa snažil legislatívne pokryť všetky alternatívy, ktoré by z pohľadu doterajšieho starostu, jeho nečinnosti, neprítomnosti či neochoty mohli zamedziť uskutočneniu ustanovujúceho zasadnutia obecného zastupiteľstva. Týmto postupom zákonodarca rešpektuje princíp kontinuity, ktorý sa má (musí) uplatniť pri obsadzovaní funkcií v obecnej samospráve.

Klasickou formou činnosti obecného zastupiteľstva sú jeho riadne zasadnutia. Ústava SR, ani zákon o obecnom zriadení neurčujú priamo počet zasadnutí obecného zastupiteľstva. Nepriamo je však tento počet určený ustanovením § 12 ods. 1 zákona o obecnom zriadení, podľa ktorého sa obecné zastupiteľstvo schádza najmenej raz za tri mesiace. Inak sa obecné zastupiteľstvo schádza podľa potreby. Zasadnutie zastupiteľstva zvoláva a vedie starosta obce. Ak starosta v zákonom určenej lehote nezvolá zasadnutie zastupiteľstva, zvolá ho jeho zástupca alebo iný poslanec poverený obecným zastupiteľstvom. Ak na takto zvolanom zasadnutí zastupiteľstva starosta obce nie je prítomný alebo zasadnutie odmietne viesť, vedie ho ten, kto zvolal obecné zastupiteľstvo.

Mimoriadne zasadnutie obecného zastupiteľstva musí starosta zvolať, ak o to požiada aspoň tretina poslancov, starosta zvolá zasadnutie tak, aby sa uskutočnilo do 15 dní do doručenia žiadosti na jeho konanie. Ak starosta v naznačenom zmysle zasadnutie nezvolá, zasadnutie obecného zastupiteľstva sa uskutoční 15. pracovný deň od doručenia žiadosti na jeho konanie. O vedení takto zvolaného zasadnutia platia tie isté postupy, aké zákonodarca určil pri ustanovujúcom zasadnutí obecného zastupiteľstva, ktoré starosta nezvolal.

Každé zasadnutie obecného zastupiteľstva má mať svoj program, ktorý musí byť zverejnený na úradnej tabuli v obci, aspoň tri dni pred zasadnutím obecného zastupiteľstva. Na rozdiel od predchádzajúcej právnej úpravy zákon pozná len túto jednu trojdňovú lehotu, t.j. lehoty na zverejnenie programu zasadnutia zastupiteľstva sa už nerozlišujú podľa druhu zasadnutia obecného zastupiteľstva (riadne, mimoriadne). Ak program zasadnutia obecného zastupiteľstva nebol zverejnený, zasadnutie by sa nemalo konať. Zákon síce túto skutočnosť výslovne nedeklaruje, máme však za to, že takýto záver vyplýva z podstaty veci.

Naopak zákon o obecnom zriadení (§ 12 ods. 5) podrobne stanovuje postup pri schvaľovaní návrhu programu zasadnutia a jeho zmene, o ktorom sa hlasuje na začiatku zasadnutia obecného zastupiteľstva. Zákon zavádza nové procesné pravidlo, podľa ktorého, ak starosta odmietne dať hlasovať o návrhu programu zasadnutia obecného zastupiteľstva alebo o jeho zmene, stráca právo viesť zasadnutie, ktoré ďalej vedie jeho zástupca. Ak zástupca starostu nie je prítomný alebo odmietne viesť zasadnutie, vedie

ho iný poslanec poverený obecným zastupiteľstvom. Starosta obce stráca právo viesť zasadnutie obecného zastupiteľstva aj vtedy, ak odmietne dať slovo poslancovi, ktorý oň žiada v súvislosti s prerokúvaným bodom programu. Postup pri vedení zasadnutia obecného zastupiteľstva je obdobný ako v predchádzajúcom prípade.

Obecné zastupiteľstvo je kolektívny orgán, ktorý rozhoduje vždy v zbore. Spôsobilé rokovať a uznášať sa je vtedy, ak je prítomná nadpolovičná väčšina jeho poslancov. Z hľadiska potrebného počtu poslancov zákon o obecnom zriadení pozná štyri spôsoby uznášania sa obecného zastupiteľstva:

- uznášanie nadpolovičnou väčšinou prítomných poslancov (§ 13 ods. 7), túto formu uznášania treba považovať za zásadu,;
- uznášanie nadpolovičnou väčšinou všetkých poslancov (takýmto spôsobom sa volí a odvoláva hlavný kontrolór obce – § 18a ods. 3 a 10);
- uznášanie trojpätinovou väčšinou prítomných poslancov (týmto spôsobom sa prijímajú všeobecne záväzné nariadenia obce – § 12 ods. 7),;
- uznášanie trojpätinovou väčšinou všetkých poslancov (takúto väčšinu potrebuje obecné zastupiteľstvo na prelomenie sistačného práva starostu obce – § 13 ods. 8).

K podpore zásady odbornosti a verejnosti smeruje pri rozhodovaní obecného zastupiteľstva ustanovenie § 12 ods. 8, podľa ktorého ak obecné zastupiteľstvo zriadilo poradný orgán, vypočuje pred prijatím rozhodnutia vo veci, pre ktorú bol poradný orgán zriadený, jeho stanovisko. Z dikcie daného ustanovenia vyplýva, že poslanci obecného zastupiteľstva nie sú týmto stanoviskom viazaní, má im byť skôr nápomocné pri ich rozhodovaní.

Rokovania obecného zastupiteľstva sú zásadne verejné. Obecné zastupiteľstvo vyhlási rokovanie za neverejné, ak predmetom rokovania sú informácie alebo veci chránené podľa osobitných zákonov. Na druhej strane zákon o obecnom zriadení zároveň určuje, kedy obecné zastupiteľstvo nemôže verejnosť z rokovania vylúčiť (§ 12 ods. 9, písm. a, b). Ide o situácie, keď predmetom rokovania obecného zastupiteľstva je:

- použitie verejných prostriedkov na platy, odmeny a iné náležitosti spojené s výkonom funkcie orgánov obce, členov orgánov obce, zamestnancov obce alebo osôb, ktoré vykonávajú za odplatu činnosť pre obec;
- nakladanie s majetkom vo vlastníctve obce, najmä prevodom vlastníctva k majetku vo vlastníctve obce, nadobudnutie majetku do vlastníctva obce alebo ponechanie majetku obce do užívania iným osobám.

Zásadu verejnosti je nutné objasniť v dvojakom zmysle. Jedna vec je zúčastniť sa na zasadnutí obecného zastupiteľstva, v tomto prípade možno uplatniť rozširujúci výklad, t. j. zúčastniť sa môže ktokoľvek, aj iné osoby ako obyvatelia obce. Iná vec je požiadať o slovo na zasadnutí obecného zastupiteľstva. V tomto prípade treba rozlišovať medzi povinnosťou udeliť slovo a možnosťou udeliť slovo. Ten kto vedie zasadanie obecného zastupiteľstva slovo na požiadanie udelí vždy:

- prítomnému poslancovi Národnej rady SR,
- prítomnému poslancovi Európskeho parlamentu,
- prítomnému zástupcovi vlády alebo iného štátneho orgánu.

Slovo sa na požiadanie môže udeliť aj ktorémukoľvek obyvateľovi obce. Táto možnosť je naviazaná na splnenie dvoch podmienok – ponajprv udelené slovo musí súvisieť s prerokovávanými bodmi programu a po druhé, ten komu bolo udelené musí mať v obci trvalý pobyt.

Summary

Municipal council – a constitutional position

Key words: creation, scope of action, forms of operation.

Author analyzes a position of a municipal council in the system of local self-government from the point of view of its constitutional definition, composition and elections. At the same time, he deals with a scope of action of the municipal council from the point of view of formal and legal structure and content. As well, he pays attention to rules of operation of the municipal council with focus to types of sessions (constituent, ordinary, extraordinary) and forms of the municipal council's resolutions adoption.

Alena Krunková

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika
v Košiciach (Słowacja)

Referendum na lokálnej úrovni v Slovenskej republike

Dvadsiate prvé storočie má nepochybne špecifický rozmer aj vo vnímaní, či realizácii princípov a zásad verejného života. Tradičné pojmy, ako napríklad „občan“, „ľud“, „demokracia“, „konštitucionalizmus“, „politický systém“, „práva a slobody“ naberajú svojský význam, ktorý prirodzene (miestami priam na škodu) reflektuje novodobé požiadavky. Aj napriek tomu existujú pomyselné hranice, určujúce minimálne štandardy históriou overeného a skúsenosťami deklarovaného obsahového jadra daných skutočností. Toto jadro totiž prekračuje hranice štátov a je podporované zásadami, či princípmi, ktorých dodržiavanie vyžaduje určité spoločenstvo štátov a z opaku – medzinárodné spoločenstvo pri rešpektovaní esenciálnych zásad garantuje ich rovnoprávne vnímanie a pozíciu. V zmysle vyššie uvedeného naďalej zostáva v pozornosti napríklad problematika základných práv a slobôd. Politická kultúra v spoločnosti nenahráva skupine politických práv, no v duchu historického vývoja je možné očakávať ich renesanciu práve v tejto novodobej spoločnosti. Naznačené súvislosti boli dôvodom pre hlbšiu analýzu referenda, ako prvku priamej realizácie práva na správu verejných vecí. Jeho orientáciu na lokálnu úroveň sme uprednostnili z viacerých dôvodov. Jedným z nich je aj skutočnosť, že priamy výkon správy je lepšie realizovaný a účelnejšie uplatňovaný práve na menšom teritóriu. V historickom kontexte právo na samosprávu¹ určitého teritória, územia zvnútra – svojimi vykreovanými orgánmi či priamym výkonom demokracie rezonuje už od čias prijímania francúzskej Deklarácie práv človeka a občana (1789). Konkrétnu podobu tohto práva v dnešnom slova zmysle dotvorili až medzinárodné dokumenty z druhej polovice minulého storočia. Tak napr. Európska charta miestnej samosprávy definuje miestnu samosprávu ako prirodzenoprávny inštitút, ktorý je výrazom práva a schopností obyvateľstva spravovať tú časť verejných záležitostí, ktorá patrí medzi jeho vlastné². V zmysle tejto charty Slovenská republika, (ďalej: SR) ako jej signatársky štát, v ustanoveniach Ústavy Slovenskej

¹ M. Jesenko, *K ústavnej koncepcii územnej samosprávy v Slovenskej republike*, „Právny obzor: teoretický časopis pre otázky štátu a práva“ 2006 (89), č. 6, s. 503–514.

² Ibidem

republiky (ústavný zákon č. 460/1992 Zb. v znení neskorších zmien a doplnkov – ďalej: ústava) dotýkajúcich sa územnej samosprávy (čl. 64 až 71) zrovnoprávňuje priamy výkon územnej samosprávy s výkonom pomocou zastupiteľských orgánov. Medzi priamy výkon územnej samosprávy ústava radí aj formy lokálneho referenda.

Právny stav

Úprava lokálneho referenda je v Ústave Slovenskej republiky generálne ohraňovaná nasledovne:

Čl. 67 – územná samospráva obce sa uskutočňuje na zhromaždeniach obyvateľov obce, *miestnym referendom* a orgánmi obce, územná samospráva vyšších územných celkov sa uskutočňuje *referendom na území vyššieho územného celku* a orgánmi vyššieho územného celku.

Ústavná úprava teda predpokladá explicitne vymedzené dva druhy lokálneho referenda – miestne referendum a referendum na území vyššieho územného celku. Právny poriadok v Slovenskej republike, zvlášť právne normy absorbované z bývalej česko-slovenskej republiky, počítal s formami priamej demokracie len na úrovni obce. Až reformou verejnej správy v súvislosti s vytvorením druhého stupňa samosprávy³ novelizácia ústavy, ako normy generalis tejto problematiky, zavádza do právneho poriadku Slovenskej republiky referendum na území vyššieho územného celku (ďalej: VÚC), ako priamu formu výkonu druhého stupňa samosprávy v Slovenskej republike.

Normami *lex specialis* k ústave v tejto súvislosti sú:

a) zákon č. 369/1990 Zb. o obecnom zriadení v znení neskorších predpisov (ďalej: z. o OZ), ktorý upravuje problematiku miestneho referenda nosne v § 11a – ako *hlasovanie obyvateľov obce* a v súlade s § 4 ods. 2, kde špecifikuje, že samosprávu obce vykonávajú obyvatelia obce orgánmi obce, hlasovaním obyvateľov obce a verejným zhromaždením obyvateľov obce⁴;

b) zákon č. 302/2001 Z. z. o samospráve vyšších územných celkov v znení neskorších predpisov (ďalej: z. o samospráve VÚC) – v § 15 a nasl.

V teoretickej rovine je možné význam pojmu „miestne referendum“ vnímať v širšom slova zmysle – ako referendum realizujúce sa na určitom lokálnom teritóriu (mieste) v súlade s administratívno-teritoriálnym usporiadaním štátu. V takomto ponímaní by pod pojem „miestne referendum“ nepochybne patrilo referendum vykonávajúce sa na ktoromkoľvek stupni výkonu správy – v Slovenskej republike teda na úrovni obce aj vyššieho územného celku.

Ústava Slovenskej republiky poňala vymedzenie miestneho referenda v užšom slova zmysle, keď ho špecifikuje ako referendum na úrovni obce, ako základnej jed-

³ Pozri napr.: S. Ručinská, J. Knežová, *Regionálna samospráva v Slovenskej republike pod vplyvom vonkajších a vnútorných zmien* č. 7, 2010, s. 83–94 [online] <http://disparity.vsb.cz/dokumenty2/RD_1007.pdf>.

⁴ Miestne referendum a zhromaždenie obyvateľov obce sú stručne špecifikované aj v iných osobitných zákonoch (napr. zákon č. 191/1994 Z.z. o označovaní obcí v jazyku národnostných menšín).

notky samosprávy v Slovenskej republike (čl. 67). Vnímajúc určitú terminologickú dichotómiu medzi Ústavou Slovenskej republiky a zákonom o obecnom zriadení (ktorý miestne referendum upravuje ako „hlasovanie obyvateľov obce“), je prípustné vykladať pojem „miestne referendum“ v súlade s Ústavou Slovenskej republiky. Ďalej ho teda používame pre označenie formy priamej demokracie na úrovni obce v Slovenskej republike.

Miestne referendum

V zmysle zákona ho vyhlasuje obecné zastupiteľstvo pri riešení najdôležitejších otázok života a rozvoja obce. Úprava pôvodného ustanovenia § 11a zákona o obecnom zriadení prešla viacerými novelizáciami, z celkovo tridsiatich siedmich novelizácií problematiku miestneho referenda menilo šesť. Tá prvá (z. č. 130/1991 Zb.) reflektovala na viaceré skutočnosti⁵, z ktorých vyplývalo, že o zavedení alebo zrušení miestnej dane, či poplatku sa rozhodovalo výlučne miestnym referendom a alternatívne určovala na rozhodovanie obecné zastupiteľstvo⁶.

Dôležitou, podľa nášho názoru, bola ďalšia novela zákona o obecnom zriadení (z. č. 421/1991 Zb.), ktorá stanovovala diferentný počet podpisov na petícii i podmienky pre platnosť miestneho referenda o rozdelení obce alebo odčlenení časti obce. Za zmienku stojí ešte z. č. 6/2001 Z.z., ktorým sa zaviedla možnosť odvolania starostu a zmeny názvu obce prostredníctvom miestneho referenda.

Problematickou sa javí byť novelizujúci z. č. 453/2001 Z.z., ktorý zmätočne zaviedol sprísnené podmienky pre odčlenenie časti obce, čím svojim spôsobom dosť skomplikoval určité vzťahy týkajúce sa tohto inštitútu⁷.

Posledná novelizácia zákona o obecnom zriadení z. č. 102/2010 Z.z. sa dotýkala len parciálnych otázok súvisiacich s výkonom miestneho referenda. Do nadobudnutia jej účinnosti sa totiž v novelizovaných skutočnostiach podporne pre výkon miestneho referenda využíval zákon č. 346/1990 Zb. o voľbách do orgánov samosprávy obcí v znení neskorších predpisov, na ktorý zákon o obecnom zriadení odkazuje. Spomínaná novela spresnila náležitosti oznámenia o vyhlásení miestneho referenda a stanovila spôsob kroovania komisie pre realizáciu miestneho referenda.

Za pozitívny je potrebné označiť fakt, že jedna z posledných noviel zákona o obecnom zriadení zrušila možnosť rozhodovať v miestnom referende o zavedení,

⁵ Pozri napr.: M. Vernarský, *Zákonnosť v postupoch a rozhodnutiach obcí ako správcov miestnych daní*, „Verejná správa a spoločnosť“ 2007(8), č. 1, s. 69–74.

⁶ Pozri napr.: P. Molitoris, *Princíp dobrej správy a jeho aplikácia pri správe miestnych daní orgánmi územnej samosprávy*, [v:] *Perspektívy vývoja európskej integrácie – právne aspekty: zborník z konferencie mladých doktorandov a mladých vedeckých pracovníkov konanej 20.9.2006 v Bratislave*, Univerzita Komenského, Bratislava 2007, s. 199–206.

⁷ Pozri napr.: A. Krunková, *Priama demokracia v podmienkach obecnej samosprávy v Slovenskej republike*, „Verejná správa a spoločnosť“ 2001 (2), č. 2, s. 39–46.

resp. zrušení miestnej dane alebo miestneho poplatku, čím vlastne zosúladiť stav s čl. 93 ods. 3 Ústavy Slovenskej republiky (ktorý vylučuje z predmetu referenda dane a odvody).

Aktuálny stav skúmanej problematiky je nasledovný – zákon o obecnom zriadení špecifikuje dôvody pre konanie miestneho referenda, na základe týchto jeho ustanovení môžeme vyvodit' nasledovné druhy miestneho referenda:

Obligatórne miestne referendum – § 11a ods. 1 explicitne uvádza, kedy je stanovená zákonná povinnosť⁸ realizácie miestneho referenda (hlasovania obyvateľov obce), a to:

- pri zlúčení obcí, rozdelení alebo zrušení obce ako aj zmene názvu obce,
- pri odvolaní starostu,
- pri petícii skupiny obyvateľov obce v počte aspoň 30% oprávnených voličov.

Pre rozdelenie obce zákon ďalej stanovuje neopustiteľné podmienky (§ 2a, ods. 5 zákona o obecnom zriadení), na splnenie ktorých viaže konečnú realizáciu rozdelenia obce:

- nové obce budú mať katastrálne územie alebo súbor katastrálnych území tvoriacich súvislý územný celok,
- nové obce budú mať najmenej 3 000 obyvateľov,
- nová obec urbanisticky nesplynula s ostatnými časťami obce,
- do rozvoja odčleňovanej časti obce neboli vložené investície, od ktorých závisí celá obec.

Pri odvolávaní starostu vyhlási obecné zastupiteľstvo miestne referendum vtedy, ak:

- starosta hrubo alebo opakovane zanedbáva povinnosti starostu, porušuje ústavu, ústavné zákony a ostatné všeobecne záväzné právne predpisy,
- jeho odvolanie požaduje petícia skupiny obyvateľov obce v počte minimálne 30% oprávnených voličov (§ 13, ods. 3 zákona o obecnom zriadení).

Ak je miestne referendum iniciované na základe petície obyvateľov obce, petícia musí spĺňať náležitosti stanovené osobitným predpisom, ktorým je v tomto prípade z. č. 85/1990 Zb. o petičnom práve v znení neskorších zmien a doplnkov.

Fakultatívne miestne referendum – zákon o obecnom zriadení stanovuje podmienky, za splnenia ktorých môže obecné zastupiteľstvo zvážiť nutnosť konania miestneho referenda a na základe vlastnej úvahy a zhodnotenia možných dôsledkov toto miestne referendum vyhlásiť. Obecné zastupiteľstvo teda môže miestne referendum vyhlásiť:

- pred svojím rozhodnutím o ďalších dôležitých veciach samosprávy obce (§ 11a, ods. 4),
- o odvolaní starostu, ak jeho neprítomnosť, alebo nespôsobilosť na výkon funkcie presahuje dobu šiestich mesiacov (§ 13a, ods. 3, pís. b).

⁸ Z dikcie zákona „obecné zastupiteľstvo vyhlási...“ vyplýva, že za splnenia zákonom stanovených podmienok sa obecnému zastupiteľstvu nepripúšťa iná alternatíva, má povinnosť miestne referendum vyhlásiť. V súvislosti s obligatónym referendom Ústavný súd Slovenskej republiky uviedol: „Termín »obligatónny« sa môže spájať s rozdielnym právnym obsahom. Obligatónnosť referenda môže vyjadrovať povinnosť štátneho orgánu vyhlásiť občanmi iniciované referendum spĺňajúce všetky právne podmienky na prípravu referenda. Obligatónnosť referenda však môže vyjadrovať aj podstatnejší znak – povinnosť štátu dať občanom na rozhodnutie niektoré otázky“ – II. ÚS 31/97, ZNaU ÚS SR 1997, Košice 1998, s. 419.

Ako subjekty spôsobilé iniciovať obligatórne, či fakultatívne miestne referendum zákon stanovuje rovnocenne obyvateľov obce – formou petície a obecné zastupiteľstvo – formou uznesenia.

Pri špecifikácii oprávnených subjektov zúčastniť sa miestneho referenda a hlasovať v ňom zákon o obecnom zriadení subsidiárne využíva z. č. 346/1990 Zb. o voľbách do samosprávy obcí v znení neskorších predpisov, keď stanovuje, že právo hlasovať v referende majú tie osoby, ktoré majú právo voliť do orgánov samosprávy obcí.

Organizácia a priebeh miestneho referenda sú v plnom rozsahu v kompetencií konkrétnej obce (§ 4, ods. 3, pís. l zákona o obecnom zriadení), ktorá miestne referendum realizuje. Hlasovanie obyvateľov obce je platné, ak sa ho zúčastní najmenej 50% oprávnených voličov a rozhodnutie (kladné, alebo záporné) je v miestnom referende prijaté, ak za neho hlasovala nadpolovičná väčšina účastníkov hlasovania (§ 11a, ods. 5)⁹.

Výsledok hlasovania v miestnom referende vyhlasuje obecné zastupiteľstvo na úradnej tabuli do troch dní od doručenia zápisnice o výsledku hlasovania.

Referendum na území vyššieho územného celku

Táto forma priamej demokracie je v Slovenskej republike pomerne mladou, ako aj samotný druhý stupeň samosprávy. Praktické skúsenosti s jeho využívaním sú takmer nulové, preto uvádzam len jeho ústavnoprávnu koncepciu, ktorá je obdobná ako pri referende na území obce. Z tohto dôvodu sú viaceré ustanovenia špecifikujúce koncepciu referenda na území vyššieho územného celku analogicky odvoditeľné z koncepcie miestneho referenda.

V zmysle čl. 67 ústavy a § 15 a nasl. zákona o samospráve vyššieho územného celku (ďalej: samosprávny kraj) vyhlasuje zastupiteľstvo vyššieho územného celku referendum o dôležitých otázkach, ktoré sa týkajú výkonu samosprávy samosprávneho kraja, ak sa na tom samo uznesie alebo ak o to petíciou požiada aspoň 30% oprávnených voličov samosprávneho kraja.

Predmet tohto referenda je vymedzený implicitnejšie, ako na úrovni obce. Obligatórne je stanovené len referendum dotýkajúce sa odvolania predsedu vyššieho územného celku (ak je jeho neprítomnosť alebo zdravotná nespôsobilosť na výkon funkcie dlhšia ako 6 mesiacov, hrubo alebo opakovane zanedbáva povinnosti predsedu, a tým vznikajú vážne nedostatky v správe samosprávneho kraja – § 15, ods.1 a 2 zákona o samospráve vyššieho územného celku). Požiadavka obligatórnosti sa javí byť aj v súvislosti s petíciou 30% oprávnených voličov, tá však obsahovo musí zodpovedať

⁹ Osobitné podmienky pre platnosť miestneho referenda a pre prijatie rozhodnutie sú stanovené na základe z. č. 191/1994 Z.z. o označovaní obcí v jazyku národnostných menšín, kedy sa pre platnosť hlasovanie stanovuje obdobne účasť nadpolovičnej väčšiny obyvateľov obce oprávnených voliť. Pre prijatie rozhodnutia sa ale vyžaduje kladné hlasovanie minimálne 80% zúčastnených obyvateľov obce.

„dôležitým otázkam, ktoré sa týkajú výkonu samosprávy samosprávneho kraja“. Splnenie tejto podmienky posudzuje zastupiteľstvo vyššieho územného celku, čo v súlade s vyššie uvedeným obligatórnosť znižuje.

Subjekty oprávnené zúčastniť sa referenda na území vyššieho územného celku a hlasovať v ňom subsidiárne stanovuje z. č. 303/2001 Z.z. o voľbách do orgánov samosprávnych krajov v znení neskorších predpisov, v zmysle ktorého právo hlasovať v referende majú tie osoby, ktoré majú právo voliť do orgánov samosprávnych krajov.

Kvórum pre platnosť výsledkov referenda je stanovené rovnako, ako v prípade miestneho referenda. Ustanovením viac konkretizujúcim koncepciu referenda na území vyššieho územného celku je znenie § 15 ods. 4 a 5, na základe ktorého možno referendum v tej istej veci opakovať najskôr po uplynutí 24 mesiacov od jeho vykonania. Táto lehota neplatí v prípade referenda o odvolávaní predsedu samosprávneho kraja.

Organizácia referenda na území vyššieho územného celku je v kompetencii zastupiteľstva vyššieho územného celku.

Problematické miesta

Vzhľadom k minimálnemu využívaniu referenda na území vyššieho územného celku sú aj problematické miesta v Slovenskej republike viac vnímateľné pri miestnom referende na území obce. Táto skutočnosť je umocnená jednak historicky dlhším obdobím existencie, jednak častejšími pokusmi o využívanie referenda na obecnom teritóriu. Ďalej sa teda sústredíme na niektoré vybrané problematické miesta, ktoré sa viditeľnými stali práve v súvislosti s praktickou realizáciou miestneho referenda v Slovenskej republike.

Hneď prvým problémom je nelogické stanovenie nevyhnutného počtu 3000 obyvateľov pre vznik novej obce. Obligatórnosťou tohto ustanovenia dochádza k porušeniu princípu rovnosti vo viacerých smeroch. Podľa Ústavy Slovenskej republiky (čl. 64) je základom územnej samosprávy obec. Obec je samostatným územným samosprávnym a správnym celkom. Združuje osoby, ktoré majú na jej území trvalý pobyt (čl. 64a). V žiadnom svojom ustanovení ústava nepodmieňuje túto pozíciu obce stanovením počtu obyvateľov, takže toto ustanovenie zákona o obecnom zriadení sa nám javí byť s ňou v rozpore¹⁰. Navyše zákon o obecnom zriadení v § 11, ods. 3 proporcionálne podľa počtu obyvateľov obce určuje počet poslancov obecného zastupiteľstva, pričom najmenej poslancov (v počte 3) stanovuje pre obec, ktorá má menej ako 40 obyvateľov. V jednom prípade teda počíta s obcami, ktoré majú ďaleko menej ako 3000 obyvateľov obce, v ďalšej časti vznik takýchto obcí zakazuje a to aj v prípade, že by takýmto rozdelením obce mohlo dôjsť k efektívnejšej exi-

¹⁰ Bližšie pozri napr.: I. Palúš, M. Jesenko, A. Krunková, *Obec ako základ územnej samosprávy*, Univerzita P. J. Šafárika, Košice 2010, s. 189 a nasl.

stencii nových obcí. Možno teda skonštatovať, že v tomto prípade zákonodarca opomenul princíp rovnosti (tiež z pohľadu možnosti efektívneho fungovania nových obcí).

Vychádzajúc z čl. 30 ods. 1 Ústavy Slovenskej republiky občania majú právo zúčastňovať sa na správe vecí verejných priamo alebo prostredníctvom zvolených zástupcov. Správa verejných vecí je klasickým znakom územnej samosprávy¹¹. Pričom zákon o obecnom zriadení pri splnení všetkých ostatných náležitostí toto právo časti obyvateľom obce upiera.

Zákon o obecnom zriadení stanovuje obligatornosť vo vyhlásení miestneho referenda, ak toto požaduje petícia skupiny obyvateľov obce v počte aspoň 30% oprávnených voličov (§ 11a ods. 1 písm. c). Stanovený počet sa týka aj prípadu, ak by sa petíciou požadovalo oddelenie časti obce, teda rozdelenie obce. Zo zákona o obecnom zriadení sa však vytratilo ustanovenie, ktoré v prípade ak ide o rozdelenie obce, požadovalo rovnaký počet podpisov na petícii (vtedy len 20%), ale len oprávnených voličov tej časti obce, o oddelenie ktorej išlo. Uvedená situácia inklinuje k značnému znemožneniu výkonu suverenity ľudu, ba badať v nej aj náznak obmedzenia práva zúčastňovať sa na správe vecí verejných priamo¹². Skúsenosti z praktickej realizácie miestneho referenda nasvedčujú tomu, že sa lokálne referendum stáva použiteľným skôr v obciach s nižším počtom obyvateľov. V tejto súvislosti sa mi javí spravodlivejším aspoň fakt, že by pre petíciu žiadajúcu oddelenie časti obce zostal zachovaný počet 30% no oprávnených voličov len tej časti obce, o ktorej oddelenie by išlo. Uvedený rozdiel je viditeľný už pri obciach s 10 tis. obyvateľmi a viac.

V pokuse o oddelenie určitej časti mesta mestské zastupiteľstvo nevyhlásilo miestne referendum o oddelení časti mesta z toho dôvodu, že sa zjednotilo na tom, že mestská časť urbanisticky splynula s mestom a teda nie je možné jej oddelenie. Opieralo sa o odborné posúdenie skutočností dôležitých pre jeho rozhodnutie (na základe vyjadrenia sa okresného úradu odboru katastrálneho), z tohto odborného posúdenia však nebolo jednoznačne jasné, či podmienka splnená bola alebo nie (presný výrok: „Nie je možné presne posúdiť, či mestská časť urbanisticky splynula s mestom“). Mestské zastupiteľstvo sa priklonilo k názoru, že podmienka splnená nebola. Uvedený spor sa stal predmetom konania na Ústavnom súde Slovenskej repu-

¹¹ Podľa nálezu Ústavného súdu Slovenskej republiky „Pod správou vecí verejných je potrebné rozumiť účasť občana na politickom živote štátu, správe štátu a na správe verejných záležitostí v obciach. Uplatňovanie, t.j. napĺňanie tohto ústavného práva umožňuje taká organizácia a právne usporiadanie územnej samosprávy, ktoré vytvárajú predpoklady pre všetkých obyvateľov obce zúčastňovať sa na jej správe a bezprostredne rozhodovať o verejných záležitostiach obecného významu na základe priameho a konkrétneho prejavu vôle všetkých obyvateľov, alebo určitej skupiny obyvateľov. Toto právo má obligatórny charakter, pretože podľa čl. 12 ods. 1 ústavy sa základné práva a slobody zaručujú na území Slovenskej republiky všetkým“ – Nález ÚS SR II. ÚS 9/00 – 148.

¹² Tak napr. v obci (či meste) s 30 tis. obyvateľmi by pre úspešnosť takejto petície bolo potrebných 9 tis. podpisov aj v prípade, ak by sa chcela oddeliť len časť s minimálne stanoveným počtom, teda 3 tis. obyvateľov. Jedným z problémov by teda bolo už samotné vyhlásenie takéhoto miestneho referenda.

bliky, ktorý svojím rozhodnutím zrušil uznesenie mestského zastupiteľstva a nariadil vec znovu prejednať a rozhodnúť¹³.

Táto forma miestneho referenda sa javí byť problematickou aj v realizácii, teda v samotnom hlasovaní. V § 11a ods. 5 zákona o obecnom zriadení je stanovené, že výsledky miestneho referenda sú platné ak sa na ňom zúčastní aspoň polovica oprávnených voličov a ak bolo rozhodnutie prijaté nadpolovičnou väčšinou platných hlasov účastníkov hlasovania obyvateľov obce. Nestanovuje žiadne osobitosti pre miestne referendum týkajúce sa rozdelenia obce. Teda aj v prípade ak ide o oddelenie časti obce musí sa takéhoto miestneho referenda zúčastniť celá obec, čo pri počte napr. nad 100 tis. obyvateľov vyznieva značne rozpačito. Uvedené ustanovenia zákona, aj keď sú právne deklarované, fakticky sa stávajú v danom prípade nerealizovateľnými.

Najmenej problematickou formou miestneho referenda vyzerá byť referendum umožňujúce odvolanie starostu. Ustanovenia tohto druhu miestneho referenda sa javia byť najpokrokovejšími v tom zmysle, že unikátne bez pochybností stanovujú účinky kladného výsledku referenda. Kvórum pre platnosť je zachované, v zmysle § 13a, ods. 1, pís. f. – výsledky platného miestneho referenda, ktorým sa rozhodlo o odvolaní starostu spôsobujú zánik mandátu starostu¹⁴. Aj v praktickej rovine dochádza najčastejšie k pokusom o realizáciu tohto druhu miestneho referenda, no vzhľadom k vysokému kvóru končia tieto pokusy prevažne bez dosiahnutia platnosti referenda.

Špecifickým spôsobom je upravená tretia forma obligatórneho miestneho referenda. Z dikcie zákona vyplýva, že obecné zastupiteľstvo má povinnosť vyhlásiť miestne referendum, ak ho o to petíciou požiadajú obyvatelia obce v stanovenom počte (§ 11a, ods. 1, pís. c). Zákon ale neurčuje konkretizáciu predmetu takéhoto miestneho referenda pozitívnym ani negatívnym spôsobom. V zmysle zákona o obecnom zriadení sa teda dá predpokladať, že akákoľvek petícia obyvateľov obce, ktorá bude v súlade s právnym poriadkom (z. č. 85/1990 Zb. o petičnom práve) a bude podpísaná min. 30% oprávnených voličov, zakladá povinnosť obecnému zastupiteľstvu referendum vyhlásiť. Hranica 30% zrejme predstavuje mieru pre určenie dôležitosti záležitosti konania miestneho referenda¹⁵.

¹³ Ústavný súd v tejto súvislosti uviedol: „Občanom, ktorí sa v súlade s ústavou a zákonom upraveným postupom domáhajú vydania rozhodnutia o uplatnení svojho základného práva podľa čl. 30 ods. 1 ústavy však nie je možné uložiť zodpovednosť za nerešpektovanie kritérií objektivity konania zo strany orgánu rozhodujúceho o základnom práve. Je preto povinnosťou orgánu územnej samosprávy, ktorý rozhoduje o základnom práve občanov podľa čl.30 ods. 1 ústavy, aby si zaobstaral také odborné podklady (stanoviská), ktoré jednoznačným spôsobom odborne hodnotia tú otázku, o ktorej má v súlade s §11a ods. 4 zákona o obecnom zriadení rozhodnúť. [...] objektivite konania, v ktorom sa rozhoduje o uplatnení základného práva alebo slobody občanov, zodpovedá nie len jednoznačné vyjadrenie, ale aj odborne vyargumentované stanovisko k niektorej z otázok upravených v §11a zákona o obecnom zriadení“ – Rozhodnutie Ústavného súdu SR II. ÚS 9/2000.

¹⁴ Pozri napr.: V. Žofčinová, *Skončenie pracovného pomeru s dopadom na zamestnancov verejnej správy*, [v:] *Občan a verejná správa (ústavno-právne aspekty): zborník príspevkov z vedeckej konferencie s medzinárodnou účasťou konanej v dňoch 25–26 októbra 2007 v Košiciach*, Univerzita Pavla Jozefa Šafárika, Košice 2007, s. 221–229.

Všetky formy miestneho referenda sú rovnocenné z hľadiska záväznosti svojich platných výsledkov. Zákon o obecnom zriadení otázku záväznosti nerieši, nestanovuje žiadnu imperatívnu silu voči obecnému zastupiteľstvu, neuvádza ani či ide o miestne referendum konzultatívneho charakteru. Nedá sa teda určiť, či výsledky hlasovania budú pre obecné zastupiteľstvo záväzné. Len v prípade miestneho referenda týkajúceho sa odvolania starostu zákon o obecnom zriadení stanovuje (§ 13 a ods. 3), že mandát starostu zaniká vyhlásením výsledku hlasovania obyvateľov obce, ktorým sa rozhodlo o odvolaní starostu. Obecné zastupiteľstvo by malo rešpektovať výsledky platného miestneho referenda a prispôbiť svoje budúce konanie napr. aj v súvislosti s normotvorbou obce týmto výsledkom. Vynútiteľnosť takéhoto konania obecného zastupiteľstva je ale právne nerealizovateľná.

Istým spôsobom môžeme ako diskutabilný vnímať výklad subjektov referendálnej iniciatívy i subjektov oprávnených zúčastniť sa miestneho referenda. Subjekty oprávnené hlasovať v miestnom referende zákon o obecnom zriadení špecifikuje nejednoznačne vo viacerých svojich ustanoveniach. V § 3 ods. 2 medzi základné práva obyvateľov obce demonštratívne stanovuje „hlasovať o dôležitých otázkach života a rozvoja obce (miestne referendum)“.

Obyvateľa obce definuje ako „osobu, ktorá má na území obce trvalý pobyt“, z čoho vyplýva, že obyvateľom obce môže byť aj občan s iným, než slovenským štátnym občianstvom. Štátne občianstvo Slovenskej republiky teda nie je podmienkou, rozhodujúcou je otázka trvalého pobytu. S tým súvisí aj § 4 ods. 2 zákona o obecnom zriadení, ktorý medzi spôsoby výkonu samosprávy obyvateľmi obce zaraďuje aj hlasovanie obyvateľov obce.

Ustanovenie § 11 ods. 5 zákona o obecnom zriadení ako podmienku platnosti miestneho referenda stanovuje, že sa „na ňom zúčastnila aspoň polovica oprávnených voličov“. Počíta teda už s užším vymedzením než je pojem „obyvateľ obce“. Na druhej strane oprávneným voličom je ten, ktorému právny poriadok priznáva právo voliť, teda kreovať príslušné orgány. V zmysle čl. 30 ods. 1 Ústavy Slovenskej republiky „cudzinci s trvalým pobytom na území Slovenskej republiky majú právo voliť a byť volení do orgánov samosprávy obcí a do orgánov samosprávy vyššieho územného celku“. Z toho vyplýva, že oprávneným voličom pre samosprávu budú jednak občania Slovenskej republiky, jednak cudzinci s trvalým pobytom na území Slovenskej republiky. Na základe analógie (a súladu s Ústavou Slovenskej republiky) by im malo byť priznané aj právo zúčastňovať sa hlasovania v miestnom referende, resp. referende na území vyššieho územného celku, aj keď zákon o obecnom zriadení im toto právo priamo, ani sprostredkovane neuvádza.

¹⁵ Táto hranica je ale rovnaká pre všetky obce s diferentným počtom obyvateľov. Značne kuriózne by mohli vyznieť referenda domáhajúce sa napr. zrušenia niektorých orgánov obcí, pričom získať požadovaný počet podpisov by v malých obciach nemusel byť až taký problém. Aj keď zákon takúto možnosť výslovne nestanovuje, v žiadnom svojom ustanovení ju nevylučuje. Problematickou otázkou zostáva aj neexistencia taxatívne určených okruhových, ktorých sa miestne referendum dotýkať nemôže.

Zákon o obecnom zriadení stanovuje jednotné kvórum pre platnosť miestneho referenda (§ 11a, ods. 5) – výsledky sú platné, ak sa na ňom zúčastnila aspoň polovica oprávnených voličov a ak bolo rozhodnutie prijaté nadpolovičnou väčšinou účastníkov referenda. Praktická realizácia poukazuje na problematickosť uvedeného ustanovenia¹⁶. Obidva druhy (fakultatívne aj obligatórne) počítajú s požiadavkou 50% oprávnených voličov. Doterajšie skúsenosti s celoštátnym no i miestnym referendom potvrdzujú prísnosť tejto hranice. Nie je výnimočné oveľa nižšie, ba aj nulové kvórum pre platnosť referenda. V krajinách ako je napr. Švajčiarsko dochádza k početnejšiemu využívaniu výsledkov miestneho referenda práve v súvislosti s nižším kvórum pre platnosť miestneho referenda. V prospech zníženia kvóra pre platnosť svedčí aj klesajúca tendencia účasti oprávnených voličov jednak vo volebnom procese, no i v referendálnej účasti. Paradoxným sa tu javí aj fakt, že kým vo volebnom procese sú voľby platné bez ohľadu na to, aká bude účasť voličstva, pri miestnom referende to tak nie je. Naopak, vyžaduje sa absolútna väčšina oprávnených voličov, čo je napr. pri štandardnej (či lepšej) volebnej účasti 30–35% nedosiahnuteľné. Ak by sa teda pre platnosť akýchkoľvek volieb vyžadovala absolútna väčšina oprávnených voličov (tak, ako v prípade miestneho referenda), pravdepodobne by každé voľby boli neplatné. Vnímajúc v týchto súvislostiach legitimitu moci, ktorá je prípustne vyššia v procese priameho rozhodovania, ide naozaj o pozoruhodný jav. Narastajúci počet neúspešných pokusov o vykonanie miestneho referenda tento trend neodvráti, no naopak podporí. Znížená hranica kvóra pre platnosť a účinnosť výsledkov miestneho referenda odstupňovaná adekvátne počtu obyvateľov v obciach, by mohla zvýšiť šancu k reálnemu uplatňovaniu priamej demokracie hlavne v obciach s vyšším počtom obyvateľov.

Záver

Referendum, ako forma priamej demokracie a priamej účasti na správe vecí verejných si nepochybne pozornosť právnej teórie zasluhuje. O to viac, že obroda spoločenskej klímy vo vzťahu k verejným veciam bez dôsledného dodržiavania klasických princípov konštitucionalizmu zrejme možná nebude. Ústavnoprávna koncepcia lokálneho referenda v Slovenskej republike si nutne vyžaduje rozsiahlejší priestor a čestné miesto v samostatnom právnom predpise, ktorý obsiahne úpravu všetkých foriem priamej demokracie na lokálnej úrovni prvého, či druhého stupňa samosprávy. Terajšia strohá úprava skúmaných inštitútov pripúšťajúca výklad v mnohých smeroch napovedá, že problematických miest je skôr viac, ako menej. Tie naozaj závažné, s ktorými sa identicky stretávame aj pri referende na celoštátnej úrovni, sú pravidelne pripomínané. Pravdou je, že reálne doterajšie skúsenosti s ich uplatňovaním dávajú inštitút lokálneho referenda v Slovenskej republike do roviny ťažko použiteľnej.

¹⁶ K tomu pozri napr.: A. Krunková, *Výhody a nedostatky miestneho referenda v SR*, [v:] *Teória a prax verejnej správy: zborník príspevkov z vedeckej konferencie*, Fakulta verejnej správy Univerzity Pavla Jozefa Šafárika, Košice 2009.

Summary

Referendum at local levels in the Slovak Republic

Key words: referendum, local referendum, direct democracy, public authority, Slovak Republic.

The contribution deals with the direct democracy and its forms, as a component part of public authority mechanism. It points out the basis of public authority, which influences the existence and activities of the elements of direct democracy. It specifies the principles that are essential within determination of a place and position of a citizen – as an elementary actor of direct democracy as well as substantial factor of public authority. Through analysis of particular forms of direct democracy, it generates imperfections of legislation of these forms at local levels in the Slovak Republic.

Maria Casola

Università degli studi “Aldo Moro”
di Bari (Włochy)

Gli stranieri e la mediazione

La condizione dello straniero nel diritto comunitario

Occorre, precisare, a titolo di limite della nostra indagine, cosa si intenda per cittadini di Stati terzi. Quest’ultimi, così come si legge in atti fondati sul Titolo IV TCE, sono coloro cui fa difetto la cittadinanza di uno Stato membro dell’Unione¹. Tale nozione coincide, quindi, con quella di “stranieri” contenuta nell’art. 1 della Convenzione di applicazione del 1990 in materia di controllo delle frontiere esterne (“chi non è cittadino di uno Stato membro delle Comunità europee”).

Ciò posto, la demarcazione tra cittadini europei ed extra comunitari non è sempre così netta e una serie di eccezioni sono previste, come vedremo meglio nel corso della trattazione. Basti, ora, ricordare che, al fine di determinare la normativa comunitaria applicabile nei confronti di un cittadino di Stato terzo, occorre, in via preliminare, stabilire la sua condizione giuridica. In particolare, bisogna definire se tale individuo appartenga ad uno delle tre categorie “privilegiate” e possa, quindi, beneficiare di norme speciali². Le categorie in esame possono attualmente essere individuate come segue:

– cittadini di Stati terzi di diritto comune: non essendo beneficiari di nessuna norma speciale, il loro trattamento è determinato unicamente dalle misure applicabili indiscriminatamente nei confronti di tutti i cittadini di Stati terzi³;

¹ Precisamente, per “cittadino di Stato terzo” si intende “una persona che non è cittadino dell’Unione ai sensi dell’art. 17, par 1, del Trattato: si veda, ad esempio, l’art 2., lett a), della direttiva 2001/40, e rispettivamente, l’art 1, par 2 lett b), del regolamento 1030/02 citata. L’art 62 TCE prevede, altresì, l’adozione di misure volte a garantire “in conformità all’art. 14, che non vi siano controlli sulle persone, sia cittadini dell’Unione sia cittadini di Paesi terzi, all’atto di attraversamento delle frontiere interne; delle misure concernenti i controlli delle persone all’atto dell’attraversamento delle frontiere esterne, nonché quelle relative agli spostamenti dei cittadini dei Paesi terzi all’interno del territorio degli Stati membri per un periodo non superiore a tre mesi. Dalle disposizioni riportate risulta dunque che l’espressione “persone” ricomprende i cittadini dell’Unione e di Stati terzi.

² Le misure sull’ingresso, soggiorno, circolazione nell’Unione di cittadini di Stati terzi non si esauriscono in quelle cui ha riguardo il Titolo IV TCE. Vi sono regimi speciali come, ad esempio le norme comunitarie che attribuiscono al cittadino dell’Unione il diritto al ricongiungimento familiare.

³ A tal fine si veda l’*acquis di Shengen* ed in particolare l’attraversamento delle frontiere esterne.

– cittadini di Stati terzi membri della famiglia di un cittadino di uno Stato membro che risiede in un Paese diverso da quello di origine: sono beneficiari di norme particolari applicabili solo nei loro confronti;

– cittadini di Stati terzi che prestano servizi per conto di un'impresa stabilita in un Paese membro diverso da quello dove è prestato il servizio: sono ugualmente beneficiari di norme particolari applicabili nei loro confronti;

– cittadini di Stati terzi con i quali la Comunità ha concluso accordi di associazione o di cooperazione: sono beneficiari delle disposizioni di tali accordi che riservano loro un trattamento particolare.

Rispetto ai cittadini di diritto comune, quelli appartenenti agli altri tre gruppi possono essere definiti come dei “privilegiati” in quanto destinatari di norme particolarmente favorevoli nei loro confronti.

L'analisi proposta risulterà focalizzata, in un primo momento, sulla condizione di tali gruppi cd “privilegiati”, tuttavia, nel corso dell'esame di alcune questioni, come ad esempio, quella della cogenza della protezione dei diritti umani, si farà riferimento anche alla condizione dei cittadini degli Stati di diritto comune. Peraltro, data la su esposta distinzione, nel corso della trattazione, non si potrà individuare un unico sistema di norme che stabilisce il trattamento dei cittadini di Stati terzi nell'Unione europea, ma si andrà a considerare i diversi trattamenti che derivano dall'appartenenza o meno ad una delle suddette categorie.

Un'altra distinzione fondamentale per l'analisi del trattamento dei cittadini di Stati terzi nell'Unione europea si fonda sulla durata della loro permanenza nel paese ospitante⁴. Al di là della distinzione tra immigrati di breve o lungo periodo, quello che rileva per la nostra indagine, è la diversa posizione assunta, sempre nell'ambito dei migranti stranieri, fra cittadini di Stati terzi che sono entrati regolarmente nel territorio degli Stati membri dell'UE e che ivi soggiornano regolarmente ed i cittadini di Stati terzi che devono ancora entrare nel territorio (i cd postulanti) o che ivi soggiornano in maniera irregolare. Infatti, mentre alcuni diritti sono riconosciuti a tutti (e quindi anche ai migranti postulanti ed a quelli irregolari), una serie di altri diritti è riconosciuta solo

⁴ Cfr. H. Staples, *The legal status of third country nationals resident in the European Union*, The Hague 1999, p. 74, il quale sottolinea che la posizione dei cittadini di Stati terzi legalmente presenti nel territorio degli Stati membri, che abbiano espletato le pratiche necessarie per l'ingresso, che presentino i requisiti richiesti, che abbiano ottenuto un permesso di soggiorno o la residenza in uno dei Paesi membri, sia diversa rispetto a coloro che, al contrario, tentano di ottenere il permesso di entrare nel territorio di uno Stato membro, oppure lo abbiano ottenuto da un periodo di tempo relativamente breve. È possibile, infatti, distinguere tra immigrati di breve e di lungo termine. Sebbene nell'ambito del diritto comunitario non sia ancora possibile definire dal punto di vista “quantitativo” il limite temporale che determina il passaggio dall'una all'altra categoria, restando competenza dei singoli Stati stabilirlo, possiamo affermare delle differenze dal punto di vista “qualitativo”. Mentre gli immigrati di lungo periodo risultano inseriti permanentemente nel tessuto sociale dello Stato di residenza, quelli di breve periodo presentano una situazione meno stabile e definita. Muovendosi solo sulla base della durata della loro permanenza nel territorio di uno Stato membro, possiamo prefigurare per i primi l'obiettivo dell'integrazione, laddove per i secondi le prospettive si fanno più incerte non potendosi stabilire se e quando la temporaneità del loro soggiorno vorrà e/o potrà essere trasformata in una residenza definitiva.

a coloro che sono regolarmente soggiornanti. Anzi, per quest'ultimi, si parla oggi addirittura della necessità di definire un loro statuto, che comprenda anche molti diritti civili, politici, economici e sociali, su una base di trattamento paritario, salvo qualche eccezione, rispetto ai cittadini comunitari⁵.

Il quadro normativo

L'assunto sul quale occorre muoversi è l'inesistenza, allo stato attuale, di un centro decisionale unitario ed effettivo in grado di governare un fenomeno come quello migratorio di tale portata e gravità. Il quadro istituzionale risulta caratterizzato da una estrema varietà di fonti legali a tutela dei diritti degli immigrati e, pertanto, da un'evidente frammentazione della disciplina.

La sorte di cittadini extra-comunitari all'interno del territorio dell'Unione è spesso stata in balia di normative statali rigorosamente restrittive, frutto di politiche di difesa contro il fenomeno sempre più massiccio dell'immigrazione verso l'Europa di cittadini di molti Paesi estranei all'Unione europea.

Sono individui che non possono liberalmente spostarsi, che non possono stabilire il centro dei loro affari ove ritengano vi siano maggiori risorse e, quindi maggiore possibilità di soddisfazione dei propri bisogni. Non lo possono fare perché a fronte della propria domanda di ingresso persiste il diritto degli Stati di controllare i flussi migratori in entrata, diritto questo che si fonda sul superiore interesse al mantenimento dell'ordine pubblico interno. Infatti, nonostante il punto di svolta rappresentato dal Trattato di Amsterdam⁶, con il trasferimento della materia nel vero e proprio diritto

⁵ Un'applicazione di tale principio è ritrovabile nel TU delle disposizioni sull'immigrazione e sulla condizione dello straniero, approvato con il decreto legislativo n. L 286/1998 e modificato con la legge n. 189/2002, che, in sostanziale conformità con gli orientamenti della giurisprudenza costituzionale, conferma le posizioni giuridiche soggettive di cui è titolare lo straniero in Italia secondo una scansione che si può sintetizzare secondo il seguente schema: a) situazioni giuridiche soggettive (diritti e doveri) attribuite agli stranieri presenti alla frontiera e agli stranieri comunque presenti nel territorio dello Stato (siano essi in regola o no con le norme sull'ingresso e sul soggiorno degli stranieri); b) situazioni giuridiche soggettive che sono attribuite soltanto agli stranieri regolarmente soggiornanti; c) alcuni diritti fondamentali sono riservati soltanto agli stranieri titolari di carta di soggiorno o di determinati tipi di permessi di soggiorno di lunga durata; d) alcuni diritti attribuiti soltanto agli stranieri titolari di carta di soggiorno (e i figli minori conviventi in essa iscritti); e) ulteriori e diverse situazioni giuridiche più favorevoli per i cittadini extracomunitari si possono ricavare da eventuali disposizioni di accordi internazionali. Si veda anche B. Nascimbene in *Il diritto degli stranieri*, il quale fa una distinzione fra diritti fondamentali e diritti non fondamentali dei cittadini di Stati terzi.

⁶ Come sottolineano F. Pocar e I. Variego, in *Diritto comunitario del Lavoro*, 2001, p. 169 s., il Trattato di Amsterdam segna il passaggio della materia dal terzo pilastro al primo, ovvero dalla cooperazione intergovernativa ad un'azione comunitaria, "seppure di portata non generalizzata sussistendo regimi speciali riservati ad alcuni Stati membri e con il limite che gli Stati membri mantengano o introducano disposizioni di contenuto diverso da quelle comuni purchè compatibili con il trattato e con gli accordi internazionali". Per un esame dettagliato delle disposizioni del titolo in questione in materia di immigrazione e di asilo si vedano E. Adam, *La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo*, "Dir. Un. Eur." 1998, p. 481 ss; A. Adinolfi, *La circolazione dei cittadini di Stati terzi, obblighi comunitari e normativa nazionale*, [in:] *La libera circolazione dei lavoratori*, a cur. B. Nascimbene,

comunitario (primo pilastro), viene comunque riconosciuta agli Stati membri la facoltà di mantenere o adottare misure anche in presenza di atti comunitari (art 63 Trattato CE)⁷. Ciò equivale a dire che la Comunità europea ha una competenza legislativa in materia di asilo politico, immigrazione e controllo frontiere esterne, ma non ancora una competenza esclusiva. In conseguenza di ciò l'accesso al mercato del lavoro, alla previdenza sociale, all'istruzione, all'elettorato attivo e passivo così come il riconoscimento di taluni diritti dipendono, oggi, in via esclusiva dalle scelte dei singoli ordinamenti nazionali.

Una regolamentazione seppure minima in favore dei cittadini extra comunitari viene, invece, riconosciuta attraverso l'estensione dell'ambito di applicazione delle norme sul ricongiungimento familiare dei cittadini comunitari migranti⁸ o attraverso le disposizioni contenute in Accordi di associazione o cooperazione stipulati tra la Comunità e lo Stato di appartenenza⁹.

Il quadro normativo non muta neppure con la stipula del Patto di Schengen¹⁰ del 1985, con il quale i paesi firmatari hanno provveduto ad istituire un territorio comune senza frontiere, sì da consentire la libera circolazione delle persone all'interno dei

Milano 1998, 123 ss; I. Berger, *La politique européenne d'asile et d'immigration*, Bruxelles 2000; B. Nascimbene, *L'Unione europea e i diritti dei cittadini dei Paesi terzi*, "Dir. Un. Eur." 1998, p. 511 ss; B. Nascimbene, Mafrolla, *Recenti sviluppi della politica comunitaria in materia di immigrazione e asilo*, "Dir. Imm." 2002, p. 13 ss. Sulla disciplina del titolo IV nonché, in generale, sull'intero impianto del Trattato di Amsterdam cfr., tra gli altri, A. Tizzano, *Il tratto di Amsterdam*, Padova 1998.

⁷ Tale norma prevede che le misure adottate dal consiglio non ostano "a che uno Stato membro mantenga o introduca, nei settori in questione, disposizioni nazionali compatibili con il presente trattato e con gli accordi internazionali", così mantenendo fortemente radicata nei singoli ambiti nazionali, nella discrezionalità legislativa e regolamentare dei Paesi membri, la disciplina e la gestione del fenomeno. Occorre, altresì, ricordare come il nuovo Titolo IV del Trattato CE non si applichi alla Danimarca e che, per il Regno Unito e l'Irlanda, sia previsto un meccanismo di adesione volta per volta (*opting in*, art. 69 Trattato CE e relativi protocolli).

⁸ Non possiamo, altresì, dimenticare l'opera svolta dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee, con la sua giurisprudenza, nell'aver riconosciuto la natura direttamente applicabile di molti diritti come "l'accesso al lavoro" ed il "divieto di discriminazione", inizialmente sconosciuti ai cittadini extra-comunitari, in modo tale da permettergli di valersene dinanzi alle autorità e/o giurisdizioni nazionali. Su questo aspetto si avrà modo di ritornare nelle pagine che seguono.

⁹ Gli accordi di associazione trovano la loro base giuridica nell'art. 310 TCE. Come la Corte di giustizia ha precisato, nella sent. 30-9-1987, c 12/86, *Demirel*, [in:] *Racc.*, 3719 ss, "un accordo di associazione crea vincoli particolari e privilegiati con uno Stato terzo il quale deve, almeno in parte, partecipare al regime comunitario" (par. 9). In particolare, nella sentenza *Demirel*, la Corte ha precisato che, sebbene taluni accordi di associazione si presentino in forma di accordi misti, essa mantiene intatta la propria competenza a pronunciarsi in via pregiudiziale anche su quelle disposizioni "implicanti un impegno che solo gli Stati membri abbiano potuto assumere nell'ambito della propria competenza specifica" quando, come accadeva nel caso di specie, le disposizioni in questione rientrano in un settore di competenza della Comunità. Infine, affrontando, peraltro, la questione dell'efficacia diretta delle disposizioni di un accordo di associazione nell'ordinamento degli Stati membri. Essa è così giunta ad affermare, con un'espressione destinata a ripetersi nella successiva giurisprudenza comunitaria, che "una disposizione di un accordo stipulato dalla Comunità con Paesi terzi va considerata direttamente efficace, qualora, tenuto conto del suo tenore letterale, nonché dell'oggetto e della natura dell'accordo, implichi un obbligo chiaro e preciso la cui esecuzione ed i cui effetti non siano subordinati all'adozione di alcun atto ulteriore".

¹⁰ In argomento B. Nascimbene, *Lo spazio Schengen: libertà di circolazione e controlli alle frontiere esterne. Studi in onore di Francesco Capotorti*, II Milano 1999, p. 317.

paesi firmatari, senza documento dell'ordine pubblico. Tali accordi non vanno oltre la formula di una cooperazione di diritto internazionale pubblico.

In sostanza, dal diritto del cittadino comunitario, derivante dal regime di libera circolazione e da altri principi di diritto comunitario¹¹, di tutela della propria vita familiare sono sorti diritti e facoltà a favore del familiare extracomunitario: diritti e facoltà che hanno, però, natura derivata e, come tali destinati molto spesso ad estinguersi con il venir meno del rapporto parentale; essi in secondo luogo, non possono arrecare alcun beneficio al gran numero di cittadini extra comunitari non coniugati o che si leghino a cittadini europei "sedentari", che esercitino la loro libertà di circolazione nell'Unione scegliendo di non circolare liberamente e di mantenere la residenza presso i luoghi nati. Quest'ultimi, infatti, che definirei di diritto comune, in quanto non beneficiari di nessuna norma speciale, non potranno pretendere il rispetto dei diritti fondamentali "comunitari" qualora colpiti da un provvedimento statale di espulsione.

Di qui l'evidente disparità di trattamento tra queste due categorie di soggetti nel godimento di diritti pure proclamati dalla stessa Corte di giustizia "fondamentali" e che, quindi, in ragione di tale qualifica, dovrebbero essere tutelati in modo tendenzialmente universale, e cioè nei confronti di tutti gli esseri umani o, almeno, di tutti i cittadini.

Ma non c'è da stupirsi se diritti e garanzie siano stati distribuiti a quei soggetti che siano utili allo scopo, quali importanti tasselli dell'economia del Paese. In effetti i punti d'appoggio sui quali il giudice comunitario ha eretto la griglia di tutela per (taluni) immigrati sono stati il diritto di accesso ad un lavoro ed il divieto di trattamenti discriminatori in ambito lavorativo e previdenziale; e gli snodi attraverso i quali è passato, sono stati (e saranno), le nozioni di "lavoratore", "lavoro regolare" e simili.

¹¹ Si verifica, cioè, anche nel campo dei diritti fondamentali, quel fenomeno definito dalla dottrina come *spill over effect*, che porta ad estendere l'ambito di efficacia del diritto comunitario ben oltre i limiti disegnati dal principio delle competenze di attribuzione e dal principio di sussidiarietà. Questo anche perché la naturale "superiorità" della normativa comunitaria rispetto alla legge ordinaria, inducono l'interprete a ravvisarvi principi generali, che tendono a proiettarsi al di fuori di tali materie. In questo modo la Corte ha indubbiamente elevato, lo standard di protezione e, quindi, esteso il contenuto di taluni diritti. Tale *vis* espansiva dei diritti è a sua volta indotta dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, i cui risultati in punto di garanzia vanno a far parte dell'*acquis communautaire* relativo alle caratteristiche dei diritti medesimi. Sul punto si veda G. Tesaurò, *Il ruolo della Corte di giustizia nell'elaborazione dei principi generali dell'ordinamento europeo e dei diritti fondamentali*, [in:] *Associazione Italiana dei costituzionalisti, Annuario 1999*, La Costituzione europea, "Atti del XIV Convegno annuale" 2000, p. 309 ss. Peraltro, il processo di circolarità e di osmosi tra i due ordinamenti fa sì che garanzie introdotte in funzione dell'effetto utile passano poi al diritto interno e, dunque, si pongono a tutela di situazioni soggettive non comunitarie. Sul punto si veda U. Galetta, *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della p.a.*, "Riv. it. dir. pubb. Com." 2005, p. 851 ss. Ciò posto, dato altresì la comunitarizzazione dell'asilo e dell'immigrazione, l'estensione a tali settori della competenza pregiudiziale della Corte, nonché la realizzazione dei su esposti processi, si assiste all'estensione dell'ambito di applicazione di quei diritti e principi, inizialmente propri dei cittadini comunitari, anche a favore di extracomunitari. Esempi di capitale importanza per i singoli è l'attuale godimento del "diritto di accesso al lavoro", "il divieto di discriminazione".

I mezzi di tutela

Ci si chiede se vi sono modi per rimediare sin d'ora ad eventuali situazioni di svantaggio per lo straniero. Allo stato attuale le speranze sono riposte nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e, ad esempio, nel suo articolo 8 (diritto fondamentale al rispetto della vita privata e familiare).

Poiché la Corte di Giustizia ha sempre riconosciuto che essa deve far salva la sostanza dei diritti fondamentali della persona nell'applicazione ed interpretazione del diritto comunitario (art. 6 TUE), i margini per utilizzare l'art. 8 CEDU sembrano sussistere. Eventuali misure pregiudizievoli per lo straniero non sempre potranno loro applicarsi da parte delle autorità statali se non bilanciate con il rispetto di tali diritti.

L'UE e così i singoli Stati membri non possono venire meno all'impegno circa il rispetto dei diritti assicurati dalla CEDU; ciò comporterebbe, non solo una responsabilità nei confronti degli Stati che sono parti a quest'ultima ma anche una responsabilità più ampia connessa al mancato rispetto di norme di *ius cogens*¹². Esistono, infatti diritti fondamentali assoluti ed inderogabili, riconosciuti anche dalla stessa giurisprudenza comunitaria (sent. *Schmidberger*) che vengono sottratti dal bilanciamento con interessi pubblici o privati concorrenti, perché protette da norme collocate al vertice di gerarchie formali. Lo stesso bilanciamento che non impedisce l'applicazione della regola islamica sul matrimonio poligamico nel ricongiungimento della seconda moglie con i propri figli, dando un assetto che l'ordinamento del paese ospite non può ignorare. A prevalere è l'unità familiare.

Proprio l'arrivo di tanti clandestini fa pensare all'inadeguatezza concettuale delle nostre società, in particolare di quella europea. Si parla di multicultural e multietnia: non basta. Occorre, il coraggio di affermare la molteplicità sistemico-giuridica; cosa che in parte si sta profilando, per esempio, in Inghilterra, con il riconoscimento delle Corti islamiche, le quali, in territorio britannico applicano un altro diritto.

Lo stesso articolo 63 TCE, richiamato all'inizio del mio intervento, introduce un'ulteriore modalità di *enforcement* della normativa internazionale in materia. Quest'ultima infatti viene a costituire un limite all'intero sistema normativo così creatosi per effetto delle norme internazionali, comunitarie e nazionali, risolvendo le ipotesi di conflitto attraverso l'inderogabilità in *pejus* degli *standards* di tutela previsti. Dire che lo Stato possa mantenere una disciplina propria nonostante l'intervento comunitario non preclude l'obbligo per il primo di rendere la propria legislazione compatibile non solo con il diritto comunitario successivo¹³, perché migliorativo, ma anche e soprattutto

¹² Si veda a tal fine l'art 53 della Convenzione di Vienna concernente la prevalenza delle norme imperative di diritto internazionale, fra cui figurano ormai un buon numero di diritti dell'uomo, quali incorporati fra l'altro nella Convenzione EDU.

¹³ Ricordiamo che fondamento giuridico di una simile comparazione sia ritrovabile negli obblighi che lo Stato ha assunto nei confronti della Comunità, che derivano dal principio di leale collaborazione (art. 10 TUE).

se più favorevole con gli accordi internazionali¹⁴; e nel caso, in cui intenda introdurre una disciplina nuova, deve tener conto dei sopra esposti parametri e non adottare soluzioni ad esso incompatibili¹⁵.

Emerge pertanto un quadro di minimo garantito di tutela che non pregiudica il rispetto di *standards* più elevati altrimenti previsti. L'attività interpretativa ne risulta condizionata. Spetterà all'interprete nel caso in cui rilevi antinomie tra le disposizioni in discorso stabilire se la normativa nazionale, pur essendo derogatoria, comparata a quella comunitaria o internazionale sia meno favorevole per l'immigrato. Solo in tali casi non dovrà applicare la norma interna e far prevalere la norma comunitaria e/o internazionale rilevante al medesimo titolo¹⁶.

Il ruolo della mediazione

È superfluo non ricordare il ruolo del mediatore nella gestione delle diverse tipologie di conflitto, che coinvolgono immigrati, sia nell'ambito della macro-interculturalità (fra comunità sociali, religiose etc.), sia della cosiddetta micro-interculturalità (fra individui o in contesti relativamente piccoli come la famiglia, la scuola etc.). Senza dimenticare le esigenze di carattere sociologico di integrazione sul territorio delle diverse comunità, a livello di quartiere e vicinato, dove si rischiano fenomeni di ghettizzazione, marginalizzazione, esclusione sociale, devianza e insicurezza, come nelle *banlieu* francesi o nei quartieri dove vivono solo i turchi in Germania oppure nei ghetti di minoranze afro-asiatiche in Regno Unito. In tutti i casi la mediazione è considerata strumento strategico per i processi di integrazione.

La presenza stabile di milioni di cittadini stranieri in vari Paesi dell'Unione europea, a cominciare da quelli dell'Europa occidentale, sollecita quotidianamente gli organismi politici e i legislatori a promuovere un ampliamento delle potenzialità delle reti di protezione sociale.

¹⁴ A tal fine, si ricorda per l'Italia che, ai sensi dell'art. 10 della Cost, il contenuto di una tal "legge" potrà essere costituzionalmente legittima soltanto se rispetterà le norme consuetudinarie internazionali e le disposizioni previste dagli accordi internazionali in vigore (tra cui in particolare la CEDU). Un esempio è dato dalla l. n. 40 e il TU, con le più recenti modifiche introdotte dalla Legge Bossi-Fini, in cui costante è il richiamo alla sua conformità al diritto internazionale, consuetudinario e pattizio; al primo riferendosi con l'espressione "principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti"; al secondo compiendo numerosi rinvii. Fra questi, agli accordi bilaterali che, in virtù del principio di favor prima ricordato, prevedono condizioni più favorevoli per i cittadini degli Stati contraenti in ordine alla cooperazione atta a prevenire o evitare le immigrazioni clandestine. Si veda peraltro, G. D'Orazio, *Lo straniero nella Costituzione italiana*, Torino 1998, p. 76; F. Coccozza, *Diritto comune delle libertà in Europa. Profili costituzionali della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Torino 1994, p. 66.

¹⁵ Ricordando sempre per il nostro Paese la legittimità costituzionale di ogni norma vigente in materia di stranieri con riferimento alla riserva di legge rinforzata prevista dall'art 10, comma 2, Costituzione.

¹⁶ Tale orientamento (prevalenza della soluzione più favorevole) andrebbe, altresì, a costituire uno strumento di coordinamento di eventuali contrasti interpretativi, posti in essere da corti giurisdizionali nazionali e non. Chiari sono i richiami all'art. 53 della CEDU ("salvaguardia dei diritti dell'uomo riconosciuti") nonché art 53 della Carta di Nizza, in cui si cerca di evitare che siano adottate interpretazioni che, in qualche modo, pregiudichino livelli di tutela eventualmente più elevati adottati in seno ad altri ordinamenti.

Da tempo, per esempio, in vari contesti nazionali sono state avviate iniziative sperimentali di mediazione finalizzate alla promozione della piena fruizione, da parte di cittadini, famiglie e minori stranieri, dei servizi del welfare locale quale parte integrante di una più generale strategia di valorizzazione del rispetto, del dialogo e della pacifica convivenza tra culture. La mediazione ha una funzione diretta a risolvere problemi, proporre soluzioni, governare fenomeni, valorizzare risorse della società multietnica e multiculturale¹⁷.

Secondo una recente ricerca¹⁸ conoscitiva sulla figura del mediatore risulta che “in alcuni Paesi (Spagna, Francia, Italia, Germania) l’attività di mediazione è realizzata direttamente da persone fisiche, da individui che operano in prima linea a stretto contatto con le questioni legate al fenomeno dell’immigrazione, fornendo specifica consulenza in differenti contesti e situazioni, per conto di vari committenti e utenze (pubbliche e/o private). In altre realtà geografiche (per esempio Regno Unito) il dispositivo è invece strettamente incardinato e connaturato all’azione di strutture appositamente preposte a tale funzione”. Detto in altro modo nel primo caso la mediazione coincide con l’azione di una figura terza inserita tra due polarità (comunità autoctona e comunità immigrata o di origine immigrata; istituzioni da un lato e immigrati dall’altro) che si trovano in una situazione di incomprensione e conflitto. Nel secondo caso invece la mediazione è realizzata da figure organiche a strutture operanti sul territorio, per esempio maestri, personale paramedico, ecc, che possono svolgere il ruolo usuale previsto da tali servizi, ma con una sensibilità particolare per favorire l’accesso ai servizi da parte di cittadini di origine straniera o appartenenti a minoranze etniche e culturali. Il ruolo che il mediatore è chiamato a svolgere può essere diverso secondo il contesto territoriale in cui opera: da un lato interprete, soprattutto in Paesi di immigrazione più recente (per esempio Italia, Grecia, Spagna) ma anche più consolidata (Francia, Germania), dall’altro mediatore sociale puro, in prevalenza in quelle realtà socio-culturali con immigrazione e percorsi di integrazione di lunga durata (Regno Unito, Germania e Francia).

Sul piano dei meccanismi di tutela dei diritti fondamentali degli stranieri accanto agli strumenti tradizionali, sicuramente utile potrà essere considerato quel modello che solo da pochi anni ha iniziato a diffondersi nella nostra cultura, incentrato sulle tecniche di mediazione quale gestione alternativa dei conflitti.

¹⁷ La figura del mediatore è promossa dalle ONG e dalle associazioni (laiche e cattoliche) che offrono assistenza agli immigrati. In Italia, per esempio, già da tempo la comunità scientifica ha accompagnato tali sperimentazioni interrogandosi sulle dimensioni funzionali e professionali dell’intervento mediatorio, mentre diverse Regioni hanno approntato una prima regolamentazione della figura professionale. La figura è coinvolta anche nelle prime realtà di accoglienza straordinaria e di emergenza (Centri di permanenza temporanea, centri per minori e per adulti di secondo livello) e viene chiamata primariamente in causa per fungere da “ponte” fra le differenti comunità etniche nei diversi contesti di riferimento.

¹⁸ La realizzazione di una “Ricerca esplorativa e conoscitiva sulla figura del mediatore culturale in ambito nazionale e comunitario” è stata affidata all’Isfol e finanziata nell’ambito della programmazione del Fondo Sociale Europeo 2000–2006 – Pon Obiettivo 3 – Asse B, Misura B1, Piano straordinario Isfol 2005–2007. La ricerca, condotta dall’Area “Analisi dei fabbisogni e dell’evoluzione tecnologica ed organizzativa” dell’Isfol, ha analizzato i seguenti Paesi europei: Italia, Francia, Germania, Grecia, Regno Unito e Spagna.

Esso costituisce uno strumento di accesso alla giustizia, “quale movimento mondiale per rendere i diritti effettivi”, secondo la prospettiva dischiusa dal grande progetto sull’*Access to Justice* promosso da Mauro Cappelletti, negli anni settanta del secolo XX, a partire da Firenze¹⁹. Tre “ondate” caratterizzano il movimento: la prima è costituita dallo sviluppo degli strumenti di assistenza giudiziaria ai non abbienti, la seconda è diretta ad organizzare una reazione aggregata delle vittime di illeciti plurioffensivi (tutela collettiva, *class action*), la terza ondata è animata dalla semplificazione delle procedure e sviluppo dei metodi negoziali di composizione delle controversie.

Per garantire un miglior accesso alla giustizia, già il Consiglio europeo di Tampere nel 1999 ha invitato gli Stati membri ad istituire procedure extragiudiziali e alternative di risoluzioni delle controversie in materia civile (e commerciale); nell’aprile 2002 la Commissione ha presentato un libro verde sui modi alternativi di risoluzione delle controversie, intraprendendo consultazioni ad ampio raggio con gli Stati membri sull’opportunità di promuovere l’utilizzo della mediazione, per fornire un rimedio extragiudiziale, conveniente e rapido delle controversie civili, attraverso procedure più snelle, flessibili e informali.

La domanda di giustizia è venuta, pertanto, a significare, sempre più decisamente e per moltitudini sempre più vaste, domanda di uguaglianza non soltanto formale, ma reale ed effettiva uguaglianza di possibilità di sviluppo della persona e uguale dignità dell’uomo.

Alla luce di questa nuova domanda di giustizia va inteso per l’Italia, ad esempio, l’art 2 del D.lgs n. 28 del 2010, sulla “mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali”, che riporti: “1. Chiunque può accedere alla mediazione per la conciliazione di una controversia civile e commerciale vertente su diritti disponibili, secondo le disposizioni del presente decreto. 2. Il presente decreto non preclude le negoziazioni volontarie e paritetiche relative alle controversie civili e commerciali, né le procedure di reclamo previste dalle carte dei servizi”.

Il ricorso alla mediazione diviene, altresì, per talune controversie, “condizione di procedibilità della domanda giudiziale”, attecchendosi, pertanto, nella sostanza, a condizione di accesso alla tutela giurisdizionale²⁰. In questi casi la mediazione è gratuita per i soggetti che nel processo beneficiano del gratuito patrocinio e, pertanto, anche per gli stranieri (Testo unico di spese di giustizia).

¹⁹ Cfr. M. Cappelletti, B. Garth, *Access to justice: The worldwide movement to make rights effective. A general report*, 1, 1, Milan – Alphenaaandenrijin 1978–1979, p. 3 ss.; il tema è stato ripreso recentemente da Varano, nella presentazione a *L’altra giustizia. I metodi alternativi di soluzione delle controversie nel diritto comparato*, a cura di V. Varano, Milano 2007.

²⁰ Si veda l’art. 5, “condizione di procedibilità e rapporti con il processo”, del D.lgs n. 28 del 2010: 1. Chi intende esercitare in giudizio un’azione relativa ad una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, e’ tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto.

In relazione alla rapidità e semplicità di accesso alla mediazione, il D.Lgs. 4 Marzo 2010 n. 28 ha previsto diverse misure, dirette in generale ad incentivare la diffusione della mediazione (sia in termini di “procedura alternativa” che in termini di “cultura alternativa”). Tra gli “incentivi” alla mediazione rientra certamente anche la possibilità di richiedere il gratuito patrocinio a spese dello Stato (ex art. 17, comma 5 D.Lgs. 28/2010): “Quando la mediazione è condizione di procedibilità della domanda ai sensi dell’articolo 5, comma 1, all’organismo non è dovuta alcuna indennità dalla parte che si trova nelle condizioni per l’ammissione al patrocinio a spese dello Stato, ai sensi dell’articolo 76 (L) del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia di cui al decreto del Presidente della Repubblica del 30 maggio 2002, n. 115”²¹.

Pertanto, Come si accede alla mediazione gratuita? “[...] la parte è tenuta a depositare presso l’organismo apposita dichiarazione sostitutiva dell’atto di notorietà, la cui sottoscrizione può essere autenticata dal medesimo mediatore, nonchè a produrre, a pena di inammissibilità, se l’organismo lo richiede, la documentazione necessaria a comprovare la veridicità di quanto dichiarato” (art. 17, comma 5, D.Lgs. 28/2010). All’atto della presentazione dell’istanza di mediazione, la parte allega alla domanda una dichiarazione sostitutiva dell’atto di notorietà e la documentazione comprovante la veridicità di quanto dichiarato, ossia: attestazione ufficio del lavoro; dichiarazione dei redditi; stato di famiglia.

Summary

Foreigners and mediation

Key words: foreigners, human rights, means of protection, mediation.

The article aims to highlight the absence, at present, of a decision-making unit and effectively able to govern a phenomenon such as migration of large-scale and severity. The institutional framework is characterized by a great variety of legal sources to protect the rights of immigrants and, therefore, a clear and fragmentation of the discipline. In particular, it focuses on the ways to remedy any disadvantage to the stranger. The demand for justice has come to mean more and more decidedly and increasingly vast multitudes, demand for equality not only formal but real and effective equality of

²¹ Il procedimento di mediazione risulterà quindi completamente gratuito per coloro che abbiano un reddito inferiore a 10 628,00 euro annui (all’art. 76 del T.U. Spese di Giustizia). Se l’interessato convive con il coniuge o con altri familiari, il reddito è costituito dalla somma dei redditi conseguiti nel medesimo periodo da ogni componente della famiglia, compreso l’istante. Tanto la nozione di familiare quanto quella di convivente vanno intese in senso ampio: familiare è anche il convivente *more uxorio*, così come devono considerarsi conviventi anche i familiari dell’istante che si trovino in stato di detenzione. Invece, si tiene conto del reddito prodotto dal solo interessato nei procedimenti in cui gli interessi di quest’ultimo siano in conflitto con quello degli altri componenti del nucleo familiare.

opportunity for personal development and equal dignity of man. In terms of access to justice, certainly useful model that can be considered only in recent years has begun to spread in our culture, focusing on the techniques of mediation as an alternative management of conflicts. It is, therefore, in-depth, the mediator's role in the management of different types of conflict involving immigrants, both in the macro-interculturality (including community social, religious, etc.) And the so-called micro-interculturality (between individuals or in relatively small as the family, school, etc.).

Patricia Panero Oria

Universidad de Barcelona (Hiszpania)

The methodological criteria of counterpropositions within the Roman social legal framework

I

1. Today, legal systems are typically classified into two types, whose names are owed to Schulz and their diffusion to Esser¹. These two types of system go beyond the classic controversy between the jurisprudence of concepts² and the jurisprudence of interests³. One of these types is the “closed” system of legal regulations. An example of this type would be continental European law, in which matters are codified and which can be traced back to the axiomatic thinking of the “classical” world⁴ (Aristotle), and which in modern times, relates to a systematic manner of thinking (Hartmann)⁵. The other type of legal system is the “open” system, which involves

¹ F. Schulz, *Storia de la giurisprudenza romana*, Italian translation by G. Nocera, Firenze 1968. Original version: *History of Roman Legal Science*, Oxford 1946 (ed. Anastática 1953); J. Esser, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*, Spanish translation by V. Fiol, Barcelona 1961. Cfr. criticism by De Castro, ADC, XI, 1, p. 235 ff. and 283 ff. Original version, *Grundsatz und Norm*, „Untersuchungen zur Vergleichenden Allgemeinen Rechtslehre und zur Methodik der Rechtsvergleichung“ 1956.

² E. García de Enterría, in his prologue to T. Viehweg, *Tópica y jurisprudencia*, Madrid 1964, p. 12, n. 5 (the Spanish version of *Topik und Jurisprudenz*, Munich 1963) states that Wieacker (cfr. full bibliographic reference ibidem) spoke fairly of “the boring controversy surrounding the so-called jurisprudence of concepts”.

³ Seidl takes us on a tour of Roman sources related to the difference between the jurisprudence of concepts and the jurisprudence of interests in his succinct and brilliant work, criticised by M. Kaser, *En torno al método de los juristas romanos*, translation by J. Miquel, Valladolid 1964, pp. 32 to 34, and specifically in his very extensive n. 74.

⁴ Kaser, *En torno al método...*, pp. 10 *in fine* and 11, specifies that axiomatic thought derives from a series of fundamental rules and concepts which, as axioms (hence the name), do not need to be proven. From these rules and concepts, by using logical deduction, all of their maxims and concepts can be derived. These will not be capable of contradicting one another or be derived or deduced from others, or from the system. Kaser concludes that only this type of legal system can be considered a “system” in the Aristotelian sense.

⁵ Nicolai Hartmann’s category is reminiscent of García de Enterría in the prologue to Viehweg, *Tópica y jurisprudencia...*, p. 13 and it is Viehweg himself, op. cit., p. 51, who summarises Hartmann’s counterpro-

a series of solutions to legal problems (today, the case law method)⁶. Examples include English and Anglo⁷-American⁸ law, in which matters are not codified and which can be traced back to the classical world and *ius Romanum*⁹ and problem-focused or topical thinking (Cicero)¹⁰, and in modern times is related to aporetic thinking (Hartmann)¹¹.

2. Following this minimal doctrinal reminder, a warning should be given that some legal systems today, depending on the *argumenta* formulated *a repugnantibus* (to use Cicero's terminology)¹² as salient aspects, are not produced "in all their purity", to paraphrase Kaser¹³. On the contrary, it is *communis opinio* that the traditional distinction between "open" and codified or "closed" legal systems has become blurred, due to an inversion of the factors on which they operate. Therefore, without attempting to be exhaustive, it is fitting to present both critical observations, *a contrario*, and distinctive criteria that have been pointed out regarding certain legal systems. Taking the signifier/signified relationship as a basis, these points will make it possible to combat the dogmatism and rigidity of those salient aspects and, at the same time, support, not only our latest general statement that today the differences discussed here have become blurred, but also that their portrayal is, at the very least, questionable.

3. As anticipated, our observations will relate to: matters of law; the axiomatic and the problematic; the value or values of the *Topics*; and the systematic and the aporetic.

1) It is important to remember that although matters of law are codified in closed systems, they are interpreted, supplemented and reworked within the categories and means of casuistic law. Meanwhile in open systems, although matters of law are not codified, statute law includes important components of regulatory law¹⁴.

position between systematic-thinking and problem-focused thinking starting from the problem and bearing in mind that if emphasis is placed on establishing a system, the system operates on a selection of problems; if focus is placed on the problems, then a system is sought that will help in finding the solution.

⁶ A problem is understood to mean any matter that apparently has more than one solution.

⁷ Especially Australia and New Zealand.

⁸ That is, the United States of America (except Louisiana) and Canada (except Quebec).

⁹ Cfr. for all, to be used as a type of manual, differences between the Roman jurisprudential system and current open (legal) systems in M.J. García Garrido, *Derecho Privado Romano*, Madrid 1991, pp. 117–120.

¹⁰ Kaser, *En torno al método...*, p. 12 *if* and 13 *pr.* reminds us that topical thinking does not start from within the system as a whole, from which the applicable rule to resolve the case can be retrieved *by deduction*. Instead, it starts within the case itself and involves searching for the premises that will allow the case to be resolved and attempting to produce general guidelines and guiding concepts that will allow the solution to be *induced*. These guiding concepts are *topoi*, while *topics* consist of "the art of finding these *topoi*".

¹¹ Viehweg, *Tópica y jurisprudencia...*, p. 52, summarises the counterproposition in this way: Systematic thinking stems from the whole; aporetic thinking works the other way around.

¹² Cicero, *Top.* III, 21.

¹³ Kaser, *En torno al método...*, p. 10.

¹⁴ Cfr. for all, *ibidem*.

2) Regarding the opposition between problem-focused¹⁵ (topical)¹⁶ thinking and deductive (axiomatic) thinking we must point out that in the majority of cases this opposition is misguided, since the concepts belong to different areas of logic (they are not conflicting and are certainly not incompatible) and they operate at different times within the rational process¹⁷. In other words, further to playing a first analytical role, topics can play a second synthetic one¹⁸, through which a system can be constructed¹⁹.

3) At least two components should be mentioned in relation to the value (or values) of the word *topics*: classical sources and current doctrine. In classical sources, while *Topics* is univocal as the signifier, it is equivocal as the signified²⁰. Today, the Aristotelian signifier of *Topics* still exists (=formulation of a “theory” of the dialectic), but for contemporary jurists, its meaning is Ciceronian and is centred on the “practice” of argumentation. Also, remember that in modern doctrine a distinction is made by Viehweg, between a first-degree and second-degree topic²¹, the latter of which consists

¹⁵ Kaser, (following Viehweg), *En torno al método...*, p. 14, summarises that the topical searches for premises that are not susceptible to deduction, while logic, on the other hand, syllogises to create premises. Reminds us that anyone who uses topics to deal with a problem (hence, for some such as Viehweg, the terminological comparison between the problematic and the topical) cannot reject deductive thinking. This is because although the initial premises are induced, their application to the specific case is achieved using logical deduction.

¹⁶ *Topics* has a role that, in the language established by Viehweg, *Tópica y jurisprudencia...*, is problematic; hence the terminological comparison alluded to in the previous note.

¹⁷ Guzmán, *Historia de la interpretación de las normas en Derecho Romano*, Santiago de Chile 2000, p. 311, who I follow, criticises Viehweg’s counterproposition. Guzmán tells us that what Viehweg is really trying to do, is to differentiate between codified and uncoded legal systems.

¹⁸ Ibidem, p. 312, calls this second role systematic.

¹⁹ Viehweg, *Tópica y jurisprudencia...*, p. 34, explains this in the following way: Aristotle distinguishes between that which is apodictic, field of truth, attributable to philosophers; and that which is dialectic, field of opinion, which corresponds to rhetoricians and sophists. *Topics* comprise the art of argument and belong to dialectical rather than apodictic terrain; *topoi* are dialectical and rhetorical conclusions. Cicero does not allude to this distinction. Invention = discovery (*ars inveniendi*) art of discovering arguments, and the formation of judgement (*ars iudicandi*), are the essential parts of the dissertation, where he called the first topics and the second, dialectic.

²⁰ Thus, with the title *Topics*, Aristotle composed a philosophical book: he formulates a theory of the dialectic as a rhetoric art and is primarily interested in causes. Cicero, on the other hand, with the same title, produces a prescriptive tool; he centres on the practice of argumentation; he attempts to apply a specific catalogue of topics and is interested in the results. Cfr. Viehweg, *Tópica y jurisprudencia...*, pp. 43–45 and in general, ch. II, *La Tópica aristotélica y la Tópica ciceroniana* pp. 32 ff. Aristotle distinguishes between that which is apodictic, field of truth, attributable to philosophers and that which is dialectic, field of opinion, which corresponds to rhetoricians and sophists. *Topics* = the art of argument, and belongs to dialectical rather than apodictic terrain. Therefore, *topoi* are dialectical and rhetorical conclusions. Cicero does not allude to this distinction. Invention = discovery (*ars inveniendi*), the art of discovering arguments, and the formation of judgement (*ars iudicandi*) are the essential parts of the dissertation, in which he called the first topics and the second, dialectic.

²¹ Viehweg, *Tópica y jurisprudencia...*, pp. 52, 53 and 77, summarises by saying that the first-degree topics originate in the case itself, involve searching for the premises that might serve to resolve the case and then attempting to produce general guidelines or guiding concepts that allow a decision to be induced. This observation shows that in daily life, this is almost always the usual way to proceed. Kaser, *Método de los juristas...*, pp. 12 and 13, completes this note in his summary that: the guiding concepts are *topoi*, while topics are the art of discovering them.

of applying a simple repertoire of previously produced points of view or catalogues of topics²².

4) Regarding the systematic and the aporetic, prudence would counsel us to avoid identifying the term “system” with “axiom”, which has the reverse effect of making that which is systematic and that which is topical irreconcilable (when this is not the case). Certainly, system-thinking comes from the whole, while in aporetic thinking the reverse occurs. However, it is no less certain that the two functions are compatible. What they reveal is that if emphasis is put on the “system”, this system will be established by selecting problems, whereas if emphasis is placed on the “problem”, then it will be necessary to search for a system to find the solution²³.

4. According to Torrent²⁴, it is frequently stated that common law recognises case law as a primary source of law, and that therein lies its major difference from civil law, which only recognises enacted law or statute as a formal source of law. However, he also emphasises, and in this he coincides with Cannata, the undeniable fact that case law precedents carry extreme importance and authority in continental European systems as well. So much so that, in many fields, it is not the law that is “known”, but rather it is the related case law that is “known”²⁵.

5. As the purpose of this work is to formulate some observations about the methodological criteria of counterpropositions, we shall now move on to focus on *argumentum a repugnantibus* and *digestorum libri*. It is our intention that considering this type of legal literature more closely may be fruitful and form a basis for argument, since in *ius Romanum* itself (represented by these *digesta*) radicalisms and extreme opposition can be avoided, and it may be an *iter* to invoke in support of an intermediary route or, at least, a less extreme position.

II

The *Libri digestorum* (or *Digesta*) are authentic treatises on *ius privatum*, which follow the expository order of the *Edictum Pretorium*²⁶. They came into being as

²² A catalogue of topics, under the title *de regulae iuris antiquae*, is supplied by D. 50.17.

²³ Guzmán, op. cit., pp. 312, defends this compatibility and actually calls the second function (see our n. 21) systematic. For the connections, in synthesis, between problem-focused and systematic thinking as explained by Hartmann, cfr. Viehweg, *Tópica y jurisprudencia...*, pp. 50–52. Complete bibliographic references to Hartmann, op. cit., p. 49, n. 24, without forgetting our notes 19 and 21. Remember the obvious: a problem is any matter that apparently allows more than one response and for which it is necessary to find one single response as a solution, which leads to the problem becoming incorporated into a system.

²⁴ A. Torrent, *Fundamentos del Derecho Europeo*, Ciencia del Derecho: derecho romano – *ius commune* – derecho europeo, Madrid 2007, pp. 248–260; 343–345.

²⁵ Cfr. for everyone, C.A. Cannata, *Historia de la ciencia*, ch. XIV: I) Dos tradiciones jurídicas II) Case law y dogmatic, pp. 238–242.

²⁶ Ibidem, p. 77.

a genre of legal literature²⁷ in its pre-classical phase with the *veteres* and, specifically, in the circle of the *Servi auditores*²⁸. It is no coincidence that Servius Sulpicius Rufus, considered to be the leading jurist at the end of the Republic (along with Quintus Mucius Scaevola²⁹), in addition to being a prolific teacher³⁰, was the first to bring scientific activity into the field of *ius honorarium*, whose productive source is the Praetor's Edict itself. His follower Alfenus Varus was the first to write a work of this name: *Digesta*, a signifier, which importantly, comes from the verb *digerere* = to order, and therefore means order. This idea is anticipated in its title and it ends by reflecting through its successive proponents, better than any other type of work within the legal literature (with the logical exception of the *libri institutionum*), the systematic tendency of the classical jurists. The contents of Alfenus' *digestorum libri* were, in essence, his own *responsa* and, above all, those of his maestro, which probably does not prevent³¹ them from having the nature of private law treatises, as stated in their definition³². It is normally maintained that in classical times the *igesta* changed the actual order of

²⁷ A. Guarino, *L'esegesi delle fonti del diritto romano*, I, Napoli 1968, pp. 169–178, systematises *le forme della letteratura giuridica classica* and distinguishes between: A) commentaries: a) whether on civil or praetorian law, such as the *iuris civilis libri* or the *ad edictum* respectively; b) whether texts of the *ius publicum*; c) or works by preceding jurists such as notes and observations, with different titles (*ad ex.*: the *libri ad* and the name of the *iurisprudens* treatise; *libri ex* and the name of the author and work on which he wrote the commentary, or, finally, as *notae ad...* or *epitomae*); B) casuistic works *proprio sensu*, or rather, collection of *casus* or *problemata*, with their solutions, such as the *libri*: a) *responsorum*; b) *quaestionum*, *disputationum* and *epistularum* and c) the *digestorum*, basically collections of *quaestiones* and *responsa*, very extensive, in such a way as to contemplate all private law in force. C) monographic works: a) either of a special nature, such as the *libri* dedicated to the *ius fisci* or to the *res militaris*; b) or of specific practical importance, such as the *libri de iudicis publicis*; on exercising an *officio* of a public nature: such as those *de officio consulis*, *proconsulis*, *praesidis*, *praefecti*.. or in matters of *cognitio extra ordinem*; and c) on private law, such as *manumisiones*, *nuptiae*; *verborum obligationes*; *testamenta*; *fideicommissa*...; and D) elementary didactic works in their two forms: a) systematic manuals b) elementary chrestomathy, such as the collections of: *regulae*, *definitiones*, *sententiae*, *opiniones*, *differentiae*.

²⁸ With his *Ad Brutum libri II* (work from which there are only a few references) Servius commences the *ad Praetoris Edictum* commentaries. Thus, Pomponius in D. 1.2.44 *Lib. Sing. Enchr.* tells us: *Servius duos libros ad Brutum perquam brevissimos ad edictum suscriptos reliquit* and Cic. *de leg.* 1.5.17: *non ergo, a praetoris edicto, ut plerique nunc... hauriendum iuris disciplinam putas* (*plerique* means the many followers of Servius, of whom Pomponius cites 10 in the aforementioned Digest text).

²⁹ In a way they apply the same scientific method. Thus, according to Pomponius, D. 1.2.2.41 *Lib. Sing. Enchr.* while Quintus Mucius Scaevola was the first to systematise the *ius civile*, this activity was continued by Servius Sulpicius Rufus in the *ius honorarium*. Cfr. above note.

³⁰ Creator of the Servian school (*auditores Servii*) as mentioned in D. 1.2.44.

³¹ Cannata, op. cit., p. 77.

³² Cfr. O. Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis*, I, Lipsiae 1889, pp. 37–54. That of the *digestorum libri XL*, such as *genuinum Alfeni opus*, (*Alfeni digesta*), for which we only have numeric references to three of his books: I (D. 28.1.25 *lav. 5 post Lab*), XXXIV (Gell. *N. Att.* 7.5.1), and XXXIX (D. 3.5.20 *pr Paul. 9 ad Ed.*); That for which indirectly, and anonymously (*Alfeni Digesta ab anonymo epitomata libri VII*) we have references to five works (to II, IV, V, VI and VII); through Paulus' epitome (*Digesta a Paulo epitomata vel Paulus epitomatum Alfeni libri VIII*) to seven (from I to VI and VIII); and where, finally, there are 16 fragments of the Digest where *Alfenus laudatur non indicato libro*, to paraphrase Lenel. It is risky to dogmatise regarding the specific and precise order (or systematic structure) and the possible (or probable) analogies to and/or differences from the one adopted, in classical times by: Celsus, Julianus, Marcellus and Cervidius Scaevola. Guarino, *L'esegesi...*, p. 142, only "assumes" the order of the material contained in the Praetor's Edict in the work of Alfenus, and on p. 143 he sheds doubt as to the classical nature of the sources

the *ius civile*³³, which was followed by their first proponent, and that they were structured in two parts. The first part was produced with reference to the *ius honorarium*, or rather, in accordance with the concepts of the Praetor's Edict³⁴. The second belongs to

(epitome and copy) used by the compilers of the Digest. Torrent, *Diccionario de Derecho Romano*, Madrid 2005, p. 100 (*Alfenus Varus*) considers the order of the Edict to be "likely". Cannata (op. cit., p. 55) states that it is, still, a collection of *responsa*, but sufficiently rich and coordinated to be classified as a "treatise of private law". On p. 77 and in n. 157 he distinguishes between the structure of *Alfenus' digesta* and that of the four classical jurists. He maintains that *Alfenus' digest* would follow the order of the *ius civile*, and on p. 56 claims that this can even be proven. We agree with Cannata on these issues, in that it is necessary to continue bringing up the observations of G. Scherillo, *Il sistema civilistico*, "Studi Arangio Ruiz" 1953, IV, pp. 445–467.

³³ The matters with which it dealt followed a practical order, and were centred on four fundamental aspects of the *ius civile*: *testamentum* (which allows us to speak of *ab intestato* succession); *mancipatio* (which makes it possible to deal with sale and purchase, and easement); *in iure cessio* (which leads to dealings related to society); and finally, *stipulatio* (with the many practical applications that it makes possible). Cannata (op. cit., p. 56) tells us that it relates to the traditional order of the old collections of commonly known formulae and that it allowed the work to be consulted at ease; it was the order of the collections of *responsa* themselves and, in one case, *Alfenus' Digesta*, it can even be proven. Following Scherillo, Cannata notes that while the order of the different works may present certain peculiarities, the general structure and the idea being governed is invariable. In more detail, Mucianus' order of matters was: I) Inheritance (testamentary succession, *heredis institutio*, *exheredatio*, acceptance and renouncement, legacies and *ab intestato* succession); II) Persons (matrimony, guardianship; *statuliber*; *patria potestas*; *potestas dominica*, freemen and as an appendix: *procurator* and *negotiorum gestor*); III) Things (*Possessio* and *usucapio*, *non usus* and *usucapio libertatis*); and IV) Obligations: Contracts, (*mutuum*, *commodatum*, *locatio conductio*, appendix to easements, and *societas*) and Crimes (*iniuriae*, *furtum*, *damnum iniuria dato ex lege Aquilia*). Cfr. Lenel (*Palingenesia*..., II, p. 1256), which gives detailed information about *Ad Sabinum librorum rubricarum index*. Kaser (*En torno al método*..., pp. 39 to 42) carries out work on synthesis: The only thing that is shown regarding expository order is that closely-related matters were united. There is still a method of thinking that acts on the association coming from empiricism, and like in argumentation, in the majority of cases we see the genesis of systematic construction. It begins to deal with matters with an object that forms the centre of interest, and then it goes from one matter to another, via external, analogous and different relationships.

³⁴ The Edictal System was classified by Mommsen as "more than order from disorder" the Perpetual Edict, according to Lenel's (*Palingenesia*..., II, pp. 1247–1255), includes four large groups of matters: 1) (titles I–XIII, inclusive, *de litis exordio*) included the general principles of *iurisdictio* and the special principles of the municipal magistrates, the establishment of judgement (*de edendo*), citation (*in ius vocando*) capacity and authentication of the parties (*de postulando*), representation, (*de cognitoribus et procuratoribus et defensoribus*), procedural guarantees (*de vadimoniis*), supplementary remedies of the *iurisdictio* (*pacta conventa*, *receptum arbitrii*, *compromissum*), cases of concession of *in integrum restitutio*, finishing with the rubrics *de receptis* and *de satisdando*. 2) (titles XIV–XXIV) the most extensive includes everything relating to the problems of ordinary procedure (*de iudiciis omnibus*) and, in essence, it coincided with the matters dealt with in the civilist works, accompanied by the modifications agreed by the *praetor*. It discusses, in detail, cases where the *praetor* grants action (*iudicium dabo*) although the expository order does not respond to logical criteria and the grouping of matters seems to be more circumstantial, according to Torrent, *Diccionario*..., pp. 1215–1216. It is centred on the sphere of obligation (*de rebus creditis*; of the *actiones* that tradition has called *adiecticiae qualitatibus*; *de bonae fidei contractus*) in matters relating to the family (*de re uxoria*; *de liberis et de ventre*; *de tutelis* and *de iure patronato*) and to crime (*de furtis*). 3) (titles XXV–XXXV) mainly contain institutions of praetorian creation, especially *bonorum possessio* (completed in the sphere of succession in relation to *de testamentis*; *de legatis* and *de liberali causa*) and to a lesser extent, of tenement actions; *de publicanis*; *de praedictoribus* and *de iniuriis*, among others. 4) (titles XXXVI–XLII: *de extremis iurisdictionibus*) allude to the execution and efficacy of *sententiae* of the *iudex privatus*; *re iudicata*, execution procedures and arrangement with creditors. An appendix or 5th and final part (titles XLIII–XLV) deals with: *interdicta*, *exceptiones* and *stipulationes praetoriae*. Kaser (*En torno al método*..., pp. 42–43) tells us that: it is characterised by its flexible procedural guidelines and the total lack of a private law system; its purpose is not to produce an ordered system and it uses discursive thinking to deal with problems; it shows the disdain that he felt for the dialectic method.

ius civile, and deals with *de legibus, senatusconsultis et constitutionibus principum*³⁵. Regarding its legal nature, the *digestorum libri*, should not be categorised as problem-focused literature, even though they are casuistic. Certainly, the *digesta* are composed of *responsa* (with Alfenus Varus)³⁶ and the *libri quaestionum, responsorum, disputationum similiumque* contain the appendix (*pars posterior*), which covers laws, *senatus consulta* and, sometimes, imperial constitutions³⁷. In some ways they are similar, however the *responsa* are their only material, since casuistic rules, arguments and reflections also appear along with *quaestiones* (or *disputations*)³⁸. In substance, the *libri digestorum* were something more than a casuistic collection, because they contemplated all possible arguments within private legal knowledge. They are more like the *libri ad edictum*, with the difference that they are not based on each discourse unit of the *iuris prudens*, dealing extensively with the cases to which they can refer. In other words, they deal with the legal “institution” that corresponds to the different points of the edict in question or of other sources that they consider³⁹. Within legal literature, and starting from the distinction between the different degrees of abstraction achieved by its different types, the *responsorum libri* would represent the lowest level, while the *digestorum libri*, together with the *ad edicta*, the highest level, with the difference that in the latter (*ad edictum*) the main focus is the study of the *ius honorarium* (legal actions and means) while in the former (*digesta*) the main focus is the *ius civile* (or

³⁵ These would be their specific references according to Lenel, *Palingenesia...*, II, p. 1255: *Ad leg. XII T: de hereditate legitima; Ad leg. Cinciam: de donationibus; Ad leg. Falcidiam; Ad leg. Corneliam: de captivis et postliminium; Ad leg. Aeliam Sentiam; De adoptionibus (?); Ad leg. Iuliam et Papiam; De publicis iudiciis; Ad leg. Aquiliam; Ad leg. Rhodiam; Ad leges de adpromissoris latas.*

³⁶ Offering the solution to a real or theoretic case, proposed to the jurist or that he poses himself, always with a dogmatic or didactic purpose in consultation with his own followers.

³⁷ Cannata, op. cit., pp. 75–77 and n. 133 and 158. This appendix in the *digesta* is very important and its proportion in regard to the *libri*, ordered in accordance with the Edict, is of special note. Thus: 27/12, for the XXXIX *digesta* of Celsus; 58/32 for the XC of Julianus; 21/10, for the XXXI of Marcellus and 21/19 for the XL of Cervidius Scaevola. From the *Indices* of Lenel, *Palingenesia...*, II, p. 1255, under the title IV *Digestorum, questionum, responsorum, sententiarum similiumque librorum rubricarum index*, and in regards to the *pars posterior: ad leges, senatusconsulta constitutiones principum*, what is referred to in the text is clear. The inclusion (as an appendix) in these works of comments on the sources of *ius civile*. These are especially evident in the following cases: Regarding the *responsorum libri XIX* of Papinianus from 12 (proportion: 11/8) and the *responsorum libri XIX* of Modestinus from 14 (13/6). Regarding the *quaestionium libri XX* of Cervidius Scaevola from 15 (14/6); the *quaestionium libri XXXVII* of Papinianus from 29 (28/9), the *quaestionium libri XXVI* of Paulus, from 17 to 25, (16/9) C) Regarding the *disputationum libri X* of Ulpian from 8 (7/3).

³⁸ Although the notion of *responsum* (response from the jurist to the client in a real case posed by him) differs from *quaestio* (questions from the followers to the maestro when faced with nuances or variants of the case, whether posed, suggested or formulated by them as hypotheses, after the client has left), the same is not true of *libri responsorum* or *quaestionum* in which *responsa* and *quaestiones* are thoroughly mixed. According to Cannata's statement (op. cit., pp. 76–77), this makes it fitting to extend them to include the *libri epistolarum* and a long etcetera, and which, he reminds us, is the motivation for Schulz's fair and generic classification of all of these models as *problem literature*.

³⁹ To paraphrase Cannata (op. cit., p. 78) a text like this, a thematic commentary, or a vision clearly based on *ius honorarium*, is contrasted with another that has more relation to *ius civile* or that deals with matters that fall under *ius civile*.

rather, its institutions included in *leges* and *senatusconsulta*)⁴⁰. No Severian jurist had the necessary talent or courage to face the complexity that this type of work represents, limiting their authorship, splendour and decline to the *iurisprudentes* of the second century. See: Iuvenius Celsus *filius*⁴¹, Salvius Iulianus⁴², Ulpus Marcellus⁴³ and Quintus Cervidius Scaevola⁴⁴.

The most recent *digestarum libri* are the 40 by Scaevola and the best-known are the 39 by Celsus (perhaps not used by Justinian to the extent that they deserved)⁴⁵, and the 90 by Iulianus (one of the greatest contributions to Roman legal literature), widely represented in Justinian's Digest, the compiler of which especially admired this jurist and titled the part of his compilation referring to the *iura* in his honour.

III

A final note in way of a practical example ends our thoughts on the *digestorum libri* and its nature as intermediary legal literature between our continental European legal regulations and the complex of solutions represented by "case law", represented by English and Anglo-American law. In pre-classical and classical law, the case is made known in *iurisprudens* through the narration of the person who poses it (in

⁴⁰ *Vid.* for all, regarding concepts, analogies and differences within this casuistic literature – Torrent, *op. cit.*, pp. 319, 642 and 643.

⁴¹ The *digesta* of P. Iuvenius Celsus... *filius* (*Celsi digestorum*), cover: the first part (*pars prior*) is related to *ius honorarium* and contains commentaries on the edict (*ad edictum*) in a total of 27 books (*lib.* 1–27). The second part (*altera*) contains the remaining books (*lib.* 28–39) with comments on the *ius civile* and, specifically, on the laws and *senatus consulta* (*ad leges senatusque consulta pertinet*) that come from it. Cfr. Lenel, *Palingenesia*..., I, pp. 127–171.

⁴² The *digesta* of Salvius Iulianus (*Iuliani digesta*) with a total of 90 books, *cum notis* of Mauricianus, Marcellus, Cervidius Scaevola and Paulus, are from Adrianus and Antoninus Pius times, 117–138 (*conscripita sunt sub Hadriano et Antonino Pio*) and are divided into two parts (*Sunt autem divisa in duas partes*). The first covers up to book LVIII and deals with *ius honorarium* and follows the order of the Edict (*quarum prior* (*lib.* I–LVIII), *edicti sequitur ordine*), the final draft of which is fixed (being able to state, based on its *Edictum Perpetuum, ex Edicto Perpetuo a Iuliano composito*). The second part (*posterior* – *lib.* LIX–XC) deals with *ius civile* and the laws and *senatus consulta* on which it is based (*ad leges pertinet senatusque consulta*). Cfr. Lenel, *Palingenesia*..., I, pp. 318–483.

⁴³ The *digesta* of Ulpus Marcellus, with notes by Cervidius Scaevola and Ulpianus, are from the times of Antoninus Pius and the *Divi Fratres*, 161–169 (*Marcelli digesta conscripta videntur M Aurelio et Lucio Vero imperantibus*). Their first part (*parte priore*) covers the first 21 books of the 31 of which they consist, and deal with the Edict, source of *ius honorarium* (*Ad edictum pertinent libri I–XXI*). Their final part consists of the ten following books and deals with other sources of the *ius civile* in which the imperial constitutions now appear (*ad leges senatusconsulta constitutiones, libro XXXI* (*parte posteriore*) *sqq.*). Cfr. Lenel, *Palingenesia*..., I, pp. 318, 589–631).

⁴⁴ The *digestorum libri XL* of Q. Cervidius Scaevola, are probably the most recent (*sub Marco et Vero, Commodo, Septimio Severo. impp* 193–211). They follow (*ius honorarium*) the order of the Perpetual Edict in their first 29 books (*Edicti perpetui ordinem sequuntur libri I–XXIX*). The others deal with *ius civile* and contemplate laws and *senatus consulta* (*reliquos libros omnes ad leges senatusque consulta spectasse suspicari licet*). Cfr. Lenel, *Palingenesia*..., pp. 215–270.

⁴⁵ A. Latorre, *Iniciación a la lectura del Digesto*, Barcelona 1978, p. 35.

modern-day terms, this would be the client). This presentation is normally rich in details, which are frequently trivial, and it is nothing but a translation of something that occurred in real life. Based on this, the next thing that *iurisprudens* will do is select and synthesise. That is to say, “isolate”⁴⁶ only the important elements of the story from a legal perspective and coordinate them, in order to arrive at a statement of the facts composed solely of the data that influence the decision. In other words, this isolation is the legally correct statement of an event, *Sachverhalt*, and the basis of its fair resolution. Therefore, on reducing a case (*species facti*) to its legally relevant elements, it loses its specific character (its individuality) and becomes an outline that can be applicable to other cases (*facti*) that share the same characteristics (*species*). This process, which can be continued indefinitely⁴⁷, is called *Tatbestand* by German Romanists. Thus, the *responsum* do not only propose a solution to a specific case, but rather to a situation that has been reduced to a type of case that arises from a typical situation⁴⁸. Furthermore, it would be fitting to introduce an intermediary step between the specific case and the typical case⁴⁹, which would come to represent a generic case, guide or case type: *Vertatbestandlichung des Sachverhaltes*.

Moving from theory to practice we shall now pause to look at an example regarding the manner in which a case is stated and in order to do this, we shall use the first proponent of the *digestorum libri*⁵⁰. In D. 9.2.52 pr (*II Digest*), Alfenus poses the scenario of a slave who has been injured by a third party and dies as a consequence of the injuries. *Si ex plagis servus mortuus esset*. The problem consists of clarifying the cause and effect relationship between the illicit act that has been committed (his death) and the damage initially caused (the injuries), and of a possible interruption to the customary causality. Or rather, if the perpetrator can be accused of a capital crime or whether a claim can be made in accordance with *lex Aquilia*, which, as Gaius reminds us in 3.213, concedes to the person whose slave has died (*Cuius autem servus occissus est*) the freedom to choose (*is arbitrium habet*) between accusing the person who killed him of a capital crime (*vel capitale crimine rerum facere*) or claiming compensation for the damage in accordance with this law (*vel hac lege damnum persequi*). In other words and in procedural terms, it is asked whether the *dominus*, which was damaged in

⁴⁶ Cf: Schulz, *Principios del Derecho Romano*, 2ª ed., translation by M. Velasco, Madrid 2000, pp. 39–59.

⁴⁷ Ibidem, pp. 61–62, after reminding us that “in the beginning there was the case”, gives the following example: the vendor of a horse has to compensate the purchaser for the damage arising from a delay, and signals the following possible steps tending towards the abstract: 1) the vendor of a horse has to compensate the purchaser for the damage arising from the delay; 2) the vendor of an animal... *id* ...; 3) the vendor of a thing... *id* ...; 4) the debtor has to compensate the creditor... *id* ...; 5) the debtor has to compensate the creditor for the damage arising from the violation of his credit right.

⁴⁸ Cf: for all García Garrido, from that now far away 1965, in his *Casuismo y Jurisprudencia Romana, Pleitos famosos del Digesto*, occupies himself with Roman jurisprudence and the casuistic elaboration of law, above all, for his clarity and synthesis: *Derecho Privado Romano*..., La técnica de elaboración casuística, pp. 90–94.

⁴⁹ To use the German terminology: *Sachverhalt* and *Tatbestand*, Cannata, op. cit., pp. 53 and 63.

⁵⁰ Cf: Viehweg, *Tópica y jurisprudencia*..., ch. IV *La tópica y el ius civile*, pp. 67 to 83, in general and 67 to 70 in particular, for some texts of Julianus’ Digests coming from D. 41.3.33.

any event, can be covered by *Caput Primum* of the *lex Aquilia de damno iniuria dato* (286 AC), which penalised the unjust death of the slave, in which case the *reus* could be condemned to paying the owner (*tantum domino dare damnetur*) the maximum value of the slave during that year (*quanti ea res in eo anno plurimi fuit*) (Gaius 3.210), or if he could only invoke *Caput Tertium*, which refers (not to the death, but to the injuries, *iniuriae*) to all other classes of damage (*de omni cetero damno cavetur*)⁵¹, with the sentence, in such a case, for the person who caused the damage, being the maximum value of the damaged object during that month (*Hoc tamen capite non quanti in eo anno, sed quanti in diebus XXX proximis ea res fuerit damnatur is qui damnum dedit*) (Gaius 3.212).

Alfenus responds that the third party understands that the slave had been killed, which means that he died due to the injuries that were provoked, provided that the death did not come about (*accidisset*) as a result of medical incompetence (*medici inscientia*) or the owner's negligence (*domini negligentia*), which is equivalent to not consulting a doctor. If these two circumstances have not occurred, the owner can: *recte de iniuria occiso eo agitur*. In short, this is a problem in the relationship between cause (injuries) and effect (death). Thus, according to the jurist it must be established whether the following causality exists: *plagae + dominus diligens + medicus sciens + mors* = (which will lead to) *actio de mortuo eo*; or whether, on the contrary, this nexus does not exist: *plagae + dominus negligens + medicus insciens + mors* = (which will lead to) the *actio iniuriarum*.

A second example from Alfenus can be found in the same book and Digest title (9.2.52.4), *Alfenus libro secundo digestorum*, in which he refers to the following case: A group was playing with a ball (*Cum pila complures luderent*) and one of them ran into (*impulit*) a young slave (*quidam ex his servulum*) trying to get the ball (*cum pilam percipere conaretur; impulit*). The slave fell over and broke his leg (*servus cecidit et crus fregit*). The question was (*quaerebatur*) whether the owner of the young slave (*an dominus servuli*) would have been able to bring action based on *lex Aquilia* against the person who made him fall over (*lege Aquilia cuius impulsu deciderat, agere potest*). He answered that he could not (*respondi non posse*) because it was due to chance and not fault (*cum casu magis quam culpa videretur factum*). In this case we are not dealing with a problem of causality, but rather of fault. If there is fault (or even malice), *legis Aquilia de damno iniuria dato* can be exercised, while in its absence (*casus* or *vis maior*) the actor that involuntarily causes damage would not be liable.

Applying this to current law, article 1902 of the Spanish Civil Code, which regulates extra-contractual liability (or Aquilian liability, in reference to this law) it can be observed that: "Anyone who, by action or omission, causes damage to another through fault or negligence will be required to repair that damage", which is a generic and abstract regulation, typical of closed legal systems. However, if we take the viewpoint in the two texts by Alfenus (there is no doubt that here we have a case!) we find

⁵¹ Gaius 3.217 states that damage is understood in the broadest sense of destruction.

ourselves with some of the same elements being reiterated. For instance: *iniuria*, *culpa* and *damnum* and, obviously, a necessary cause and effect relationship between the action, or omission, and the damage. In the first fragment that we discussed, D. 92.52 pr, special focus is given to the causality relationship and the possible causes that could interrupt the customary sequence. In the second, D. 9.2.52.4, focus is placed on the exclusion of liability through *casus* (*a contrario*, at least through *culpa*, its requirement), and in both of them, the corresponding *damnum* and *iniuria* (in their simplest terminological sense: not in accordance with law).

Alfenus tells us of a real event involving the death of a slave, but we should point out that neither the name nor the description and circumstances of the slave are given, which distances us from the specific case. A generic reference is also not used, as might be the usual scenario of the slave *Stichus*. These elements represent two steps in relation to the abstract, which bring us closer to the legal regulation, the general and abstract characteristics of which have to be borne in mind. In the scenario to which Alfenus refers, Cannata⁵² satirises that it would be easy to imagine the real death of a young slave, called Erotus, with golden hair. He continues hypothesising that Erotus' injuries were caused by Tullius, a treacherous baker, the previous week. All of this being true, the only aspect of interest is "the death of a slave as a consequence of injuries": *Si ex plagis servus mortuus esset*. This is not so far from a real event subsumed in a regulation, which is not a novelty, if for example, we remember the XII Tables, IV, 5, telling us *Si intestato moritur....* The first case of Alfenus is fulfilled by presenting the logical structure of a hypothetical rule, since it is as valid to say "If one dies intestate..." as "One who dies intestate..." or, in the case of Alfenus "If a slave dies as a result of the injuries caused by a third party..." as "When a slave dies as a result of the injuries..."

Streszczenie

Metodologiczne kryteria kontrpropozycji w społeczno-prawnych ramach prawa rzymskiego

Słowa kluczowe: *digestorum libri*, system prawny „zamknięty”, system prawny „otwarty”.

Systemy prawne są zwykle dzielone na dwa typy: jeden ma charakter „zamknięty”, inny jest „otwarty”. Autorka artykułu poddała krytyce radykalizm tej klasyfikacji i spróbowała obronić stanowisko pośrednie, które jej zdaniem znajduje odzwierciedlenie w *digestorum libri* i jego dziedzictwie.

⁵² Cannata, op. cit., p. 53.

Jerzy Kawa

Katedra Ekonomii i Administrowania Instytucjami Publicznymi

Wydział Prawa i Administracji UWM

Metodologia, metodyka, metoda jako podstawa wywodu naukowego

Wprowadzenie

Celem artykułu jest przybliżenie zagadnień związanych z metodologią badań naukowo-dydaktycznych ze szczególnym uwzględnieniem stosowanych w nich instrumentów. W opracowaniu skupiam uwagę na procesach preparacji i realizacji poznawania rzeczywistości metodami uwzględniającymi możliwe kryteria podziału (m.in. analiza przypadku, wywiad bezpośredni i inne).

Wyróżnia się dwie metody poznawania: indukcję i dedukcję. Metodologia jako nauka zajmująca się analizą metod badawczych może polegać na rekonstrukcji, krytycznej ocenie i opisie środków badawczych, może też zmierzać do ustalenia i skodyfikowania norm i wzorców postępowania. W rozwoju metod badawczych istotną staje się rola paradygmatu, przez który rozumie się wzorzec naukowy wypracowany w danym czasie i akceptowany przez środowisko naukowe w danej dziedzinie. Zastosowanie wiedzy metodologicznej i metodycznej w praktyce naukowo-dydaktycznej może ukierunkować określona wiedza teoretyczna i sięgnięcie do jej źródeł.

1. Tradycje i współczesność w rozwoju nauk o metodach badań naukowych

Wśród nauk empirycznych¹ wyróżnia się dwa wielkie bloki. Do nauk przyrodniczych zalicza się biologię, chemię i fizykę, czyli te nauki, które poprzez obserwację i doświadczenie zmierzają do poznania świata fizyczne-

¹ Empiria (gr. *empeiria*) poznanie za pośrednictwem zmysłów, doświadczenie (za: *Słownik wyrazów obcych*, PWN, Warszawa 1978, s. 190); do nauk „nieempirycznych” zalicza się logikę i matematykę, gdyż weryfikacja twierdzeń obydwu nauk odbywa się wyłącznie na podstawie wnioskowań dedukcyjnych (twierdzenie jest prawdziwe, gdy wynika z prawdziwych przesłanek zgodnie z prawem logiki). Logika i matematyka wspierają nauki empiryczne, dostarczając odpowiednich metod matematycznych i opartych na sądach logicznych do wnioskowania.

go. Drugim blokiem są nauki społeczne, obejmujące socjologię, ekonomię, psychologię, prawo i politologię.

Do czasu wyodrębnienia nauk wszelkie rozważania prowadzono w ramach filozofii. Dyskusja na temat nauki, jej nazwy podstawowej oraz poszczególnych dyscyplin to jeden z tych tematów naukowych, które się nie kończą. Najwcześniejsze ślady dyskusji o metodologii nauk, czyli o tym, co to jest „podejście naukowe”, czym jest nauka i metodologia nauki, metodyka i metoda znajdujemy już starożytnej Grecji². Dyskusja ta trwa do dzisiaj i warto zadać pytanie, czy ma ona jeszcze jakąś wartość dla ludzi współczesnych. Powtarzająca się dyskusja na jeden i ten sam temat staje się bowiem dla wielu ludzi dyskusją jałową, jakimś sporem akademickim, tj. pozbawionym praktycznego znaczenia. Jak zauważył przed ponad siedemdziesięciu laty Karol Adamiecki, polski prekursor nauk o organizacji i zarządzaniu, w wielu wypadkach dyskusja taka stanowi istotnie stratę czasu, nie można jednak tego uogólniać. Ta na pozór bezużyteczna dyskusja posiada niekiedy ważne znaczenie praktyczne. Dotyczy to m.in. ustalenia pewnego pojęcia i określenia go wyrazem najlepiej oddającym jego treść, słowem – podania ścisłej definicji³.

Do takich pojęć, o których warto dyskutować, należy „metodologia nauk” oraz „metodyka” i „metoda”. Słowa te są podobne, a podobieństwo to przysparza sporo kłopotów autorom prac naukowych. W szczególności nadużywane jest pojęcie „metodologia” (gr. *methodos* – badanie + *logos* – słowo, nauka), które oznacza naukę o metodach badań naukowych i o skutecznych sposobach dociekania ich wartości poznawczej⁴. „Metodologia” zdaje się być słowem-wytrychem stosowanym zarówno w sytuacji, kiedy chcemy pisać o samej metodologii, jak i wówczas, kiedy chcemy omówić metodykę lub metodę. Powszechnie używając słowa metodologia, ludzie najczęściej myślą o metodach lub o metodyce⁵.

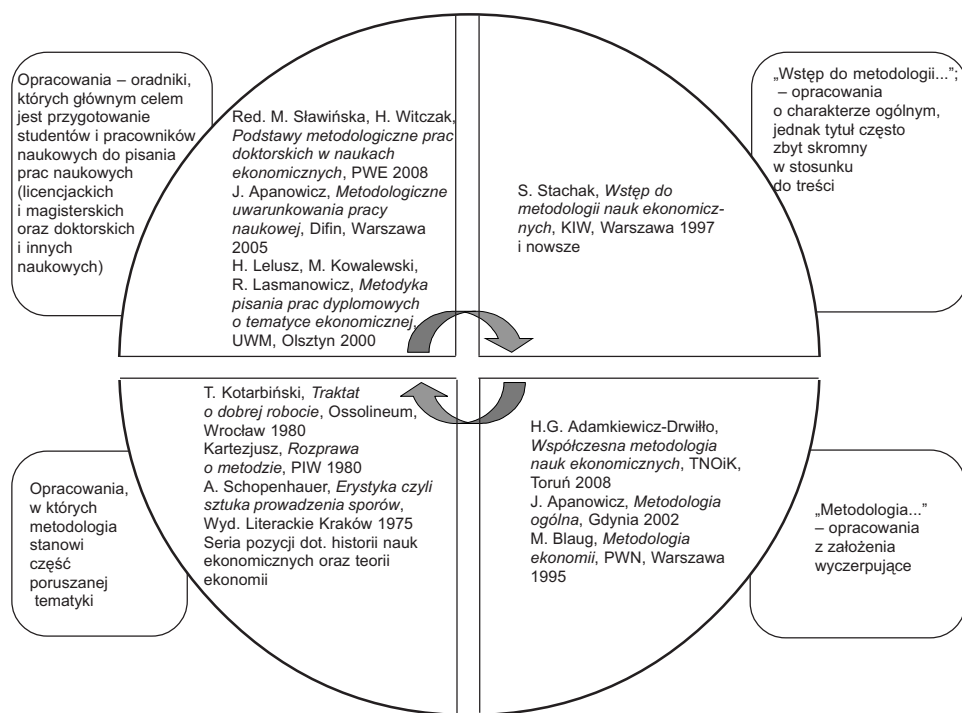
² W. Tatarkiewicz, *Historia filozofii*, t. 1, PWN, Warszawa 2005, s. 19–193; por. W. Staniewicz, *Historia myśli ekonomicznej*, PWE, Warszawa, s. 40–52; H.G. Adamkiewicz-Drwiłło, *Współczesna metodologia nauk ekonomicznych*, TNOiK, Toruń 2008, s. 114–115; R. Tokarczyk, *Historia filozofii prawa*, Zakamycze, Kraków 2000, s. 30–78.

³ K. Adamiecki, *Uwagi do definicji nauki organizacji*, „Przegląd Organizacji” 1932, nr 1, przedruk w: *O nauce organizacji. Wybór pism*, TNOiK, PWE 1985, s. 321. Artykuł ten napisał Adamiecki pod wpływem toczącej się od wielu lat dyskusji na temat nazwy „nauka organizacji”, której stworzeniu i rozwojowi poświęcił się całkowicie.

⁴ *Słownik wyrazów obcych*, PWN, Warszawa 1978, s. 471.

⁵ Metoda (gr. *methodos*) – świadomie i konsekwentnie stosowany sposób postępowania dla określonego celu, co w nauce oznacza: 1) sposób badania rzeczy i zjawisk, 2) ogół reguł stosowanych przy badaniu rzeczywistości, 3) drogę dochodzenia do prawdy. Metodyka (gr. *methodikos*) – zbiór zasad i sposobów dotyczących wykonywania jakiejś pracy i zmierzania do określonych celów; w konsekwencji przez działanie metodyczne rozumie się: 1) działanie zawierające także wskazania i sposoby postępowania, 2) oparte na określonej metodzie, planowe, systematyczne. Ibidem, s. 471.

Można wyróżnić cztery główne źródła wiedzy o metodologii nauk (rys 1). W pierwszej kolejności wymienić należy opracowania, z jakimi przede wszystkim powinien zapoznać się student – najmłodszy pracownik naukowy znajdujący się na początku swojej naukowej kariery. Głównym celem takich poradników jest przygotowanie studentów i pracowników naukowych do pisania prac licencjackich, magisterskich, doktorskich oraz innych naukowych⁶. Do drugiej grupy można zaliczyć opracowania, których celem jest współuczestniczenie w naukowej dyskusji o metodologii nauk, przy czym część autorów uznaje za stosowne w tytule użyć słów „wstęp do metodologii...”, a inni posługując się wyrażeniem „metodologia nauk...” wprost wskazują na ukierunkowanie swojej pracy na rozważania teoretyczne w tym zakresie z zamiarem wzięcia udziału w dyskusji nt. metodologii nauki jako takiej.



Rys. 1. Źródła wiedzy o metodologii, metodyce i metodzie

Źródło: oprac. własne.

⁶ Przykładami takich prac mogą być M. Sławińska, H. Witczak (red.), *Podstawy metodologiczne prac doktorskich w naukach ekonomicznych*, PWE, Warszawa 2008; J. Apanowicz, *Metodologiczne uwarunkowania pracy naukowej*, Difin, Warszawa 2005, czy też H. Lelusz, M. Kowalewski, R. Lasmanowicz, *Metodyka pisania prac dyplomowych o tematyce ekonomicznej*, UWM, Olsztyn 2000.

W przypadku wielu monografii naukowych metodologia stanowi część poruszanej tematyki, bez której wykonanie pracy badawczej wydaje się niemożliwe, dlatego ich wkład w rozwój metodologii wydaje się największy, jako że związany jest z konkretnymi rozważaniami naukowymi, w tym filozoficznymi. W grupie tej znaleźć można pozycje tak znanych filozofów i naukowców, jak Kartezjusz⁷, Arthur Schopenhauer⁸, Tadeusz Kotarbiński⁹. Warto w tym miejscu wymienić też podręczniki akademickie, również te, które przybliżają światu nauki nowy zupełnie kierunek naukowy pod nazwą „ekonomiczna analiza prawa”¹⁰. Większość prac tego kierunku ciągle jeszcze dostępna jest tylko w języku angielskim, m.in. na stronie Encyklopedii Ekonomicznej Analizy Prawa¹¹.

2. Zakres pojęciowy metodologii, metodyki i metody

Właściwe zastosowanie terminów „metodologia”, „metodyka” i „metoda” stanowi o efektywności badań. Podstawowym pojęciem jest oczywiście „metodologia” – dziedzina nauki zajmująca się metodami badań naukowych i wykładem naukowym. W tym kontekście mówimy także o „metodologii badań empirycznych” (doświadczalnych), o „zagadnieniach metodologicznych”, tj. związanych z nauką o metodach badań naukowych i wykładu naukowego, posługujemy się też przymiotnikiem „metodologiczny” – odnoszący się do metodologii (jako nauki o metodach)¹².

Metodologię można i należy pojmować w dwu znaczeniach. W znaczeniu pragmatycznym to nauka o metodach działalności naukowej i stosowanych procedurach badawczych. W znaczeniu apragmatycznym jest to nauka o elementach i strukturze systemów nauk, wytworach nauki w postaci tez, pojęć, twierdzeń teorii i praw naukowych. W poznaniu naukowym możemy posługiwać się elementami i zasadami metodologii ogólnej, jak też zaleceniami metodologii szczegółowej (rys. 2)¹³.

⁷ Kartezjusz, *Rozprawa o metodzie*, PIW, Warszawa 1980.

⁸ A. Schopenhauer, *Erystyka czyli sztuka prowadzenia sporów*, Wyd. Literackie, Kraków 1976.

⁹ T. Kotarbiński, *Traktat o dobrej robocie*, Ossolineum, Wrocław 1980.

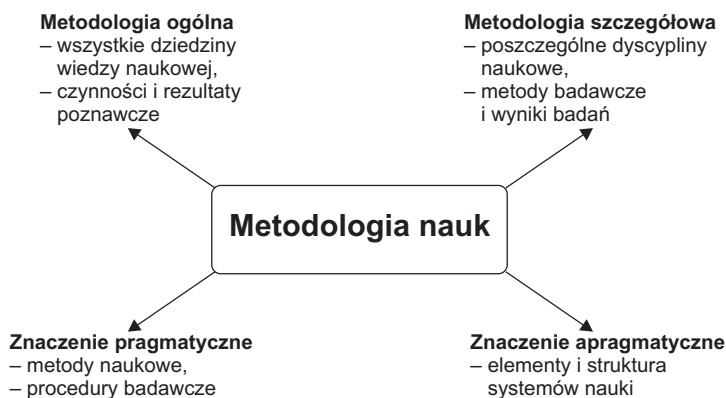
¹⁰ Zob. przede wszystkim R. Cooter, T. Ulen, *Ekonomiczna analiza prawa*, C.H. Beck, Warszawa 2009, jak też M. Bednarski, J. Wilkin, *Ekonomia dla prawników i nie tylko*, PWN, Warszawa 2008; J. Stelmach, B. Brożek, *Metody prawnicze*, Zakamycze, Kraków 2004; publikacje dostępne na stronie Polskiego Stowarzyszenia Ekonomicznej Analizy Prawa w Warszawie [online] <www.pseap.org>.

¹¹ Zob. [online] <<http://users.ugent.be/~gdegeest/>>; strona encyklopedii jest administrowana przez Utrecht University School of Economics <www.uu.nl/faculty/leg/en/organisation/schools/schoolofeconomicsuse/Pages/default.aspx>.

¹² *Słownik poprawnej polszczyzny*, PWN, Warszawa 1973, s. 334.

¹³ J. Apanowicz *Metodologia ogólna*, Gdynia 2002, s. 9.

Staje się oczywiste, że metodyka i metoda są pojęciami węższymi od metodologii. „Metodyka” oznacza bowiem zespół zasad, metod albo też może stanowić samodzielny wykład lub dzieło omawiające metody pracy lub badań naukowych. „Metoda” zaś to sposób postępowania, sposób badania naukowego lub rozumowania. Mówimy zatem: „zastosować nową metodę” (np. pracy, badania), a nie „metodologię badania”, to ostatnie bowiem oznacza całą naukę o metodach i trudno ją zastosować w konkretnym celu. Zastosowanie metody (np. naukowej) pozwala także na użycie słowa „metodyczny” do opisu sposobu prowadzenia pracy naukowej, np. „działanie w sposób metodyczny” oznacza, że odnosimy się do konkretnej metody lub postępujemy według określonej metody lub w sposób systematyczny, planowy, odnoszący się do (ustalonej) metodyki.



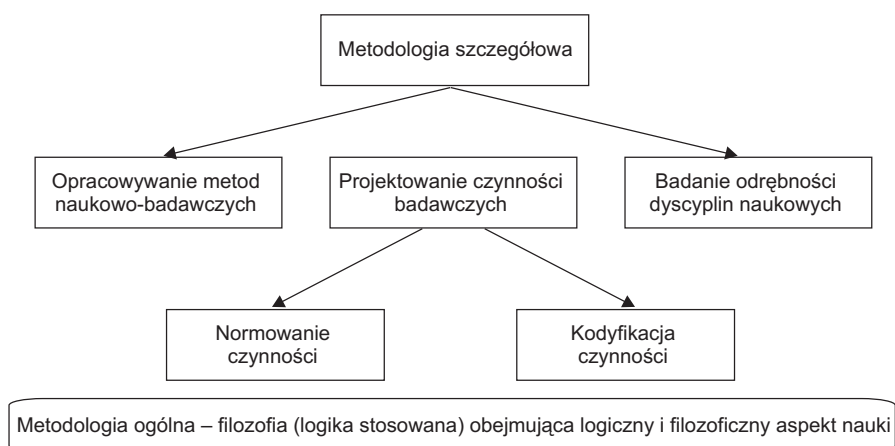
Rys. 2. Metodologia

Źródło: oprac. własne na podstawie J. Apanowicz, *Metodologia ogólna*, s. 9.

Metodami postępowania badawczego i ich rezultatami w obrębie dziedzin lub dyscyplin naukowych zajmuje się metodologia szczegółowa. Odnosi się ona do przedmiotu i metod naukowo-badawczych charakterystycznych dla konkretnej dyscypliny, a nawet specjalności naukowej (rys. 3).

Na gruncie metodologii szczegółowej bada się metodologiczną odrębność określonej dyscypliny naukowej, przeprowadza jej analizę pod kątem odpowiednich dla tej dyscypliny czynności badawczych i ustala zasady oraz normy, którym te metody muszą odpowiadać. Wypracowuje pojęcia szczegółowe, w tym pojęcie obserwacji, eksperymentu, pomiaru, weryfikacji hipotez, ustalenia zmiennych i ich wskaźników oraz innych elementów procedury badawczej w danej dyscyplinie naukowej. W rezultacie poruszania się w obrębie metodologii szczegółowej dąży się także do kodyfikacji norm realizujących zamierzone cele badawcze¹⁴.

¹⁴ Ibidem, s. 10–11.

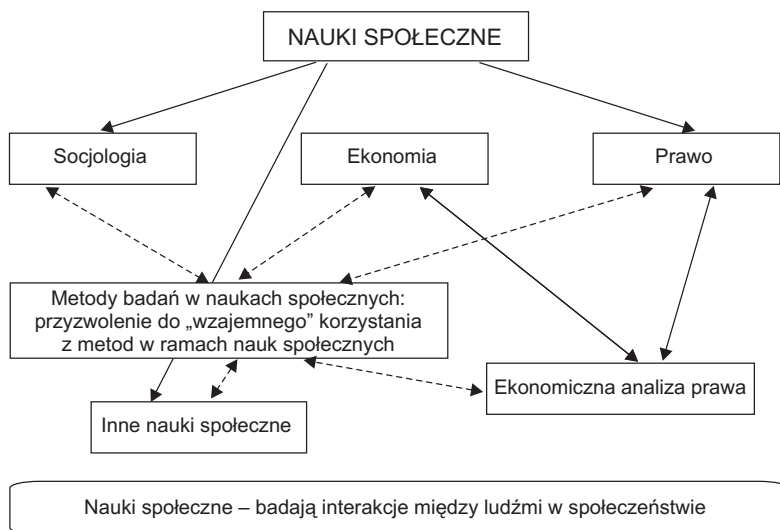


Rys. 3. Metodologia szczegółowa a ogólna

Źródło: oprac. własne na podstawie J. Apanowicz, *Metodologia ogólna...*, s. 10.

3. Metodyka ekonomicznej analizy prawa

Wspólny obszar zainteresowań nauk społecznych, tj. ukierunkowanych na poznanie roli i zachowań człowieka w społeczeństwie, prowadzi do wniosku, że można stosować tzw. eklektyzm metodologiczny, a więc istnieje możliwość korzystania z różnych podejść, metod i technik badawczych¹⁵ (rys. 4).



Rys. 4. Metodologia szczegółowa

Źródło: oprac. własne

¹⁵ M. Sławińska, H. Witczak (red.), op. cit., s. 14–15.

Za szczególnie naturalny uznaje się przepływ metod badań społecznych stosowanych w socjologii, ekonomii i naukach o zarządzaniu, także w marketingu, gdzie począwszy od lat 50. XX w. badania burzliwie się rozwijały (powszechnie znane jako badania marketingowe lub rynkowe). Ogólnie dla XX w. charakterystyczne było łączenie metod badawczych.

Innym zjawiskiem zapoczątkowanym w końcu XX w. jest powstanie nurtu Law&Economics – w Polsce znanego pod nazwą „ekonomiczna analiza prawa”. Polska nazwa lepiej chyba oddaje istotę nowego nurtu badawczego rozwijającego się w Stanach Zjednoczonych w ciągu ostatnich 20–40 lat. Nauki społeczne na pograniczu prawa i ekonomii doprowadziły do wykształcenia tego nurtu badawczego, która nawiązuje do jednego z podstawowych aspektów prawa, jakim jest aspekt ekonomiczny. To, co stanowi o istocie prawa, daje się w zasadzie zredukować do faktów o charakterze ekonomicznym. Stwierdzenie to nawiązuje do zasady, która mówi, że „prawo powinno być ekonomicznie efektywne”¹⁶, a procesy tworzenia i stosowania rządzają się określonymi regułami prawnymi¹⁷. Rozwój Law&Economics (EAP) sprowadza się do wykorzystania praw ekonomicznych, w tym pojęć popytu, podaży i ceny, do analizowania przepisów prawa pod kątem zwiększania i pomniejszania częstotliwości popełnianych przestępstw jako rezultatu wzrostu lub obniżania opłacalności z tytułu popełnionego przestępstwa. Prawo poprzez swoje regulacje może tę opłacalność kształtować, natomiast sposobów oceny, jak działa określone prawo, dostarczają badania prowadzone w ramach ekonomicznej analizy prawa.

EAP nie doczekała się jak dotąd jednoznacznego i ścisłego zasobu metod i technik badawczych. Cooter i Ulen wskazują pośrednio na kilka propozycji. Zalecając poznanie pakietu podstawowych wiadomości z zakresu mikroekonomii i prawa, opowiadają się niejako za wykorzystaniem mikroekonomii jako podstawy do zrozumienia EAP i prowadzeniem badań właśnie tą drogą. Wśród bogactwa metod Ulen i Cooter przywołują tak zaawansowane metody badawcze, jak teoria gier. Poprzez omówienie podstawowych szkół i kierunków wskazują na najważniejsze podejścia przedmiotowe i metodologiczne. Za najważniejsze uważają: Szkołę Chicagowską, New Heaven i Szkołę Virginii oraz szkołę instytucjonalną. W ten sposób w zakres zainteresowań EAP włączają prawo deliktów oraz prawo instytucji publicznych, których zadaniem jest przeciwdziałanie niesprawnościom rynku. Przy czym Ulen i Cooter podkreślają, że współczesny zakres EAP obejmuje też sprawy sądowe, w szczególności proces sądowy, którego rezultat powinien minimalizować koszty społeczne¹⁸.

¹⁶ J. Jabłońska-Bonca, *Podstawy prawa dla ekonomistów i nie tylko*, LexisNexis, Warszawa 2007, s. 15.

¹⁷ J. Stelmach, B. Brożek, op. cit., s. 22.

¹⁸ R. Cooter, T. Ulen, op. cit.

Z ekonomicznego punktu widzenia najbardziej interesującym kierunkiem, wspólnym dla wszystkich wymienionych obszarów badawczych, jest ustalenie ekonomicznej i społecznej efektywności rozwiązań prawnych dla tworzenia i podziału bogactwa oraz podniesienia opłacalności przestrzegania prawa przez całe społeczeństwo i jednostki. Narzędziem ekonomicznym najlepiej do tego się nadającym jest rachunek ekonomicznej efektywności, dotąd powszechnie wykorzystywany w przedsiębiorstwach. Przykładem może być tutaj rachunek ekonomicznej efektywności inwestycji, rachunek zwrotu kapitału i inne, gdzie zmiennymi są nakłady, koszty bieżące, spodziewane przychody (straty) i czynnik czasu, który każe zadać pytanie o przyszły koszt (wartość) kapitału.

Problemem, jaki często się pojawia, kiedy przenosi się metody analizy ekonomicznej do innych dyscyplin społecznych, w tym do prawa, jest niewymierność i nieporównywalność zjawisk społecznych i skutków prawnych, co stoi w wyraźnym kontraście ze zjawiskami czysto ekonomicznymi, gdzie cena zasobów (produktów, dóbr) jest ustalana na rynku i obiektywna dla uczestników gry rynkowej. Podczas gdy zjawiska ekonomiczne możemy wymierzyć za pomocą ceny i wartości (np. nakładów, kosztów, zysku), zjawiska społeczne i przepisy prawa dotyczą niezwykle zróżnicowanych sytuacji i zazwyczaj są pozbawione uniwersalnego miernika pozwalającego na ich porównanie i jednoznaczną ocenę skuteczności i efektywności. Dlatego w ramach ekonomicznej analizy prawa za parametr równorzędny do ceny (w rozumieniu ekonomicznym) zaproponowano karę (sankcję) za nieprzestrzeganie prawa lub korzyść płynącą z jego stosowania¹⁹. Takie ujęcie pozwala na powszechne analizowanie prawa za wykorzystaniem instrumentów ekonomicznych zarówno w obszarach prawa deliktowego, jak i w przypadku spraw kryminalnych. Za każdym razem konieczne jest zbudowanie modelu do analizy zysku z przestrzegania lub nieprzestrzegania prawa i sprawdzenia go w praktyce, co wydaje się, że stanowi największy wkład ekonomii do rozwoju prawa i jego ekonomicznej skuteczności również w obszarach prawa instytucjonalnego, związanego z funkcjonowaniem państwa.

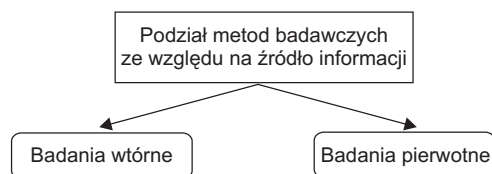
Podobnie jak w innych naukach, również w przypadku EAP można wskazać na wiele źródeł informacji na temat metodyki badań i doświadczeń badawczych. Należy przy tym zwrócić uwagę, że ciągle jeszcze większość informacji o EAP pochodzi z USA²⁰.

¹⁹ J. Stelmach, B. Brożek, op. cit., s. 138–153.

²⁰ Oprócz przetłumaczonego w 2009 r. podręcznika Cootera i Ulena, skądinąd oferującego szeroką bibliografię, warto zwrócić uwagę na źródła internetowe: <www.aw-bc.com/cooter_ulen>, tj. stronę Ulena i Cootera, stanowiącą stałe rozszerzenie aktualizujące treść podręcznika, oraz encyklopedię EAP <<http://users.ugent.be/~gdegeest/>>. Spośród pozycji, jakie ukazały się w języku polskim, na uwagę zasługuje podręcznik: M. Bednarski, J. Wilkin, *Ekonomia dla prawników i nie tylko*, PWN, Warszawa 2008.

4. Rodzaje metod badawczych – badania pierwotne i wtórne

Prowadzenie badań wymaga gromadzenia i przetwarzania informacji o znaczeniu naukowym zgodnie z określonymi metodami badawczymi, czyli sposobami postępowania (poznania naukowego)²¹. Od badacza oczekuje się, że badania naukowe będą realizowane poprawnie i skutecznie, a metody badawcze zostaną celowo dobrane, zaplanowane oraz świadomie zastosowane, uwzględniając treści badań. Ponadto należy brać pod uwagę skuteczność i możliwości zastosowania danej metody (sposobu postępowania), zastanowić się, czy jest ona adekwatna do koncepcji rozwiązania problemu badawczego, celów zakładanych badań i zasobu posiadanych środków. Spełnienie powyższych warunków sugeruje, że przeprowadzenie badań naukowych wymaga wprowadzenia procedury badawczej. Składa się na nią szereg czynności, począwszy od zdefiniowania problemu badawczego poprzez postawienie hipotez i pytań pomocniczych. Zazwyczaj do tego celu badacz musi zgromadzić odpowiedni zasób informacji. Aby zaspokoić potrzeby informacyjne, może się posłużyć tzw. danymi wtórnymi lub pierwotnymi. O przyporządkowaniu informacji do jednej z grup decyduje źródło pochodzenia informacji. Dane wtórne to taki rodzaj informacji, które już kiedyś zostały zebrane do innych celów i są gdzieś przechowywane. Dane pierwotne oznaczają informacje „z pierwszej ręki”, zebrane w określonym celu badawczym²² (rys. 5).



Rys. 5. Podział badań ze względu na źródło informacji

Źródło: oprac. własne.

Badacze zazwyczaj rozpoczynają od badań wtórnych, przede wszystkim od przeglądu i analizy literatury. Decyduje o tym zarówno czas i koszty pozyskania potrzebnych informacji. Potencjalnie pobyt badacza w bibliotece mógłby zapewnić nawet wszystkie poszukiwane informacje. Drugim równie ważnym źródłem staje się Internet, za którego pośrednictwem możliwy jest obecnie dostęp do bibliotek i instytutów badawczych na całym świecie²³.

²¹ J. Apanowicz, *Metodologia ogólna...*, s. 59 i nast.

²² Ph. Kotler, G. Armstrong, J. Saunders, V. Wong, *Marketing. Podręcznik europejski*, PWE, Warszawa 2002, s. 364-367 i nast.; por. G.A. Churchill, *Badania marketingowe. Podstawy metodologiczne*, PWN Warszawa 2002, s. 250-437.

²³ Obecnie każda biblioteka uniwersytecka oferuje co najmniej dostęp do katalogów posiadanych i wypożyczanych pozycji, a niektóre również dostęp do literatury, w Polsce są to m.in. IBUK.pl, a także zbiory Biblioteki Narodowej, [online] <www.bn.org.pl/zasoby-cyfrowe-i-linki>.

Podstawowe dane wtórne obejmują ponadto dokumenty tworzone i przechowywane w badanych instytucjach i ich archiwach, w tym w archiwum państwowym (np. dokumenty sporządzane na podstawie realizowanych spraw, sprawozdania z działalności, raporty z wcześniejszych badań), publikacje administracji rządowej i samorządowej, sądów, organów ścigania, przepisy prawa (np. statystyki, raporty z badań, dokumenty administracji rządowej, teksty ustaw i innych przepisów prawa). Badacz ma także do dyspozycji publikacje pochodzące ze źródeł komercyjnych, innych instytucji badawczych (np. z instytutów badania opinii społecznej), źródła międzynarodowe, publikacje literaturowe (naukowe i pochodzące z mediów).

Specyfika badań może powodować potrzebę dodatkowego gromadzenia danych specyficznych dla danej dziedziny. Zmusza to badacza do podjęcia badań pierwotnych, prowadzonych bezpośrednio w badanych instytucjach w drodze wywiadów z pracownikami tych instytucji lub ich petentami (klientami). Badania pierwotne często klasyfikowane są jako badania jakościowe lub ilościowe. Rozróżnienie danych jakościowych i ilościowych gromadzonych w naukach społecznych zasadniczo pokrywa się z podziałem na dane liczbowe i nieliczbowe²⁴.

6. Badania jakościowe

Dla badacza każda obserwacja ma na początku charakter jakościowy. Opis jakościowy może jednak z wielu względów okazać się trudny do interpretacji, stąd kwantyfikacja danych często staje się korzystna, a obserwacje bardziej przejrzyste i zrozumiałe. Rosną także możliwości agregacji, porównywania i podsumowywania danych, otwiera możliwość zastosowania prostych analiz struktury zjawisk i analiz statystycznych aż do skomplikowanych modeli i prognoz matematycznych. Posługując się danymi jakościowymi i ilościowymi, badacz musi zwrócić uwagę na czytelność i bogactwo znaczeniowe wywodu naukowego, argumentacji i końcowych wniosków. Korzystanie z liczb i parametrów może okazać się korzystne, ale też dostarczyć zbyt syntetycznych informacji, pozbawiając pracę badawczą wielu szczegółów i opisów istotnych do zrozumienia badanego zjawiska.

Dla wielu osób metody ilościowe (głównie ankiety) są bardziej znane i intuicyjnie zrozumiałe wskutek dość częstego udziału w takich badaniach lub lektury ich rezultatów w mediach (np. sondaże przedwyborcze). Różnica między badaniami wykorzystującymi metody ilościowe (najczęściej badania sondażowe i eksperymentalne) a badaniami metodami jakościowymi (wywiady indywidualne i grupowe) dotyczy różnych obszarów badania, sposobu za-

²⁴ E. Babbie, *Badania społeczne w praktyce*, PWN, Warszawa 2007, s. 48–50.

dawania pytań i różnego podejścia w zależności od przedmiotu badania. Również różne są sposoby interpretacji i wyciągania wniosków na podstawie wyników (tabela 1).

Tabela 1

Porównanie metod ilościowych i jakościowych

Metody ilościowe	Metody jakościowe
• odpowiada na pytanie „ile?” • narzędzie pomiaru – kwestionariusz (pytania o stałej, ustalonej formie, przewaga pytań zamkniętych) • koncentracja na pytaniach rozstrzygających • dobór próby: losowy, kwotowy • większe próby (200–1000 osób) • mniejszy wpływ osoby prowadzącej (badającego, ankietera) na przebieg badania • możliwość ilościowej generalizacji wyników na populację • metoda interpretacji: z wykorzystaniem analiz statystycznych – bardziej obiektywna	• odpowiada na pytania: „co?”, „jak?”, „dlaczego?” • swobodny sposób pozyskiwania informacji (scenariusz i pytania jako zarys wywiadu, pytania otwarte) • koncentracja na pytaniach eksploracyjnych • dobór próby: celowy • mniejsze próby (20–50 osób) • większy wpływ osoby prowadzącej (moderatora) na przebieg badania • brak możliwości ilościowej generalizacji wyników na populację • metoda interpretacji: bez wykorzystania analiz statystycznych – bardziej swobodna i subiektywna

Źródło: D. Maison, *Zogniskowane wywiady grupowe. Jakościowa metoda badań marketingowych*, Wyd. Naukowe PWN, Warszawa 2001, s. 15.

Badania ilościowe koncentrują się zatem na ilościowym opisie rzeczywistości, np. ile osób zauważyło lub nie zauważyło zaistnienie badanego zjawiska, jakie są różnice w rozumieniu danego problemu (rozumiem, nie rozumiem, nie mam zdania), ilu jest zwolenników określonych poglądów w danej grupie wiekowej itp. W rezultacie w badaniu ilościowym pytania często mają charakter rozstrzygający. Badanie prowadzone jest na podstawie arkusza ankiety, zazwyczaj w wywiadzie osobistym, chociaż coraz częściej stosuje się wywiad telefoniczny lub ankiety dystrybuowane do respondentów i gromadzone poprzez Internet. Typowy przebieg badania i arkusz ankiety przedstawiono w aneksie nr 1.

W przypadku badań jakościowych badacz zwraca uwagę na różnorodność zjawisk, a nie na częstotliwość ich występowania. Charakterystyczne są tutaj pytania otwarte, wartościujące, parafrazy, a cechą zadawanych pytań jest ich eksploracyjny charakter starający się odpowiadać na pytania: jak i dlaczego? W odróżnieniu od badań ilościowych (np. ankiety), które mogą prowadzić osoby po prostym przeszkoleniu, w badaniach jakościowych obserwuje się duży wpływ moderatora prowadzącego badanie na ich końcowy rezultat, stąd koniecznym warunkiem dobrze przeprowadzonego wywiadu jest dobór doświadczanego moderatora i prowadzenie wywiadu w oparciu o wcześniej przygotowany scenariusz.

Badania ilościowe i jakościowe najczęściej różnią się wielkością badanej grupy osób. Próby w badaniach ilościowych są z reguły duże – w zależności od problemu badawczego i metody doboru próby respondentów obejmują grupy liczące od kilkuset do kilku tysięcy osób, co wymaga pokrycia kosztu wywiadu i poniesienia dużego wysiłku organizacyjnego. Badania jakościowe są zazwyczaj mniejsze i składają się najczęściej z kilkunastu wywiadów indywidualnych lub kilku grup fokusowych²⁵ – co daje łącznie od kilkunastu do kilkudziesięciu uczestników badania. Respondenci dobierani są na podstawie specyficznych dla danego badania kryteriów celowych, które charakteryzują populację będącą obiektem badania (np. eksperci zajmujący się na co dzień rozwiązywaniem problemów osób niepełnosprawnych, uczestniczący w procesie stanowienia prawa, etc.).

Z racji mniej wymiernego charakteru rezultatów badań jakościowych są one czasami traktowane jako „gorsza” metoda badań. Metodom jakościowym zarzuca się przede wszystkim brak możliwości przełożenia wniosków osób biorących udział w badaniu na wnioski ogólne dotyczące populacji (np. wszystkich konsumentów, prawników, etc.). Drugim często spotykanym zarzutem jest subiektywność analizy i interpretacji wyników. Zarzuty te nie są jednak uzasadnione. Badania jakościowe służą innym celom niż badania ilościowe: rozumieniu rzeczywistości, a nie pomiarowi zjawisk. Co więcej, prawdziwe, „pełne” badanie powinno obejmować sekwencję pomiarów w kolejności: badanie jakościowe → sformułowanie wyników i problemów badawczych przeznaczonych do dalszej penetracji w drodze badań ilościowych → zaprojektowanie nowego badania (ilościowego) w oparciu o rezultaty badania jakościowego → realizacja i opracowanie wyników badania ilościowego.

7. Metody badawcze wykorzystywane przez doktorantów w naukach prawa (na przykładzie prac doktorskich UWM WPiA w latach 2009–2010)

Każda dyscyplina naukowa posiada właściwe jej metody badawcze, które realizują wspólne zadanie polegające na ustalaniu i wyjaśnianiu nowych faktów, zjawisk, procesów, związków i zależności między nimi²⁶. Na metodę badawczą wykorzystywaną w znaczeniu koncepcyjnym i rzeczowym składa się szereg działań zdeterminowanych celem generalnym i ogólną koncepcją badań. Rezultatem zastosowania metody naukowej winno być badawcze dotarcie do prawdy i jej pojęciowe przedstawienie oraz opisanie sposobu użycia materiału naukowego.

²⁵ Sformułowanie żargonowe – chodzi o grupę do przeprowadzenia zogniskowanego wywiadu grupowego, tzw. *focus group*.

²⁶ J. Apanowicz, *Metodologia ogólna...*, s. 60–80.

Różnorodność metod badawczych sprzyja ich dostosowaniu do celu przedmiotu i badań. Omówione wyżej metody badań jakościowych i ilościowych składają się na grupę metod opartych na obserwacji, a ze względu na źródło informacji zaliczane są do metod służących do pozyskiwania informacji pierwotnych. Wymagają one solidnego przygotowania organizacyjnego i finansowego. Badania wtórne, polegające na analizie dokumentów, stanowią tańszą i często wyczerpującą ścieżką badawczą. Do metod badawczych w tej grupie należą:

1) Metoda polegająca na gromadzeniu i wstępnej selekcji dokumentów urzędowych, statystycznych, orzeczeń, postępowań, przepisów prawa, ustalaniu ich autentyczności i wiarygodności, a ostatecznie na analizowaniu ich treści i opracowywaniu wniosków badawczych. Zaletą tej metody jest możliwość przeprowadzenia analiz porównawczych określonych wyników analizy, danych, faktów, zjawisk i procesów (analiza komparatystyczna lub porównawcza) także w kontekście historycznym (analiza historyczna).

2) Metoda analizy i krytyki piśmiennictwa, polegająca na wykazaniu celowości, oryginalności i nowego ujęcia wyłonięgo i podjętego problemu. Panuje przekonanie, że metodę tę musi wykorzystać każdy na pierwszym etapie poznania naukowego i stanowi ona warunek ważnych odkryć naukowych i dzieł twórczych. Łączone są z nią metody analizy krytyki źródłowej i analizy porównawczej, dające odpowiedź na pytania o celowość określonej działalności ludzkiej, jej przyczyny i skutki, oraz wykazujące związki i zależności jednych zjawisk lub wytworów działalności ludzkiej od drugih.

3) Metoda analizy ekonomicznej, dotycząca badań różnych instytucji i obejmująca m.in. badania zadań, struktur, zjawisk i procesów towarzyszących ich działalności gospodarczej.

4) Studium przypadku i metoda monograficzna, koncentrujące się na wyczerpującej analizie zjawisk i opisie wąskiego problemu, pojedynczej instytucji (zakładu, warsztatu etc.) lub procesu. Służą one naukowemu zgłębieniu wyodrębnionych cech i elementów jakościowych cech określonej struktury, systemu lub procesu.

5) Metoda lingwistyczna została oparta na ogólnej dyrektywie, która mówi: „stawiaj hipotezy dotyczące interesującego cię problemu, a następnie testuj je na przykładach, które motywowane są intuicjami użycia wyrażen w języku potocznym”. Analiza lingwistyczna przydaje się zwykle w różnych działach filozofii i teorii prawa: od analizy i dyskursu prawnego poczynając, poprzez zagadnienia ontologiczne (czym jest prawo?), a na tradycyjnych zagadnieniach prawodawstwa, takich jak problem obowiązywania norm, kończąc²⁷.

²⁷ J. Stelmach, B. Brożek, op. cit., s. 131–133.

Za ilustrację różnorodności metod, technik i źródeł wykorzystywanych w badaniach naukowych może posłużyć zestawienie sporządzone w oparciu o deklaracje autorów prac doktorskich z dziedziny prawa z lat 2009–2010 dostępnych w Bibliotece Głównej UWM. Identyfikacja metod badawczych wykorzystanych do przygotowania prac doktorskich prowadzi do konkluzji, że ich autorzy dążą do możliwie pełnego dostosowania warsztatu metodologicznego do przedmiotu badań. Na ocenę taką wpłynęło urozmaiczone nazewnictwo metod, ich opis oraz wykorzystane techniki i źródła informacji naukowej, choć najczęściej używane są nazwy „klasyczne”.

Zestawienie metod badawczych wybieranych przez doktorantów nauk prawa w latach 2009–2010, cz. 1 – nazwy „klasyczne”:

1. Metoda prawnoporównawcza
2. Metoda historyczna
3. Metoda funkcjonalna
4. Metoda opisowa
5. Metoda analizy w systemie prawa
6. Metoda genezy norm prawnych
7. Metoda dogmatyczna
8. Metoda instytucjonalnoprawna
9. Metoda analizy systemowej
10. Metoda analizy przypadków indywidualnych
11. Metoda indukcyjna – bezpośrednia analiza dokumentów źródłowych z postępowań
12. Metoda dedukcyjna – korzystanie z literatury specjalistycznej i fachowej, którą uzupełniały wnioski płynące z zastosowania metody indukcyjnej
13. Metoda komparatystyczne – metoda analityczno-porównawcza.

Autorzy prac często nie wskazywali jednoznacznie, czy mówią o metodzie, czy o technice badań. Użyte nazewnictwo nawiązuje do wykonywanych czynności badawczych i analizowanych dokumentów. Za metodę badawczą autorzy uznają m.in. „analizę i krytykę piśmiennictwa oraz orzecznictwa sądowego”, „wykorzystanie materiałów wtórnych” lub „metody związane z przetwarzaniem materiałów i systematyzowaniem wyników” (cel: ocena i wyważenie znaczenia faktów i ich powiązań), chociaż bardziej zrozumiałe byłoby użycie nazwy „badania wtórne” i powołanie się na konkretną i powszechnie znaną metodę (np. analizę dokumentów, analizę językową) jako lepiej opisaną i wspólną dla wszystkich dyscyplin naukowych. Podstawową cechą wszystkich wymienionych metod jest praca na dokumentach (oprócz dwóch deklaracji, że badanie prowadzono metodą obserwacji bezpośredniej i wywiadu osobistego – ankietą), a więc lokowanie ich w grupie badań wtórnych.

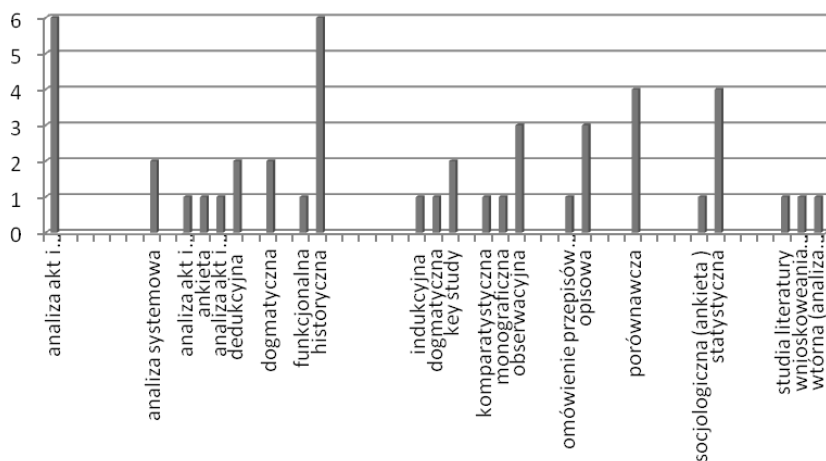
Zestawienie metod badawczych wybieranych przez doktorantów nauk prawa w latach 2009-2010, cz. 2 – nazwy „czynnościowe”:

1. Analiza literatury krajowej i zagranicznej
2. Analiza publicystyki i źródeł dostępnych w Internecie
3. Analiza przepisów prawa, w tym Konstytucji
4. Analiza prawa międzynarodowego
5. Analiza orzecznictwa i komentarzy
6. Analiza ewolucji przedmiotu pracy jako zjawiska w czasie
7. Językowo-logiczna analiza materiału prawnego
8. Analiza poglądów doktryny
9. Analiza orzecznictwa: zespołów arbitrów, Krajowej Izby Odwoławczej, sądów okręgowych, Sądu Najwyższego, sądów administracyjnych
10. Analiza dogmatyczna
11. „Główną metodą pracy była analiza. Jej przedmiotem były:
 - regulacje prawne
 - rozważania zawarte w wymienionych źródłach
 - dokumentacja (jw.)
 - protokoły z kontroli
 - dokumentacja postępowań skargowych
 - dane statystyczne dot. postępowań przygotowawczych”.

Skutkiem ubocznym dążenia do zastosowania metod indywidualnych stało się duże zróżnicowanie nazw, a w niektórych przypadkach trudność w ich klasyfikacji i identyfikacji, jak też niemożność szybkiej identyfikacji dokonanych czynności badawczych. W tym ostatnim przypadku utrudnione jest zatem odtworzenie procedury badawczej, ewentualne powtórzenie badań i porównanie ich wyników bez wnikliwej lektury danej pracy.

Różnorodność metod stanowi nie tylko oczywisty wyraz potrzeby dostosowywania metod do przedmiotu i celu badania, ale również przyczynek do pogłębionego badania metod badawczych i ich sankcjonowania celem podnoszenia jakości metod badawczych i ich skuteczności. Tym niemniej, badając, jakie metody zostały wykorzystane w omawianych pracach, podjęto próbę ich przyporządkowania do określonych typowych metod badawczych (rys. 6). Do przygotowania badanych prac doktorskich wykorzystano łącznie 47 metod badawczych. Przyporządkowując poszczególne metody do określonych grup metod można stwierdzić, że najczęściej wykorzystywaną metodą badawczą przez doktorantów nauk prawa w latach 2009–2010 była analiza akt (łącznie 8 wskazań i 17% ogółu metod) oraz analiza historyczna (6 wskazań i 12,8% wszystkich prac). Równie często wykorzystywano metody polegające na obserwacji konkretnej sytuacji w rzeczywistości instytucji (sądów) i urzędników i/lub innych respondentów (na wykresie: obserwacja, ankieta i *key study*, łącznie 6 wskazań i 12,8% ogółu). Pozostałe metody wystąpiły w pojedyn-

czych przypadkach. Wątpliwości budzi metoda „studia literatury”, wymieniona tylko przez jednego autora, a prawdopodobnie wykorzystywana przez każdego, jednak pomijana w omówieniach metod badawczych. Świadczy o tym obszerny wykaz literatury i treści każdej z badanych prac doktorskich. Warto też zwrócić uwagę na jednorodność podejścia w pracach bazujących na zasobach informacyjnych pochodzących z istniejących dokumentów.



Rys. 6. Częstotliwość wykorzystywania metod badawczych w pracach doktorskich z dziedziny nauk prawa w latach 2009–2010

Źródło: oprac. własne.

Tylko w jednej pracy autor podjął wyzwanie i wykonał badania terenowe polegające na przeprowadzeniu badań ankietowych oraz obserwacji bezpośredniej rozpraw sądowych. Może to świadczyć o potrzebie popularyzacji badań pierwotnych i rozwijania kształcenia pracowników naukowych w tym zakresie. Celowi temu służy aneks 1.

²⁸ Opracowanie własne na podstawie G. Churchill, op. cit.; S Kaczmarczyk, op. cit.; E. Babbie, op. cit.; L. Sołoma, *Metody badań socjologicznych. Wybrane zagadnienia*, UWM, Olsztyn 2002.

Aneks 1

Badania ilościowe: schemat kwestionariusza ankiety²⁸

- o Wstęp – pytania pozwalają ustalić, czy respondent należy do grupy docelowej, np.
 - czy piecze Pani ciasto? (T/N, Proszę wymienić główne posiłki przez Panią przyrządzane: _____)
 - czy chodzi Pan/ Pani do kina częściej niż raz na miesiąc? T/N (lub: jak często...)
 - czy w gospodarstwie domowym stale przebywa ponad 5 osób (lub ile osób przebywa...) T/N
 - K czy M? Miasto czy Wieś? Itd.

A ponadto: przedstawiamy siebie i firmę, ustalamy, czy kwalifikacje danego respondenta odpowiadają wartościom zadany (np. wiek +15? Czy podejmuje decyzje o zakupie, wyborze etc.), motywacja – wyjaśniamy, dlaczego dana osoba winna nam udzielić odpowiedzi, nawiązanie przyjaznego kontaktu i określenie ram czasowych.

- o Część główna – pytania o:
 - fakty: jaki samochód, telewizor, program, hobby...
 - opinie: jak Pani/Pan ocenia (skala)
 - motywacje: dlaczego
 - stosunek: lubi/ będzie lubić, nie będzie lubić
- o Metryczka – podstawowe dane o respondencie (nigdy na początku! – np. wykształcenie, rodzaj pracy, poziom wynagrodzenia, nazwa firmy, stanowisko)

Zasady ogólne budowy kwestionariuszy, wywiadów, przewodników

- o Zrozumiałe słownictwo
- o Jednoznaczne pytania
- o Jednakowy sens dla wszystkich
- o Słownictwo dostosowane do grupy respondentów (np. żargon)
- o Kolejność zadawania pytań – logiczny ciąg pytań, rozgrzewające, ogólne, a potem szczegółowe, na koniec osobiste
- o Bezstronność pytań (pytania sugerujące odpowiedź lub nawiązujące do sytuacji konfliktowych)
- o Czas kwestionariusza

Przykłady pytań ankietowych

Rodzaj i cel pytania	Przykład
Binarne (alternatywne) Uzyskanie zdecydowanej odpowiedzi (T/N) – stwierdzenie przynależności	Czy miał Pan okazję przebywać w Wielkiej Brytanii? TAK NIE
Wielokrotnego wyboru (kafeteryjnie) Uzyskanie struktury populacji ze względu na daną cechę, częstotliwość jej występowania, stosunek do wydarzenia, opinie, istotność jakiejś motywacji, cechy produktu dla respondenta	Z kim Pan/i przebywał/a w Wielkiej Brytanii? Prywatnie sam z małżonkiem z małżonkiem i dzieckiem z dzieckiem (dziećmi) z wycieczką z kolegą Służbowo
Inna kafeteria: z listy do wyboru Ustala się strukturę populacji ze względu na znajomość spontaniczną (kolejność odpowiedzi) oraz w ogóle (czasami wspomagana)	np. lista marek obecnych lub nieobecnych na rynku
Wybór z listy ilościowej, ew. wielkościowej (np. zatrudnienie) i jakościowej (dot. motywacji: dlaczego wybieram ten samochód – bo jest ekstrawagancki, mały, szybki....). Ustala się strukturę populacji ze względu na częstotliwość zjawiska (np. konsumpcji)	Co ile lat kupuje Pan/i samochód? co roku co dwa lata brak odpowiedzi
Inne warianty list wyboru: Skala Likerta Ujawnia potencjalne preferencje, przypuszczenia, osądy, intencje zakupu, decyzje	Czy Wielka Brytania jest krajem, w którym atrakcje turystyczne spełniły Pana/i oczekiwania? absolutnie nie raczej nie raczej tak absolutnie tak
Jw.	Jeżeli zdecydowałby się Pan (zdecydowałyby się Pani) udać do Wielkiej Brytanii autobusem, czy konieczne byłyby postoje? absolutnie nie raczej nie ani tak, ani nie raczej tak absolutnie tak
Porządkujące odpowiadający porządkuje kolejność atrybutów nadając kolejność np. od 1 do 10	Które kraje są dla Pan/i najbardziej najbardziej warte wyjazdu na urlop? Proszę wskazać kolejność: Niemcy Austria Walia Szkocja Polska

Wymagające oceny	Proszę ocenić xxxx w skali: 1–5 1–10 Respondent otrzymuje paletę produktów, cech wyrobu etc. I stawia ocenę (oceny mogą się powtarzać!)
Wymagające wskazania własnej skali Respondent może wskazać sam własny poziom oceny danego zjawiska lub wskazać jeden z poziomów zaproponowanych w ankiecie	Proszę wskazać, poniżej jakiej ceny twarożek najprawdopodobniej będzie słabej jakości? 1 zł 1,5 zł 2 zł
Pytania skalowane ważnością atrybutów	Czy wyjazd urlopowy za granicę jest dla Pana/i: bardzo ważny ważny umiarkowanie ważny mało ważny nie ważny
Pytania otwarte	Jak spędza Pan/i wakacje? _____ Co przychodzi Pani/u na myśl, gdy słyszy Pan/i: Wielka Brytania _____ Francja _____ Polska _____
Uzupełnienie zdań	Kiedy planuję urlop, to najważniejszym kryterium wyboru jest: _____
Uzupełnienie historii	Kiedy zaczynam przeglądać wakacyjne oferty to wzbudza to we mnie (dokończyć)... wspomnienia z Mazur, Yorkshire, Puszczy Kampinoskiej
Wariant historii	Piktograficzny (1) z chmurkami do uzupełnienia: proszę wpisać wypowiedź drugiej osoby... Piktograficzny (2): proszę opisać co widzi Pan/i na rysunku...

Summary

Methodology, methodology, method as the basis of scientific reasoning

Key words: methodology, method, social science, law and economics, qualitative research, quantitative research.

Discussion about science, its primary name and the various disciplines is one of those scientific topics that do not end there. The most earlier discussion about the methodology of science, about what a “scientific approach” is, what is the science and methodology of science, methodology and method we

can find already in ancient Greece. This discussion until now has continued to today and it is important to ask whether this topic has any value for people today? This paper deals with concepts of the methodology, the methodology and the scientific method, sources of information for the study of scientific methodology. Brought closer selected scientific methods of collecting primary information (qualitative and quantitative) and test methods for secondary sources of information.

Recenzje

Węzłowe problemy prawa dyscyplinarnego w służbach mundurowych, pod red. Piotra Józwiaka i Krzysztofa Opalińskiego, Wydawnictwo Szkoły Policji w Pile, Piła 2012, ss. 95.

Recenzowana publikacja zawiera materiały z seminarium naukowego poświęconego odpowiedzialności dyscyplinarnej w służbach mundurowych, zorganizowanego przez Szkołę Policji w Pile w dniu 18 października 2011 r., i uzupełnia wyraźną lukę na polskim rynku wydawniczym. Odpowiedzialność dyscyplinarna doczekała się bowiem niewielu opracowań, a odpowiedzialność dyscyplinarna w służbach mundurowych w szczególności. Pierwszą publikacją na rynku i nadal jedyną jest monografia autorstwa Sebastiana Maja pt. *Postępowanie dyscyplinarne w służbach mundurowych* (LexisNexis, Warszawa 2008).

Ukazanie się recenzowanego opracowania należy odnotować z uwagą. Mamy bowiem do czynienia z pracą wartościową i potrzebną, w dodatku cykliczną¹, która stanowi zestawienie dwóch punktów widzenia. Dokonywane oceny rozwiązań dyscyplinarnych funkcjonujących w służbach mundurowych zawierają bowiem perspektywę teoretyczną i praktyczną.

W publikacji zamieszczono dziesięć opracowań, z których trzy dotyczą zagadnień ogólnych, wspólnych dla odpowiedzialności służb mundurowych, pozostałe – postępowania dyscyplinarnego w Policji. Opracowanie wieńczy noty o autorach. Brakuje jakiegokolwiek podsumowania.

Pracę, poprzedzoną wprowadzeniem redaktorów naukowych, otwiera tekst Karola Szadkowskiego i Macieja Szczepańskiego *O „czynnie zawierającym jednocześnie znamiona przestępstwa” – w ramach rozważań o przedawnieniu dyscyplinarnym w Policji*. Autorzy wychodząc od ogólnego naświetlenia problematyki przedawnienia w postępowaniu dyscyplinarnym w Policji, omówili sytuację wynikającą z art. 135 ust. 5 ustawy o Policji², kiedy czyn

¹ Recenzowana publikacja jest drugą z cyklu. Pierwsza pt. *Odpowiedzialność dyscyplinarna w Policji*, pod red. P. Józwiaka i W. St. Majchrowicza (Piła 2011) zawiera materiały z seminarium naukowego zorganizowanego przez Szkołę Policji w Pile w dniu 5 października 2010 r.

² Art. 135 ust. 5 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (tekst jedn.: Dz.U. z 2011 r., nr 287, poz. 1687): „Jeżeli przewinieniem dyscyplinarnym jest czyn zawierający jednocześnie znamiona przestępstwa lub wykroczenia albo przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego, upływ terminu określonego w ust. 4 nie może nastąpić wcześniej niż terminów przedawnienia karalności tych przestępstw lub wykroczeń”.

będący przewinieniem dyscyplinarnym zawiera jednocześnie znamiona przestępstwa lub wykroczenia albo przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego. Zauważając trudności interpretacyjne, a dotyczące obliczania biegu terminu przedawnienia karalności przewinienia dyscyplinarnego, zawieszenia postępowania dyscyplinarnego, rozumienia zwrotu „czyn zawierający jednocześnie znamiona przestępstwa” oraz organu kompetentnego do stwierdzenia, czy taka sytuacja ma miejsce, autorzy zaproponowali własne rozwiązania interpretacyjne. Wskazali, iż z uwagi na zawarty w ustawie o Policji zwrot „od dnia popełnienia przewinienia dyscyplinarnego” bieg terminu przedawnienia należy liczyć od dnia, w którym sprawca popełnił to przewinienie, zgodnie z zasadą *computatio civilis* (s. 7), zwrot „czyn zawierający jednocześnie znamiona przestępstwa” należy rozumieć jako „czyn będący przestępstwem” (s. 11), a organem kompetentnym do stwierdzenia tego faktu jest wyłącznie sąd (s. 12).

Drugie opracowanie pt. *Wina, jako przesłanka odpowiedzialności dyscyplinarnej funkcjonariuszy służb mundurowych* autorstwa Dawida Korczyńskiego daje obraz złożoności problematyki winy jako jednej z przesłanek odpowiedzialności. Autor rozpoczyna od zwrócenia uwagi na fakt, że wina jako przesłanka odpowiedzialności dyscyplinarnej funkcjonariuszy służb mundurowych została *expressis verbis* wskazana jedynie w przypadku funkcjonariuszy Policji i Państwowej Straży Pożarnej (nie została wymieniona wprost w stosunku do funkcjonariuszy Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Agencji Wywiadu, Służby Kontrwywiadu Wojskowego, Służby Wywiadu Wojskowego, Centralnego Biura Antykorupcyjnego, Straży Granicznej, Służby Celnej i Służby Więziennej), po czym stawia istotne pytanie: czy odpowiedzialność dyscyplinarna funkcjonariuszy tych służb, gdzie wina nie jest wymieniona jako przesłanka odpowiedzialności za przewinienie dyscyplinarne, jest niezależna od winy, czy jest odpowiedzialnością obiektywną? Wychodząc od zaliczenia odpowiedzialności dyscyplinarnej do odpowiedzialności represyjnej oraz przedstawiając pojęcie winy, Dawid Korczyński wyprowadza szereg istotnych wniosków. Słusznie uznaje, że wina jest nieodłącznym atrybutem odpowiedzialności dyscyplinarnej niezależnie od jej wysłowienia wprost oraz że okoliczności uchylające winę, znane prawu karnemu, winny mieć na zasadzie *analogii legis* zastosowanie na gruncie odpowiedzialności dyscyplinarnej funkcjonariuszy służb mundurowych (s. 19).

Piotr Józwiak w opracowaniu zatytułowanym *Instytucja ulaskawienia – refleksje na płaszczyźnie odpowiedzialności dyscyplinarnej w służbach mundurowych* podjął się zasygnalizowania złożonej i kontrowersyjnej w doktrynie problematyki dotyczącej możliwości stosowania aktu łaski do sprawców deliktu dyscyplinarnego. Autor ten wyróżnia trzy zasadnicze grupy poglądów i opowiada się za dopuszczalnością stosowania prawa łaski wobec osób ukaranych w postępowaniu dyscyplinarnym (s. 33). Swoje stanowisko uzasadnia

odwołując się do literalnej i funkcjonalnej wykładni przepisu art. 139 Konstytucji³, represyjnego charakteru odpowiedzialności dyscyplinarnej w służbach mundurowych, porównania stopnia represyjności sankcji karnych i kar dyscyplinarnych, poglądów doktryny okresu międzywojennego oraz wykładni prawnoporównawczej. W swoich poglądach jest dość radykalny, albowiem dopuszcza możliwość stosowania aktu łaski wobec wszystkich kar dyscyplinarnych, w tym upomnienia czy nagany (s. 34). Takie stanowisko jest niewątpliwie dyskusyjne.

Kolejne ciekawe opracowanie dotyczy możliwości uchwalania wspólnej dla wszystkich służb mundurowych procedury dyscyplinarnej. Sebastian Maj, opowiadając się za uchwaleniem jednolitego formalnego prawa dyscyplinarnego, wskazuje na istniejące już i wspólne dla wszystkich służb rozwiązania w zakresie odpowiedzialności majątkowej funkcjonariuszy, komisji lekarskich orzekających o zdolności do służby oraz wymienia korzyści płynące z przyjęcia proponowanego rozwiązania. Opracowanie zawiera szereg interesujących postulatów *de lege ferenda*.

Tekst Barbary Janusz-Pohl *Wpływ ustawy karnoprocesowej na model postępowania dyscyplinarnego w Policji* pokazuje, jak kodeks postępowania karnego kształtuje model postępowania dyscyplinarnego w Policji. Autorka, sygnalizując pierwotny wpływ ustawy karnoprocesowej na model postępowania dyscyplinarnego już na płaszczyźnie tworzenia prawa, analizuje jej wpływ wtórny (zarówno bezpośredni, jak i pośredni), któremu poświęca szczególną uwagę. Słusznie przy tym zauważa, że zakres zastosowania ustawy karnoprocesowej określony przez przepis art. 135p ustawy o Policji⁴ nie jest jedynym przejawem wtórnego wpływu k.p.k. na model postępowania dyscyplinarnego (s. 45).

Ireneusz Adamczak w opracowaniu *Wszczęcie postępowania dyscyplinarnego w Policji* podejmuje się wykładni zawartego w treści art. 134i ust. 1 ustawy o Policji⁵ zwrotu „uzasadnione przypuszczenie”, które jest kluczowe dla instytucji wszczęcia postępowania dyscyplinarnego wobec funkcjonariusza Policji. Autor zwraca uwagę na możliwe trudności interpretacyjne i proponuje własną ciekawą egzegezę.

³ Art. 139 Konstytucji z 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. nr 78, poz. 483): „Prezydent Rzeczypospolitej stosuje prawo łaski. Prawa łaski nie stosuje się do osób skazanych przez Trybunał Stanu”.

⁴ Art. 135p ust. 1 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz.U. z 2007 r., nr 43, poz. 277 ze zm.): „W zakresie nieuregulowanym w niniejszej ustawie do postępowania dyscyplinarnego stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania karnego, dotyczące wezwań, terminów, doręczeń i świadków, z wyłączeniem możliwości nakładania kar porządkowych. W postępowaniu dyscyplinarnym do świadków nie stosuje się również art. 184 Kodeksu postępowania karnego”.

⁵ Art. 134i ust. 1: „Przełożony dyscyplinarny, jeżeli zachodzi uzasadnione przypuszczenie popełnienia przez policjanta przewinienia dyscyplinarnego: 1) wszczyna postępowanie dyscyplinarne: a) z własnej inicjatywy, b) na wniosek bezpośredniego przełożonego policjanta, c) na polecenie wyższego przełożonego, d) na żądanie sądu lub prokuratora; 2) może wszcząć postępowanie dyscyplinarne na wniosek pokrzywdzonego”.

Marek Enerlich szczegółowo analizuje natomiast instytucję prawną zawieszenia policjanta w czynnościach służbowych. Omawia jej obligatoryjne i fakultatywne przesłanki, organy uprawnione do podjęcia teŝe decyzji administracyjnej, jej istotne elementy, tryb doręczenia decyzji, jej zaskarżenia oraz przesłanki wygaśnięcia. Wiele uwagi autor poświęca konsekwencjom wydania decyzji o zawieszeniu policjanta w czynnościach służbowych, zwłaszcza zwolnieniu ze służby z uwagi na upływ 12 miesięcy zawieszenia oraz zawieszeniu naleŝnego uposażenia.

Szymon Stypuła w opracowaniu *Dopuszczalność odwołania czynności procesowych stron w postępowaniu dyscyplinarnym w Policji* porusza istotną dla odpowiedzialności dyscyplinarnej kwestię dopuszczalności odwołania przez stronę dokonanej juŝ czynności procesowej. Uznaje, że o ile oświadczenie woli jest zasadniczo odwoławalne (s. 82), o tyle oświadczenie wiedzy, jeŝeli rozumieć je w sposób analogiczny, jest nieodwoławalne (s. 81). Ciekawe rozważania autora i czasem moŝe trochę kontrowersyjne tezy niewątpliwie stanowią istotny asumpt do szerszej i pełniejszej dyskusji nad tym skomplikowanym i problematycznym zagadnieniem.

Damian Gil sygnalizuje zaś kwestie waŝkie dla postępowania dyscyplinarnego w Służbie Więziennej. Wskazuje na rozluźnienie w obecnie obowiązującej ustawie o Służbie Więziennej⁶ rygorów odpowiedzialności dyscyplinarnej (s. 85). Uznaje za niedopuszczalne wszczęcie postępowania dyscyplinarnego do czasu prawomocnego zakończenia procesu karnego (s. 84) i rozważa konsekwencje procesowe przewinienia dyscyplinarnego wypełniającego jednocześnie znamiona przestępstwa. Opracowanie kończą ciekawe propozycje *de lege ferenda*.

Niejako kontynuację podjętych przez Damiana Gila rozważań stanowi kończące recenzowaną pracę opracowanie Marka Kruszka *Podstawy prawne postępowania dyscyplinarnego w Służbie Więziennej (zarys problematyki)*. Jest to sygnalizacja zagadnień, które wymagają pogłębionych rozważań. To postulat kontynuowania dyskusji naukowej na temat odpowiedzialności dyscyplinarnej, zwłaszcza w aspekcie porównawczym. Autor proponuje porównawczą analizę przesłanek odpowiedzialności dyscyplinarnej w Służbie Więziennej na tle innych formacji mundurowych, zestawienie ich z dyrektywami sądowego wymiaru kary określonymi w kodeksie karnym oraz przesłankami odpowiedzialności dyscyplinarnej osadzonych (s. 93).

Recenzowana praca zbiorowa stanowi pozycję wartościową, przydatną zarówno dla osób zainteresowanych poznaniem problematyki odpowiedzialności dyscyplinarnej służ mundurowych, jak i praktyków. Poruszone tu zagadnienia i sformułowane postulaty *de lege ferenda*, zasługują na uwagę. Praca stanowi istotny wkład do dyskusji o kształcie modeli czy ewentualnie jednego wspólnego dla wszystkich służ mundurowych modelu postępowania dyscyplinarnego.

Anna Korzeniewska-Lasota

⁶ Ustawa z dnia 9 kwietnia 2010 r. o Służbie Więziennej (Dz.U. nr 79, poz. 523 z póź. zm.).

Pedro López Barja de Quiroga, *Historia de la Manumisión en Roma. De los orígenes a los Severos, Gerión Naejos*. Serie de monografías. Anejo XI, Publicaciones Universidad Complutense, Madrid 2007, ss. 126.

Praca, którą zamierzam przedstawić, ukazała się nakładem Wydawnictwa Uniwersytetu Complutense i stanowi opracowania niezwykle szerokiego i diskutowanego w literaturze przedmiotu zagadnienia, którego ponownego opracowania podjął się hiszpański historyk Pedro López Barja de Quiroga. Zagadnienie to wyzwolenia niewolnicze, które niewątpliwie były zjawiskiem powszechnym w świecie antycznym, ale jednocześnie szczególnym, jeśli weźmiemy pod uwagę specyfikę rzymską. Już sam sposób przedstawienia tej problematyki jest dość szczególny, skoro Autor zdecydował się opisać początki wywoleń w rozdziale ostatnim (czyli IV), a nie jak wskazywałyby na to tytuł pracy (*De los orígenes...*) w pierwszym. Sam López Barja de Quiroga tłumaczy to w następujący sposób: “En realidad, el conocimiento que tenemos de los primeros tiempos en la historia de la manumisión e indirecto, se apoya sobre lo que sabemos de finales de la República o el Imperio para, remontándonos en el tiempo, reconstruir lo que ignoramos” (s. 12).

Zagadnienie wywoleń w Rzymie powinno być, według Autora, analizowane przez pryzmat obywatelstwa rzymskiego, które – ze swej strony – było ważnym faktorem rozwoju samego państwa. Takie podejście wymaga szczególnej kompozycji wyводу, dlatego punktem wyjścia do omówienia rzymskich *manomisiones* stały się formy wywoleń niewolników, o których traktuje rozdział I. W dalszej kolejności są analizowane motywy, które zdaniem Pedro López Barja de Quiroga zazwyczaj towarzyszyły aktom wywoleń, o czym w rozdziale II. Kolejna część pracy, rozdział III, stanowi prezentację rzymskich ustaw poświęconych problemowi wywoleń i wreszcie dochodzimy do ostatniego, wspomnianego już rozdziału IV, poświęconemu „niejasnym” początkom manumisji, których powinniśmy za Autorem doszukiwać się m.in. w historii kolonii latyńskiej Carteia.

Zanim przejdę do uwag, które chciałabym wyrazić na marginesie pewnych tez Autora, pozwolę sobie w sposób nieco bardziej rozbudowany, niż zwykło się to czynić w recenzji, przybliżyć treść prezentowanej pozycji. Mając

na względzie fakt, iż książka ta jest trudno dostępna na rynku polskim, chciałabym jak najpełniej ukazać podejście Autora, tym bardziej że w kilku kwestiach wymaga ono, moim zdaniem, ponownego rozpatrzenia.

W rozdziale I *Modos* zostały zaprezentowane formy rzymskich manumisji¹, takie jak *vindicta*, *censu*, *testamento* i *inter amicos*, którą Autor uważa za pierwotną formę wszystkich wyzwoleń pretorskich (s. 15).

W odniesieniu do *manumissio vindicta* pierwszym z poruszanych problemów stało się ustalenie, którzy z rzymskich urzędników byli kompetentni do jej dokonania. Elementem koniecznym do ustalenia tej kompetencji było posiadanie przez urzędnika tzw. *iurisdictio voluntaria* oraz *auspicia*. Na tej podstawie można ustalić, że za pomocą *m. vindicta* można było dokonać wyzwolenia przed konsulem i prokonsulem, pretorem oraz gubernatorem prowincji (z wyłączeniem *legati Augusti pro pretore*). Wątpliwości należy jednak podnieść w odniesieniu do magistratur municypalnych. López Barja de Quiroga zakłada, że *duoviri* w koloniach rzymskich nie mogli wyzwalać niewolników, ponieważ nie posiadali *imperium* (s. 18), odmiennie niż w municypiach latyńskich. Słowem-kluczem do zrozumienia tej różnicy jest właśnie obywatelstwo rzymskie. Niewolnicy wyzwalani w municypiach latyńskich stawali się Latynami, co pozwala przypuszczać, że wykluczenie tej kompetencji w odniesieniu do urzędników kolonii opartych na prawie rzymskim było spowodowane brakiem kompetencji urzędników lokalnych, aby nadać obywatelstwo rzymskie (s. 20).

Kolejne zagadnienie to sposób dokonywania *m. vindicta*. Źródła klasyczne wskazują na daleko posunięty brak formalizmu (Gaius, D. 40.2.7; Ulpian, D. 40.2.8 i Hermogenianus, D. 40.2.23). Jednak Autor uważa, że zachowane przekazy dowodzą, iż w okresie wcześniejszym *vindicta* przebiegała według pewnego określonego rytuału, który, będąc zapomnianym w okresie klasycznym, nie został również dostrzeżony w doktrynie (s. 25n). Jego istotnymi cechami były trzy charakterystyczne elementy: aktywna rola *dominus*², obecność urzędnika oraz niewolnika, który miał być wyzwolonym oraz osoby trzeciej zwanej *adsertor libertatis* (s. 24–26), która to przeprowadzała *vindicatio libertatis*. Towarzyszył temu określony ceremoniał gestów i formuł słownych, za pomocą których *dominus* wyrażał i realizował swój zamiar wyzwolenia niewolnika (s. 24–25). Jednak niedostateczna ilość źródeł odnoszących się do *vindicta* uniemożliwia ukazanie pełnego i spójnego obrazu formy, w jakiej ona przebiegała.

¹ Autor zastanawia się również nad *adoptio* jako jedną z form *manumisji*, co wydaje mi się błędem, bowiem adopcja mogła nastąpić dopiero po dokonaniu ważnego wyzwolenia, np. *per praetorem* i była odrębnym i zawsze późniejszym aktem wobec tego pierwszego – por. Gell. N.A., 5.19.11, cytowany też przez P. Lópeza Barja de Quiroga.

² Albo upoważnionej przez niego osoby.

Interesującym zagadnieniem są dokumenty, które umożliwiłyby poświadczenie dokonania wyzwolenia (s. 26–28). W tym przypadku Autor *per analogiam* odwołuje się do rozpowszechnionej w świecie rzymskim praktyki sporządzania dokumentów prywatnych (*tabulae ceratae*). Ostatnie zagadnienie to skutki prawne, jakie *vindicta* wywoływała w odniesieniu do wyzwolonego niewolnika, wśród których najważniejszym dla Lópeza Barja de Quiroga jest nabycie obywatelstwa rzymskiego (s. 28–30). Była to naturalna konsekwencja manumisji cywilnych aż do czasu wydania *lex Aelia Sentia*. Autor uważa, iż wbrew powszechnie przyjętej opinii do *m. vindicta* można było dołączyć warunek (Marcellus, D. 40.1.15 i s. 29–30). Jednak przytoczona przez niego wypowiedź Marcellusa, umieszczona w Digestach pod tytułem poświęconym zagadnieniu wyzwoleń, moim zdaniem uniemożliwia definitywne stwierdzenie, czy cytowana wypowiedź dotyczyła właśnie wspomnianej manumisji.

Manumissio censu zasługuje na uwagę nie tylko z powodu jej krótkiej, ale interesującej charakterystyki – co jest niewątpliwą zasługą Autora – ale również ze względu na zaprezentowane wnioski. Pierwszy dotyczy problemu rekonstrukcji *manumissio censu*. To zagadnienie nie odnosi się wyłącznie do procedury, ale również do skuteczności samego aktu, który w doktrynie był uznawany raczej za deklaratoryjny niż konstytutywny. Autor ze swej strony przychylił się jednak do opinii uznającej konstytutywność *m. censu*³. Sama procedura przebiegała w następujący sposób: rzymski niewolnik stawiał się przed cenzorem – za zgodą swego właściciela – aby *nomen detulisset in censum, civis Romanus fiebat et servitutis vinculo solvebatur*⁴. Tego rodzaju manumisji można uznać za praktykowaną jeszcze w II/III w. po Chr. (s. 32nn.), co potwierdzają przytoczone źródła, zarówno prawne (*Reg. Ulp.* 1.8⁵, G. 1.160, *fragm. Dosith.* 17), jak i literackie (Quint., *Decl.* 311.5).

Swoje rozważania odnoszące się do *manumissio testamentaria* López Barja de Quiroga rozpoczął od krótkiego wprowadzenia w zagadnienie znaczenia testamentu. Stały element aktu ostatniej woli stanowili również – jak się wydaje – niewolnicy, a raczej wyzwolenicy zmarłego, przy czym Autor wskazuje na ścisły związek wyzwolenców z kultem pośmiertnym swego patrona (s. 35). Jest to wynikiem szczególnej roli, jaką pełnił wyzwoleniec w rodzinie swojego patrona (tzw. *familia libertorum* stanowiąca jedną z części składowych szerszego kręgu rodziny jako całości), m.in. przez przybranie jego *nomen gentilicium*. Rolę, którą można również dostrzec przez obecny

³ Zob. s. 31 i p. 52.

⁴ Boec., *Comm. ad Cic. Top.* cyt za: P. López Barja de Quiroga, s. 31.

⁵ Gdzie przysłówek *olim* sugerowałby czas przeszły, co wzmacnia zastosowanie *imperfectum indicativi passivi* jak przy *manumittebantur* i *profitebantur*. Według Lópeza Barja de Quiroga *olim* należy przypisać poklasycznemu kompilatorowi, ale całe zacytowane zdanie jest napisane w czasie przeszłym, stąd w tym miejscu Autor powinien pokusić się o głębszą analizę (por. s. 32).

w świecie rzymskim zwyczaj pochówku wyzwolenców w grobowcu swego patrona, co było uważane za szczególny przywilej⁶. Przychylając się do stanowiska, że już w końcu republiki rzymskiej wyzwolenia testamentowe były dość powszechne, Autor wskazuje jednocześnie na korzyść, jaką mogła ta forma przynieść właścicielowi. Chodzi tu przede wszystkim o tzw. *heres necessarius*, kiedy to wyzwolony i ustanowiony spadkobiercą wyzwoleniec przyjmował na siebie infamię spowodowaną niewypłacalnością zmarłego, dzięki czemu nie spadała ona na descendentów patrona.

Ostatni prezentowany sposób wyzwolenia, *manumissio inter amicos*, López Barja de Quiroga przedstawia (idąc za definicją Arnaldo Biscardiiego⁷) jako termin ogólny dla wszystkich typów manumisji pretorskich (s. 37). Nieważna na gruncie *ius civile*, już pod koniec republiki objęta była pretorską ochroną i wreszcie została ostatecznie uregulowana w słynnej *lex Iunia*, która nadała nieformalnym wyzwolenców *latinitas Iuniana*, ponieważ „la forma no es importante siempre que quede clara la intención del dueño de liberar a su esclavo” (s. 38). Na tej podstawie⁸ Autor rozróżnił dwa odmienne stany faktyczne, a mianowicie „ser libre” i „vivir en libertad”. Ponieważ ten pierwszy występował tylko i wyłącznie w wyniku manumisji, López Barja de Quiroga zanegował założenie Ottona Lenela, że ochrona pretorska po wydaniu *lex Iunia* nadal obejmowała *morantes in libertate*: „La protección pretoria – tłumaczy – solamente beneficiaba a los esclavos manumitidos por sus dueños y su situación estaba regulada por la ley Junia: quienes simplemente »vivían en libertad«, seguramente, no estaban amparados por el pretor” (s. 39).

Rozdział I kończą rozważania na temat *pilleus*, który uważany był za atrybut wyzwolenca rzymskiego, a który López Barja de Quiroga łączy oryginalnie z wolnością otrzymaną w walce (s. 40). *Pilleus* pochodzi z Grecji, a dokładnie z Lakonii, gdzie był czapką wojskową (s. 41–42). Jego skojarzenie z aktem wyzwolenia rzymskiego niewolnika wiąże się ze sprowadzeniem do Rzymu kultu bogini Feronii, *dea libertorum*, wywodzącej się z kraju Sabi-

⁶ Należy pamiętać, że patroni często budowali kolektywne grobowce (*colombarium*) przeznaczone właśnie dla swoich wyzwolenców, co jest często spotykane w odniesieniu do *familia caesaris*.

⁷ Z pewną poprawką, poczynioną przez B. Albanese w odniesieniu do tłumaczenia sformułowania *inter amicos*, którą Autor uważa za akt czysto prywatny, przeprowadzony w gronie przyjaciół, co stanowi przeciwwagę dla wyzwoleń publicznych (s. 38).

⁸ Przytoczony przykład z *Menaechmi* Plauta, gdzie według Autora znajdujemy ten konieczny dla wszystkich nieformalnych wyzwoleń element, tzn. oświadczenie woli ze strony właściciela, jest niefortunnie dobrany, bowiem w *Men.* 1029–1034 oświadczenie woli jest złożone przez brata bliźniaka właściciela, który jest świadom swojej niekompetencji w tej kwestii (*Iubeo hercle, si quid imperi est in te mihi*). Lepszym fragmentem byłby tu natomiast *Men.* 1092–1093, gdzie obietnice wyzwolenia składa sam dominus (*Heracle qui tu me admonuisti recte et habeo gratiam. perge operam dare, obsecro hercle; liber esto, si invenis hunc meum fratrem esse*) czy *Men.* 1046–1048 (MESS. *Numquid me morare quin ego liber, ut iusti, siem?* MEN. *Optimum atque aequissimum orat, frater: fac causa mea.* SOS. *Liber esto*) – P. López Barja de Quiroga, s. 38 i p. 89.

nów. Nadal jednak trudno wytłumaczyć, w jaki sposób greckie nakrycie głowy zostało powiązane z *dea Feronia*, a w dalszej kolejności z aktem manumisji. Stąd konkluzja Autora jest raczej natury ogólnej: “De ahí que en ocasiones el *pilleus* indique una rebelli3n servil, aunque es verdad que com3nmente se usa como indicativo, sin m3s, de libertad, obtenida por los esclavos tras la manumisi3n. Estos esclavos sol3an asistir luego, *pilleati*, al funeral de su patrono, de ah3 que se lo considerase un signo propio de libertos” (s. 43)⁹.

Rozdział II *Razones* stanowi szerokie opracowanie profilu zarówno wyzwalanych niewolników, jak i ich rzymskich *manumissores*, a uzupełniają go rozważania na temat *beneficium*, kwestii dotyczących tzw. niewdzięcznych wyzwoleńców i *vicissima libertatis* czyli podatku, jaki musiał być płacony od każdej dokonanej manumisji – wszystkie te zagadnienia mają, w intencji Autora, umożliwić odpowiedź na pytanie, dlaczego Rzymianie wyzwalali swoich niewolników.

Jakie zatem byłyby motywy towarzyszące manumisji? Altruizm jako idea współczesna nie może stanowić odpowiedzi na postawiony problem. Kluczem do zrozumienia problemu mogą być zatem badania na temat wieku i płci wyzwalanych niewolników. Za podstawę posłużyły Autorowi wyniki badań nad rzymską epigrafiką nagrobną z terenów naddunajskich, Italii i Hiszpanii¹⁰ oraz badania dotyczące współczesnego niewolnictwa obu Ameryk (p. 45). W odniesieniu do krytyki wysuwanej wobec wyników G. Alföldiego, López Barja de Quiroga zajął następujące stanowisko: „Los críticos se3alaron, con raz3n, que los epitafios no son una muestra representativa del conjunto del esclavos, pues muchos nunca tuvieron una l3pida que los recordase. Eso implica que de la inmensa mayor3a de los esclavos que segu3an si3ndolo cuando murieron no nos ha llegado ninguna clase de informaci3n. La cr3tica es pertinente, pero no afecta a la cuesti3n de la edad y el sexo de los esclavos que s3 fueron manumitidos: fueran muchos o pocos los manumitidos, la mayor parte de ellos eran menores de treinta a3os y mujeres” (s. 45). Jednak przytoczona przez Autora dyskusja dotycząca badań Alföldiego ukazuje z całą ostrością trudności, jakie sprawia próba poznania społeczności rzymskiej poprzez tak nieliczny, fragmentaryczny i niejednoznaczny materiał źródłowy. Otwiera się tu możliwość wysuwania licznych teorii, które są albo niemożliwe do zweryfikowania, albo można to uczynić w tak wąskim zakresie, jak chociażby w odniesieniu do tych wysuniętych przez Jean-Christiana Dumonta, Waltera Scheidla, Mosesa I. Finleya, Orlando Pattersona czy nawet samego Autora (s. 46–48). Por3wnanie wyników badań na temat

⁹ Właśnie takie znaczenie można odnaleźć również u Plauta: ... *ut ego hodie raso capite calvos capiam pilleum* (*Amph.* 462).

¹⁰ G. Alf3ldy, *Die Freilassung von Sklaven und die Struktur der Sklaverei in der r3mischen Kaiserzeit*, RSA 1972 (2), s. 97–129 – zob. teŹ p. 1, s. 45.

wieku i płci rzymskich wyzwolenców z tymi dotyczącymi populacji niewolniczej wieku XVII–XIX wymaga wnikliwych rozważań o ewentualnych podobieństwach i różnicach między niewolnictwem antycznym a tym współczesnym. Sam López Barja de Quiroga doszedł do następujących wniosków. Po pierwsze, liczba wyzwoleń nie była na tyle duża, aby stanowić zagrożenie dla posiadaczy niewolników, bowiem rekompensowała je z jednej strony zdolność do autoreprodukcji, z drugiej dopływ niewolników z zewnątrz (p. 47). Po drugie: “mujeres y niños constituyen la mayor parte de los manumitidos, mientras que los varones adultos sólo forman una minoría” (p. 48). I wreszcie, po trzecie – przeważającą część dorosłych wyzwolenców stanowiły osoby w wieku do 30 (p. 47).

W odniesieniu do profilu psychologicznego Rzymian-*manumissores* Autor szczególnie nacisk położył na ich rozagę i pragmatyzm. Potwierdzeniem tego jest przewaga kobiet i dzieci wśród grupy wyzwolenców, bowiem stanowiły one element najmniej wartościowy pod względem zdolności produkcyjnej (p. 49). Wyzwalanie starych niewolników z kolei było nieopłacalne ze względu na podatek, którym były obciążone akty wyzwolenicze. Przy okazji Autor negatywnie ustosunkował się do podejmowanych wcześniej prób uzasadnienia rzymskich wyzwoleń np. dążeniem do zagwarantowania sobie kontroli nad populacją niewolniczą i powstrzymania ewentualnych rozruchów (s. 50). Nie ulega jednak wątpliwości, że wizja wyzwolenia była dla niewolnika motywacją do lepszej i bardziej efektywnej służby.

Według Autora, Rzymianie traktowali zatem *manumisję* jako akt o walo-rze czysto ekonomicznym. Niewolnik uważany był za towar o stosunkowo wysokiej wartości, stąd jego właściciel dążył do zabezpieczenia się przed jego utratą. Jak tłumaczy to López Barja de Quiroga: “Así pues, en vez de aguardar la inevitable muerte, mucho más razonable era vender al esclavo o venderle a él su propria libertad” (s. 51). Taki zatem był cel większości wyzwoleń, niezależnie od tego, czy były to akty dokonywane *inter vivos*, czy *mortis causa*. Jednym z najbardziej oczekiwanych zysków był spadek po wyzwolencu, co nie wykluczało ewentualnych roszczeń o zapłatę przy samym akcie wyzwolenia, jak to można zaobserwować w przypadku *statuliberis*, *servus suis nummis emptus* czy sprzedaży *ut manumittatur* – możliwości adresowane do niewolników posiadających *peculium*¹¹. Warto podkreślić w tym miejscu, iż nie uszedł uwadze Autora paradoks, jaki wyłania się przy konfrontacji tych rozważań z wnioskami na temat wieku i płci wyzwalanych niewolników – jakkolwiek jego wyjaśnienia oparte na mniej kosztownym utrzymaniu kobiet i dzieci wydają się nieco zbyt ogólnikowe. Tym niemniej López Barja de Quiroga nie neguje zdolności niewolnic do posiadania *pecu-*

¹¹ Zwyczaj znany dobrze również w Ameryce Łacińskiej – por. López Barja de Quiroga, s. 52–53.

lium czy też możliwości wyzwolenia się dzięki urodzeniu właścicielowi określonej liczby dzieci (*Arescusa si tres peperit liber esse iussa* etc.¹²). Niewolnice wykonujące profesje *atrices*, *meretrices*, *tibicinae* itd., jakie spotkać możemy w źródłach literackich, prawnych i epigraficznych, to kobiety, które bez wątpienia dysponowały (jako *peculium*) pewną kwotą pieniędzy. Praca niewolnic, nawet jeśli traktowana jako mniej wartościowa ekonomicznie niż męska, mogła dać im możliwość wykupienia się z niewoli. Autor nie ustosunkował się również, w kontekście motywów wyzwoleń, do tzw. *iustae causae manumissionis* związanych z regulacjami *lex Aelia Sentia*. Wśród tych wymienianych przez Gaiusa (I 20) i Ulpiana (D. 40.2.13) jedną z ważniejszych wydaje się być *manumissio matrimonii causa*, kiedy to intencją patrona było poślubienie swojej eksniewolnicy lub uczynienie z niej konkubiny¹³. Należałoby postawić pytanie o motywy właściciela niewolnicy w tym i podobnych przypadkach. Sam Autor kończy swoje rozważania na temat stosunku Rzymian do wyzwoleń następującą konstatacją: „Los romanos nunca concibieron a la manumisión como un simple negocio, como una mera transacción económica en la que el esclavo paga, en dinero o en especie, por su libertad” (s. 60). To zdanie znakomicie pokazuje, że akt wyzwolenia był w świecie rzymskim traktowany jako coś wyjątkowego zarówno dla wyzwalającego, jak i dla niewolnika czy małej społeczności, jaką stanowiła rzymska rodzina. Było to innymi słowy *beneficium*, jakie czynił *dominus* swojemu niewolnikowi. Znaczenie tego terminu López Barja de Quiroga stara się wytłumaczyć na podstawie analizy źródeł literackich¹⁴. Seneka Młodszy uważa *beneficium* za akt swobodnej i nieskrępowanej woli. W konsekwencji Autor wskazuje, że nie można mówić o *beneficium* w przypadku *manumissio* w wyniku alienacji niewolnika *ut manumittatur*, *servus sui nummis emptus* (na podstawie *Sctum.* z czasów M. Aureliusza) czy wyzwolenia fideikomisarycznego (s. 60).

Termin *beneficium* pochodzi z greki, zaś Autor jego śladów upatruje w *Ethica Nicomacheia* Arystotelesa (3.3–5) pod pojęciem *proairesis*, które oznaczało racjonalny wybór, a ten już w filozofii stoickiej został wzbogacony o swobodną wolę działającego (s. 61). Wśród różnych kontekstów, w jakich mogło występować *beneficium*, nas interesuje wyłącznie relacja pan–niewol-

¹² Wzrost populacji niewolniczej w wyniku autoreprodukcji wydaje się być ważnym czynnikiem dla właścicieli – por. P. López Barja de Quiroga, s. 55–56.

¹³ Autor odnosi się do tego motywu *manumissio*, wymieniając go jako sposób (*modos*) wyzwolenia i stwierdzając: „porque aunque algunos dueños manumitiesen esclavas para hacerlas sus concubinas, la mera relación sexual no bastaba para hacer libre a la esclava” (s. 15). Myślę, że ta ogólnikowa konstatacja prowadzi do błędnego stwierdzenia. Nie chodzi bowiem w przypadku *manumissio matrimonii causa* o „mera relación sexual”, która oczywiście była czymś dość powszechnym i bynajmniej nie wpływała na zmianę statusu prawnego niewolnicy (por. Plut., *Cat. Mai.* 24; żartobliwie u Plaut., *Cas. i Merc.*; Mart. *Epig.* I 84, XII 58; C.Th. 4.8.7). Na temat tego rodzaju wyzwoleń por. A. Wacke, *Manumissio matrimonii causa: le mariage d'affranchies d'après les lois d'Auguste*, “Estudios derecho Romano y moderno en cuatro idiomas”, Madrid 1996, s. 107–122.

¹⁴ *Ep.* 34.3; *Ben.* 1.5.1, 1.6.1 e 3.18.1; *Contr.* 2.5(13).3 – por. P. López Barja de Quiroga, s. 60.

nik (s. 62–63). Na tej podstawie Autor uważa za uzasadnione stwierdzenie, że Rzymianie wyzwalał niewolnika ze świadomością, iż akt ten ma również określone znaczenie dla społeczności, w której żyli. W okresie republikańskim np. właśnie wyzwolenicy byli ważnym czynnikiem rzymskiej kolonizacji. Pierwsze ograniczenia ich aktywności publicznej, wprowadzane od I w. p.n.e., mogą wskazywać na to, jak ważną rolę pełnili oni w życiu publicznym w III–II w. p.n.e. (s. 64).

Rozważania dotyczące *ingratus* łączą się ze stosunkiem, jaki powstaje między wyzwolencem a jego patronem w wyniku *beneficium manumissionis*. Jego cechą charakterystyczną jest, według Autora, dominująca pozycja wyzwalającego, który zmierza do podporządkowania sobie drugiej strony i do zobowiązania jej do wdzięczności wobec siebie. Jest to typowa zależność wynikająca z faktu, że *beneficium* jest zawsze świadczone przez osobę o wyższej pozycji na rzecz osoby o pozycji niższej, rodząc zobowiązanie moralne. Tego rodzaju węzeł obligacyjny odnaleźć można również w refleksji prawniczej, jakkolwiek przykłady podane przez Autora nie zawsze można uznać za przekonujące (s. 65). Problem niewdzięcznych wyzwolenców, jaki został poddany pod dyskusję w senacie rzymskim za panowania Nerona, w opinii López Barja de Quiroga wydaje się mieć raczej podłoże polityczne oparte na konflikcie między arystokracją senacką a pryncpsem (s. 66). Prawdziwą przyczyną jest tu przede wszystkim procedura związana z *crimen laese maiestatis*, w której mogli również zostać wezwani w charakterze *testis exceptus* wyzwolenicy oskarżonego. Z drugiej strony argumenty, jakie zostały przytoczone przeciwko propozycji wprowadzenia możliwości odwołania wyzwolenia, López Barja de Quiroga tłumaczy jako potwierdzenie silnej pozycji wyzwolenców w epoce dynastii julijsko-klaudyjskiej.

Ostatnim problemem poruszonym w II rozdziale jest *vicensima libertatis*, która – idąc za świadectwem Liwiusza (7.16.7) – została wprowadzona po raz pierwszy przez konsula Cn. Manliusza w 357 r. p.n.e i wynosiła 5% (1/20) wartości wyzwolonego niewolnika. Obowiązek płacenia tego podatku obciążał wyłącznie obywateli rzymskich, podczas gdy *peregrini*, jak przypuszcza Autor, byli prawdopodobnie obciążeni innym podatkiem o podobnym charakterze (jak np. ten, jaki spotkać można w Egipcie w czasach między O. Augustem a Dioklecjanem – por. s. 68 i p. 102). Płatnikiem, oficjalnie, był *manumissor*, jednak realnie przerzucał on często ten obowiązek na niewolnika (s. 68–69; Petr., *Sat.* 58.2 i 65.10). Niestety nie udało się Autorowi, ze względu na brak dostatecznej ilości materiału źródłowego, ustalić, kto mógłby być odpowiedzialny za pobór tego podatku.

Rozdział III, *Leyes*, stanowi charakterystykę polityki cesarskiej (aż do Sewerów) odnoszącej się do wyzwoleń, stąd też część rozdziału poświęcona została legislacji poszczególnych cesarzy (w zależności o ich zaangażowania w interesujący nas problem).

Jedną z najważniejszych pozycji stanowi polityka Oktawiana Augusta, a dokładnie uchwalone za jego panowania *leges Iunia*¹⁵, *Aelia Sentia* i *Fufia Canina*. Przy tej okazji Autor pozwolił sobie na małą dygresję w postaci zestawienia tabelarycznego (częściowo w oparciu o pracę Marcela Morabito¹⁶) liczby konstytucji cesarskich dotyczących wyzwoleń w porównaniu z ogólną liczbą konstytucji wydanych przez poszczególnych pryncpsów, których ślady zachowały się w *Corpus Iuris Civilis* (s. 83). Pozwolę sobie powrócić jednak do ustawodawstwa Augusta (s. 71–83). Analizując znaczenie *lex Iunia*, Autor odniósł się do sytuacji społecznej i politycznej końca republiki, m.in. do problemu dystrybucji zboża: “En los años que siquieron al 88 a.C., su número bien pudo aumentar, de manera que, en la época de tribunado de Clodio (58 a.C.) y la *cura annonae* del Pompeyo (56 a.C.), tal vez abundasen estos esclavos, que habían sido manumitidos *inter amicos* y que por lo tanto, vivían como si fueran libres (pues el pretor los protegía), pero sin derecho de propiedad alguno, pues todos sus bienes y todo lo que adquiriesen – incluyendo el trigo que se les distribuyese – pasaba a ser de su patrono, por derecho de peculio” (s. 73). Rozwiązaniem tak postawionego problemu miała być właśnie *lex Iunia* (López Barja de Quiroga datuje ją przed *lex Aelia Sentia* – por. s. 74). Jak wspomniałam, ustawa ta porządkowała sytuację wyzwolenców pretorskich, zanegowała jednak *testamenti factio activa* tychże wyzwolenców, a zatem spadek po zmarłym Latynie Iuniańskim przypadał jego patronowi.

W odniesieniu do samych wyzwoleń, jeszcze większą rangę – według López Barja de Quiroga – miała *lex Aelia Sentia* z 4 r. n.e., nakładająca na manumisora wymóg ukończenia min. 20 roku życia, a na wyzwalany niewolnik musiał mieć co najmniej 30 lat. Swego rodzaju *casus exceptus* stanowiły tzw. *iustae causae manumissionis*, których katalog został doprecyzowany przez rzymską jursprudencję¹⁷. Oceną zasadności przyczyny wyzwolenia zajmowało się specjalne *consilium*, poświadczone w przytoczonym przez Autora *epitaphium* pochodzącym z I w. n.e. (CIL VI 1877). Wyzwolenie, które nie wyczerpywało znamion ustawowych, skutkowało nabyciem przez wyzwolénca statusu Latyna Iuniańskiego, co jednak mogło być zmienione za pomocą tzw. *anniculi probatio*¹⁸. *Aelia Sentia* zabraniała również wyzwoleń dokonanych na szkodę wierzycieli patrona. Ponadto wydaje się, że ustawa ta zawierała jakieś uregulowania chroniące patronów przed niewdzięcznymi wyzwolencami w postaci *accusatio liberti ingrati* zagrożone relegacją *ultra vicesimum lapidem* (s. 78 i p. 23), jednak bez możliwości odwołania wyzwolenia. López Barja de Quiroga nie podziela opinii, jakoby wspomniana ustawa

¹⁵ Tzw. *Lex Iunia Norbana* – zob. P. López Barja de Quiroga, s. 73–74.

¹⁶ *Les realites de l'esclavage d'apres le Digesta*, Paris 1981, s. 27.

¹⁷ Por. G.I. I 18-19 i P. López Barja de Quiroga, s. 76, p. 16.

¹⁸ Por. G.I. I 28n.

miała ograniczyć manumisje. Chodziło tu raczej o wciąż aktualny problem dystrybucji zboża (*frumentum publicum*), w której mogli uczestniczyć obywatele rzymscy – zarówno *ingenui*, jak i *liberti* (wpisani na specjalną listę). Z *frumentatio* byli natomiast wykluczeni Latyni Iuniańscy. Kolejną przyczyną jest polityka odnowy moralnej Oktawiana Augusta, który dążył do odbudowania populacji „rdzennych” obywateli rzymskich, ograniczając politykę nadawania obywatelstwa.

Ostatnia z ustaw, *Fufia Canina*, wprowadziła ograniczenia w odniesieniu do wyzwoleń testamentowych. Chodziło tu przede wszystkim o ochronę spadkobierców przed nadmiernym umniejszaniem spadku, podobnie jak w przypadku innej ustawy – *lex Falcidia*.

Polityka następców Oktawiana, w okresie od Klaudiusza do Wespazjana, przynosi kolejne regulacje. W czasach Wespazjana zostanie doprecyzowana norma odnosząca się do sprzedaży niewolnicy z dołączonym warunkiem *ne prostituatur* (s. 85). Trajan zajął się *fideicommissum libertatis*, z tego okresu pochodzą *Sctum Rubriano* i *Sctum Dasumiano* (119 r.)¹⁹. Autor uważa, że w tym okresie można zaobserwować zdecydowaną przewagę wyzwoleń fideikomisarycznych nad cywilnymi, co było bardziej korzystne dla spadkobierców właściciela (s. 86). Za Hadriana zostaną uchwalone kolejne trzy *Scta*: *Vitrasianum*²⁰, *Articuleianum*²¹, *Iuncianum*²² (s. 89). Do tej serii uregulowań dotyczących *fideicommissa* dołączył Antoninus Pius, rozwiązując problem skutków prawnych zwłoki w wypełnieniu fideikomisu przez osobę do tego zobowiązaną, w sytuacji, gdy uprawniona do uzyskania wolności niewolnica urodzi dziecko²³.

Panowanie Marka Aureliusza przyniosło rozszerzenie kompetencji do wyzwalamia niewolników na *collegia* i *municipia* położone na prowincji (s. 89). Ważnymi regulacjami są też konstytucje odnoszące się do *servus suis nummis emptus* i do sprzedaży *ut manumittatur*. Ciekawostką jest to, iż w tych przypadkach cesarz wykluczył prawo patronatu, co w opinii López Barja de Quiroga stanowi wyraźny sygnał odwołania się do idei *beneficium*, które jest tu wykluczone przez obowiązek przeprowadzenia manumisji (s. 90). Cesarze z dynastii Sewerów skupili z kolei swoją uwagę na wyzwoleniach *mortis causa* niewolników posiadających *peculium*.

Rozważania w rozdziale III kończy krótkie opracowanie problemu *favor libertatis*, który – jak zakłada Autor – przynależy do języka jurysprudencki

¹⁹ A. Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953, s. 697.

²⁰ Według A. Berger (op. cit. s. 700) jej datacja nie jest pewna.

²¹ 123 n.e. – ibidem, s. 697.

²² 127 n.e. – ibidem, s. 698.

²³ Inne dyspozycje tego samego cesarza odnoszące się do tortur niewolników por. u F. Longchamps de Berier, *Dwie konstytucje Antoninusa Piusa zakazujące srożenia się nad niewolnikami*, [w:] M. Kuryłowicz (red.), *Crimina et mores. Prawo karne i obyczaje w starożytnym Rzymie*, Lublin 2001, s. 89–99.

rzymskiej i służył opisowi pewnych rozstrzygnięć cesarskich sprzyjających manumisji (s. 93).

W ostatnim rozdziale pt. *Origenes* Autor powraca do początków rzymskich wyzwoleń. Rozpoczyna swój wywód od historii kolonii rzymskiej na prawie latyńskim, Carteii (171 r. p.n.e.), o której pisał Liwiusz (43.3.1–4). Senat rzymski zezwolił synom rzymskich obywateli i kobiet z Hiszpanii, zamieszkującym wspomnianą *civitas*, aby stawili się przed pretorem w celu wpisania ich na listę kolonistów i w ten sposób z peregrynów stali się oni Latynami koloniarnymi. Liwiusz użył tu czasownika *manumittere*, co wywołało dyskusję w literaturze (por. s. 97–99 wraz z przypisami). López Barja de Quiroga ze swej strony uważa, iż tekst jest poprawny i wskazuje po prostu na to, że procedura wyzwalań była w Rzymie stosowana nie tylko do niewolników, przynajmniej w III–II w. p.n.e. Również w przypadku emancypacji *filius familias* stosowano manumisję (s. 99–100) – co powodowało, iż emancypowany syn był uważany za *libertus*. W przypadku Carteii mamy do czynienia z *manumissio censu civitatis mutandae causa* (s. 100).

Kolejny przypadek mający ilustrować początki wyzwoleń to cenzura Apiusza Klaudiusza zw. Ślepym (*Caecus*) z roku 312 p.n.e. i reformy, jakie usiłował przeprowadzić. Pierwsza, to zamiar wpisania synów wyzwolenców na listę senatorów (*senatum priimus libertinorum filii lectis inquinaverat*, Liv., 9.46.10). Druga miała za cel umożliwienie *humiles* zapisywanie się do wszystkich *tribus* rzymskich, a nie – jak to miało miejsce do tej pory – wyłącznie do tych *urbanae* (*humilibus per omnes tribus divisus forumet campum corrumpit*, Liv., 9.46.11).

Wyjaśnienie rzeczywistego znaczenia reformy dotyczącej zmiany składu senatu rzymskiego skłoniło Autora do powrotu do problemu związanego ze znaczeniem terminu *libertus*. Powstaje pytanie, czy chodzi tu o to klasyczne rozumienie eksniewolnika, czy może byłoby ono bliższe temu, jakie pojawiło się przy okazji historii Cartei? Oddajmy głos samemu Autorowi: “*libertinus, hasta almenos principios del siglo II a.C. puede referirse no sólo al antiguo esclavo, sino también al filius familias emancipado. [...] A fortiori, ingenuus no es complementario de libertinus. En textos antiguos [...], se refiere sólo a patricios, porque ellos son los únicos que tienen gens y en ese sentido son in-geui*” (s. 106). W świetle zaproponowanej przez niego interpretacji zamiarem A. Klaudiusza było wprowadzenie do senatu emancypowanych synów obywateli rzymskich, w tym samych senatorów. Jak stwierdza to López Barja de Quiroga: “La emancipación plantenaba un problema añadido, pues permitía reunir mayor cantidad de *ager publicus*, pero al precio, entre otras cosas, de abandonar la *gens* en el caso de los patricios” (s. 108).

W dalszej części rozdziału Autor przechodzi to przytoczonej przez Liwiusza historii „pierwszej” w Rzymie manumisji niewolnika (Liv. 2.4.5–6 i s. 108). Mowa tu *de facto* o pierwszej *manumissio vindicta*. Wśród wersji innych

historiografów na uwagę zasługuje relacja Dionizjusza z Halikarnasu, który podaje, iż wyzwolenicy Serwiusza Tuliusza zostali wpisani do czterech *tribus urbanae* (a zatem mielibyśmy tu do czynienia z *manumissio censu*) (4.22.4 i s. 108–109). W tym kontekście analizowana jest ustawa XII Tablic (V 8) upoważniająca patrona do partycypowania w spadku po wyzwoleniu, który zmarł bez pozostawienia testamentu. A zatem, konkluduje Autor, można uznać, że w V w. p.n.e. istniały już obie formy wyzwoleń cywilnych *inter vivos*²⁴, a jednym z ich skutków prawnych jest nabycie przez wyzwolenca obywatelstwa rzymskiego (s. 112).

W konkluzjach do rozdział IV Autor podkreślił, iż początki manumisji nie mogą być wcześniejsze niż początki państwa, bowiem z aktem tym łączyło się nadanie obywatelstwa. Zatem celem manumisji było przyjęcie obcych elementów do wspólnoty obywateli rzymskich, co umożliwiało tej społeczności dalszy rozwój terytorialny i polityczny (s. 114).

Prezentowana pozycja López Barja de Quiroga skłania niewątpliwie do refleksji i dyskusji nad kilkoma tezami zaprezentowanymi przez tego uczonego. Pozwolę sobie wspomnieć o kilku z nich. Po pierwsze, odczuwalne jest tu zbyt powierzchowne podejście do kwestii ewolucji znaczeniowej terminu *libertus*. Czasami można odnieść wrażenie pewnego bałaganu terminologicznego lub braku wyraźnych motywów uzasadniających wybór tego czy innego znaczenia. W ostatnim rozdziale występujący w źródłach termin *colonia libertinorum* w odniesieniu do Cartei Autor tłumaczy przez wskazanie, iż chodzi tu o peregrynów wyzwolonych *civitatis mutandae causa*. Na potwierdzenie tego przytacza przykład Latynów, którzy sprzedawali swoich synów Rzymianom, by ci następnie ich wyzwolili, czyniąc z tychże obywateli rzymskich. Zatem w pierwszym przypadku manumisja *civitatis mutandae causa* powodowała nabycie *latinitas*, w drugim *civitas romana*, zawsze jednak z kwalifikacją *libertus*. Ten sam termin w odniesieniu do reform A. Klaudiusza oznaczać mógł albo *humiles*, których cenzor chciał zapisywać do wszystkich *tribus* rzymskich, albo emancypowanych synów obywateli rzymskich, których wnukowie mieliby zostać dopuszczeni do senatu²⁵. Jakkolwiek w przypadku *humiles* wydaje się, iż rozważania wokół *libertus* nie znajdują uzasadnienia, bowiem sam Autor stwierdza, iż nie można postawić znaku równości między *humiles* a *liberti*²⁶.

²⁴ López Barja de Quiroga domniemuje istnienie również *manumissio testamentaria* (s. 112–113).

²⁵ “Si bien en en época clásica el *filius familias* emancipando es, sin lugar a dudas, un *ingenuus*, es posible, que en el siglo IV a.C., se le considerase *liberto*” (s. 105). Uzasadnieniem tej tezy jest etymologia terminu *ingenuus*, który oznaczał osobę przypisaną do *gens*, podczas gdy emancypowani wychodzili poza krąg rodu – P. López Barja de Quiroga, s. 106.

²⁶ Jedynym wytłumaczeniem byłoby to J. Cels-Saint-Hilaire przytoczone przez M. Humm, iż – tak jak w przypadku Cartei – wyzwolenkami byli peregryni, którzy otrzymali obywatelstwo rzymskie i zostali wpisani przez A. Klaudiusza do *tribus* – *Il regimen morum dei censori e le identità dei cittadini*, [w:] A. Corbino, M. Humbert, G. Negri (red.), *Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana (dall'epoca di Plauto all'Ulpiano)*, Pavia 2010, s. 309.

W odniesieniu natomiast do synów wyzwolenców w senacie rodzi się pytanie, co spowodowało tak silną opozycję ze strony senatu i konsulów, skoro nie można wykluczyć, że mogłoby chodzić również o ich własnych potomków? G. Swetoniusz, wspominając o tych wydarzeniach, pisał: *ignarus²⁷ temporibus Appi et deinceps aliquamdiu libertinos dictos non ipsos, qui manu emitterentur, sed ingenuos ex his procreatos²⁸*. Według tej relacji w końcu IV w. p.n.e. A. Klaudiusz zamierzał wprowadzić do senatu nie synów, ale wnuków byłych niewolników, co jednak może budzić wątpliwości. Warta rozważenia jest teoria Michela Humma, który na podstawie pewnego traktatu zawartego między Rzymem a Kartaginą w roku 348 p.n.e. udowadnia, że *libertus* to obywatel rzymski, który będąc pochwycony przez wroga, odzyskiwał obywatelstwo rzymskie za pośrednictwem aktu *manumissio*²⁹. Wszystkie te odmienne stanowiska wskazują, iż problem z terminem *libertus* jest bardziej skomplikowany, niż wynikałoby to z prezentowanego wyżej ujęcia Autora.

W dalszej części Pedro López Barja de Quiroga przechodzi do analizy ustawy XII Tablic (por. s. 111), gdzie ponownie jest mowa o *libertus*. Tym razem jednak Autor kojarzy fragment 8 umieszczony na Tablicy V ze stosunkiem zachodzącym między byłym niewolnikiem a jego patronem. Twierdzi, iż w IV w. p.n.e. wyzwolencem był również *filius emancipatus*. Brakuje mi w tym momencie uzasadnienia, dlaczego w odniesieniu do wzmiankowanego fragmentu z XII Tablic Autor nie wziął pod uwagę stosunku *filius emancipatus* – *pater familias*? Oczywiście nie budzi wątpliwości fakt, że pojęcie *familia* obejmowało również wyzwolenców (w rozumieniu wyzwolonych niewolników)³⁰, jednak właśnie w tym punkcie uważam za konieczne, aby wyjaśnić, dlaczego w V w. p.n.e. pod pojęciem *libertus* należy rozumieć byłego niewolnika, a już sto lat później *filius familias*? Co więcej, mając w pamięci rozważania Autora na temat etymologii terminu *ingenuus*, to właśnie *filius familias*, który tracił pokrewieństwo agnacyjne ze swoim *gens* i prawo do spadku, wydaje się być najodpowiedniejszym rozumieniem. Założenie, że przynajmniej na podstawie XII Tablic (Tab. VII 12) można przyjąć za potwierdzoną dla tego okresu *manumissio testamentaria*, nie rozwiewa wątpliwości co do możliwości użycia w tym akcie pojęcia *libertus* w znaczeniu innym niż tylko *ex-servo*.

Za ciekawe, aczkolwiek nieco – według mnie – niebezpieczne uznać należy częste odwołania do niewolnictwa w Ameryce Łacińskiej i Stanach Zjednoczonych, choć sam Autor tłumaczy ten zabieg jako swego rodzaju uzupełnie-

²⁷ Cesarz Klaudiusz.

²⁸ *Div. Claud.* 24.

²⁹ M. Humm, op. cit., s. 310.

³⁰ P. López Barja de Quiroga, s. 111; por. też Ulpian, D. 50.16.40.3 i D. 50.16.195.1; A. Bürge, *Cum familia nubas: Zur wirtschaftlichen und sozialen Bedeutung der familia libertorum*, ZSS 1988 (105), s. 328.

nie uboższego materiału źródłowego z czasów rzymskich. Zresztą pomysł ten nie jest niczym nowym, bowiem już Ingomar Weiler w swojej pracy na temat mentalności niewolników rzymskich posłużył się badaniami Paula Cartledge'a³¹. López Barja de Quiroga w celu zweryfikowania wniosków opracowanych przez Gezę Alföldiego (por. II.1) oraz dla poparcia własnych tez przytoczył argumenty będące wynikiem badań nad współczesnym niewolnictwem na Kubie i Stanach Zjednoczonych, jednak, moim zdaniem, rzymski materiał epigraficzny, jakim dysponował G. Alföldi, a który jest niekompletny i fragmentaryczny, stanowi sam w sobie źródło informacji jedynie o pewnej konkretnej grupie wyzwolenców, których kondycja ekonomiczna umożliwiła im ufundowanie dla siebie kamiennego nagrobku. Mając to na względzie, nie możemy – w mojej opinii – z całą pewnością stwierdzić, że „la meyor parte de libertos de treinta años y mujeres” rzeczywiście stanowili grupę reprezentatywną dla wszystkich wyzwolenców w Rzymie. Przewagę kobiet i dzieci wśród rzymskich wyzwolenców Autor usiłuje wytłumaczyć w ten sposób, iż zakłada ich niską produktywność w porównaniu z kosztami utrzymania (II.2). Jednak przytoczona przez niego opinia Kolumeli, który sugerował, aby dawać wolność niewolnikom, które urodziły troje dzieci: *Haec et iustitia et cura patris familias multum confert augendo patrimonio* (s. 56), tak naprawdę stanowi potwierdzenie zdolności produkcyjnej niewolnic. Z drugiej strony również dzieci niewolnicze wydają się być uważane za *lucrum*. Warto tu przytoczyć świadectwo Plutarcha odnoszące się do zwyczajów Katona Starszego, który miał zezwalać swoim niewolnikom na posiadanie pieniędzy, jakiego zyskiwali z handlu małymi niewolnikami³².

Ostatnia, drobna uwaga odnosi się do kontekstu, w jakim należałoby rozumieć związek między *pileus* a kondycją społeczną pierwszego Lukumona/Tarkwiniusza, który w tej czapce – według Liwiusza – miał przybyć do Rzymu (s. 40). Czy Liwiusz chciał zasugerować w ten sposób jego niewolnicze pochodzenie, jak zdaje się to wypływać z kontekstu zaproponowanego przez Autora? Pytanie to pozostaje, niestety, bez odpowiedzi.

* * *

Prezentowana książka jest pracą bardzo interesującą i o szerokim spojrzeniu na analizowane zagadnienia. Skłania do zweryfikowania naszych wyobrażeń, a nierzadko również stereotypów na temat świata rzymskich niewolników i ich panów. Wielość zagadnień uniemożliwiła Autorowi niestety, ze względu na dość nieduży format, uniknięcie pewnych uogólnień, co skłaniać

³¹ I. Weiler, *Eine Sklavin wird frei. Zur Rolle des Geschlechts bei Freilassung*, [w:] H. Bellen i H. Heinen (red.), *Fünfzig Jahre Forschungen zur antiken Sklaverei an der Mainzer Akademie 1950–2000. Miscellanea zum Jubiläum*, Stuttgart 2001, s. 115–124.

³² *Cato Mai*. 10 i 21.

może do podjęcia dyskusji nad niektórymi tezami. Dyskusję te jednak warto podjąć, bowiem to właśnie stanowi jedną z zalet tej książki. Autor prezentuje swój punkt widzenia w sposób jasny i przejrzysty, nie unika stawiania tez i samodzielnego wyciągania wniosków. Również podejście do zagadnienia wyzwoleń poprzez problem rzymskiego obywatelstwa jest nowatorskie i war-
te uwagi³³.

Aldona Rita Jurewicz

³³ Niestety, pewien drobny mankament stanowi niestaranna korekta tekstu, która – w razie wznowienia – powinna zostać wykonana bardziej dokładnie. Pozwolę sobie jedynie na wyszczególnienie kilku przeoczeń: s. 16 (w tekście znajdują się dwa przypisy o tej samej numeracji – nr 8); s. 42–42 (brakuje przyp. 107?); s. 47 (zob. p. 9); s. 53 (zob. p. 32); s. 54 (zob. p. 38); s. 73 (zob. p. 8); s. 78 (zob. p. 22 i 24); s. 83 (zob. p. 36) czy też na s. 94 (p. 65 gdzie brak tytułu pracy Garnseya).

Sprawozdania

Sprawozdanie z III Międzynarodowej Konferencji Romanistycznej *Interes prywatny a interes publiczny w prawie rzymskim. Współczesne spostrzeżenia* Kętrzyn (Centrum Szkoleniowe Straży Granicznej), 28–29 maja 2012 r.

Katedra Prawa Rzymskiego i Porównawczego Wydziału Prawa i Administracji UWM w Olsztynie wspólnie z Wydziałem Prawa Uniwersytetu w Castillon (Hiszpania) zorganizowała III Międzynarodową Konferencję Prawa Rzymskiego *Interes prywatny a interes publiczny w prawie rzymskim. Współczesne spostrzeżenia*.

Na szczególną uwagę zasługuje obecność liczna reprezentacja kadry profesorskiej. I tak z UJ był prof. J. Sondel, UW reprezentowała prof. M. Zabłocka, UMCS – prof. M. Kuryłowicz, KUL – prof. M. Dyjakowska, UBł – prof. P. Niczyporuk, US – prof. W. Rozwadowski, zaś UWM – prof. B. Sitek. UO był reprezentowany przez dr. P. Sadowskiego. Do Kętrzyna przybyli także goście z zagranicy: prof. C. L. Guillamón z Uniwersytetu w Castillon (Hiszpania), prof. S.B. Rodriguez i prof. J.L. Zamora z Uniwersytetu w Gran Canaria (Hiszpania), prof. Jaime Bonet z Uniwersytetu w Walencji (Hiszpania), prof. D. Tuzov z Uniwersytetu w Tomsku (Rosja), prof. K. Krisafi, dr E. Osmani i dr E. Kolaneci z Uniwersytetu w Tiranie (Albania), prof. S. Tafaro z Uniwersytetu w Bari (Włochy). Liczni byli przedstawiciele młodszej kadry naukowej, której z roku na rok przybywa. Ten fakt pozwala z nadzieją potrzebować na przyszłość polskiej romanistyki. Łącznie w konferencji udział wzięło ponad 50 uczestników.

W pierwszym panelu głos zabrali pracownicy samodzielni. Przedmiotem dyskusji była reforma szkolnictwa wyższego w Polsce, w szczególności wprowadzenie w życie zasad Krajowych Ram Kwalifikacji. Zauważano, że przy okazji wprowadzania KRK na niektórych wydziałach znacząco ograniczono liczbę godzin przeznaczonych na wykłady z prawa rzymskiego, historii prawa i teorii prawa na rzecz przedmiotów pozytywistycznych. W tej perspektywie należy postawić sobie pytanie o przyszłość nauczania i nauki prawa rzymskiego w Polsce. Na wielu wydziałach wprowadza się innowacyjne metody nauczania prawa rzymskiego. Nie można jednak nie zauważyć pewnej marginalizacji tego przedmiotu. Podobnie jest z badaniami naukowymi, które są

rozproszone i niezauważane przez specjalistów od prawa cywilnego, karnego czy administracyjnego. Konieczna jest zmiana filozofii uprawiania prawa rzymskiego i jego nauczania. Jak dotąd romaniści skupiali się na obronie dotychczasowego miejsca prawa rzymskiego w programach nauczania. Podczas spotkania w Kętrzynie akcentowano konieczność przejścia do działań bardziej ofensywnych, a więc wypracowania ciekawej i atrakcyjnej oferty dydaktycznej, a w konsekwencji także badawczej, która będzie konkurencyjna dla materii pozytywistycznych.

Prawo rzymskie powinno być przedmiotem kształtującym myślenie prawnicze, tak aby nie dopuścić do całkowitej technicyzacji nauczania prawa. Tym samym trzeba odejść od historyzmu czy opisu historycznego na rzecz rozumienia normy prawnej jako efektu konsensu pomiędzy różnymi interesami politycznymi, ekonomicznymi i społecznymi.

Konieczna jest większa integracja środowiska romanistycznego poprzez coroczne zjazdy katedr prawa rzymskiego. Takie spotkania można rozszerzać o przedstawicieli materii pozytywistycznych. Ponadto sugerowano, aby zdigitalizować dorobek polskich romanistów i udostępnić go w Internecie, by mogli z niego skorzystać specjaliści od prawa cywilnego, karnego, administracyjnego. Wprowadzane zmiany w finansowaniu badań naukowych wymuszają większą dbałość o dystrybucję dorobku naukowego romanistów oraz o cytowania, będące podstawą obliczania tzw. indeksu Hirscha, od którego uzależnione jest ubieganie się o granty w Narodowym Centrum Nauki. Trudno mówić o badaniach naukowych w przypadku braku wsparcia finansowego ze strony NCN, zwłaszcza gdy chodzi o młodych naukowców. Prof. C. Lazaro z Castillon (Hiszpania) przedstawiła podobne założenia reformy w Hiszpanii.

Drugi panel dotyczył prawa karnego rzymskiego z odniesieniami do współczesnych problemów. Prof. J. Sondel (UJ) przedstawił oddziaływanie prawa rzymskiego na prawo karne w Polsce przedrozbiorowej. Prof. C. Lazaro (Uniwersytet w Castillón) omówiła wpływ prawa rzymskiego na koncepcję przestępstwa w prawie średniowiecznym. Prof. M. Dyjakowska (KUL) zajęła się koncepcją usiłowania w prawie rzymskim z odniesieniem do współczesnych rozwiązań. Kwestię łapownictwa przedstawił dr A. Świętoń (UWM). X.P. Lopez (Uniwersytet w Montpellier) wskazał przypadki powoływania się na prawo rzymskie w praktyce Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Dr E. Loska (UKSW) przedstawiła rolę pretora w procesie karnym (*quaestiones perpetuae*). W ramach dyskusji podnoszono aktualność wielu rozwiązań wypracowanych w systemie prawa rzymskiego. Prof. K. Amiełańczyk (UMCS) omówił ideę nieuchronności represji karnej w prawie rzymskim.

W trzecim panelu dyskutowano nad kwestiami wzajemnych powiązań prawa rzymskiego i prawa kanonicznego. Prof. J. Bonet (Uniwersytet w Walencji) przedstawił problem zdolności sądowej z punktu widzenia prawa kanonicznego i prawa rzymskiego, wskazując na prawo średniowieczne jako

okres największego zbliżenia się obu systemów prawnych. Dr J. Krzywkowska (UWM) zajęła się figurą adwokata w procesie kanonicznym rzymskim na tle współczesnych rozwiązań. Dr S. Kursa (UWM) odniósł się do treści Nov. 117 na temat skutków wstąpienia kobiety do klasztoru i wystąpienie to miało wyłącznie charakter analizy źródeł prawa rzymskiego. Mgr M. Fąfara (UPJPII) omówił instytucję bigamii w świetle regulacji prawa rzymskiego i prawa kanonicznego.

Czwarty panel dotyczył prawa rodzinnego. Prof. M. Kuryłowicz (UMCS) mówił o możliwości użycia prawa rzymskiego przy rozwiązywaniu współczesnych kwestii wynikających z zachodzących przemian społecznych, w szczególności związków partnerskich i adopcji. Prof. P. Niczyporuk przedstawił poglądy W. Waldsteina dotyczące dziecka poczętego, natomiast dr J. Urbanik (UW) skupił się na tym, jak współczesną dyskusję nad kształtem małżeństwa W. Waldstein odniósł do rzymskiego prawa rodzinnego. Niezwykle ciekawy był referat dr. S. Edaicha (PO), który jako znawca prawa muzułmańskiego snuł rozważania nad przydatnością prawa rzymskiego w procesie nowelizacji prawa rodzinnego w Maroku. Jako ostatnia głos zabrała dr R. Kamińska (UKSW), która przedstawiła kwestię udzielania koncesji na czerpanie wody w prawie rzymskim.

Panel piąty dotyczył prawa zobowiązań i prawa rzeczowego. Jako pierwszy głos zabrał prof. S.B. Rodriguez (Uniwersytet z Gran Canaria), który zajął się odpowiedzialnością za bezprawne wycięcie drzewa. Prof. D. Tuzov (Uniwersytet w Tomsku) omówił unieważnienie umowy sprzedaży w prawie rzymskim, prawie rosyjskim i prawie międzynarodowym. Dr Sobczyk (UMK) przedstawił problem darowizny uczynionej na wypadek śmierci w prawie rzymskim na tle proponowanych rozwiązań w projekcie polskiego kodeksu cywilnego. Dr E. Kolaneci (Uniwersytet w Tiranie) zajął się wpływem norm prawa rzymskiego na rozwiązania przyjęte w albańskim kodeksie cywilnym z 1929 r. Mgr M. Mariański (UWM) przedstawił zobowiązania wypływające z kontraktów literalnych: *chirographum* i *syngrapha*.

W panelu szóstym skupiono się na kwestii prawa publicznego. Prof. S. Taffaro (Uniwersytet w Bari) omówił błędne teorie dotyczące związku współczesnej koncepcji państwa z rzymskimi rozwiązaniami. Prof. K. Krisafii (Uniwersytet w Tiranie) przedstawił wybrane aspekty dotyczące podobieństwa i różnic w rozumieniu prawa międzynarodowego przez Rzymian oraz współcześnie. Prof. F. Lempa (UWM) przytoczył ewolucję koncepcji wojny sprawiedliwej i wojny prewencyjnej. Dr E. Osmani (Uniwersytet w Tiranie) wskazała na istniejące mity dotyczące podobieństwa współczesnej koncepcji państwa do rzymskich rozwiązań. Dr Piotr Sadowski (UO) przedstawił problem falsyfikatu Teodozjusza II dotyczącego założenia Uniwersytetu Bolońskiego.

W panelu siódmym przedstawiono problematykę związaną z prawem administracyjnym. Poruszano kwestie dotyczące regulacji prawnych hazardu

(prof. J.L. Zamora Manzano z Uniwersytetu Las Palmas de Gran Canaria), założenia miasta (prof. B. Sitek z UWM), spoliacji (dr A. Garczewska z TSW w Toruniu), wpływu prawa rzymskiego na współczesne zasady służebności gruntowych (mgr M. Wdowiak z SWPiD w Gdyni).

Ostatni panel dotyczył powiązania kwestii teoretycznych prawa rzymskiego ze współczesnością. Poruszone zostały takie problemy, jak: szkoda czysto ekonomiczna (dr J. Szczerbowski z UWM), socjobiologia w prawie rzymskim (dr J. Wiewiórowski z UAM), odmiennność rzymskiego prawa prowincjonalnego (mgr K. Jerz z UMCS).

Konferencja romanistyczna była okazją do dorocznego spotkania się polskich romanistów z kolegami zagranicznymi. Dyskusja nad wdrażaniem Krajowych Ram Kwalifikacji pokazała, że konieczne jest przejście do postawy ofensywnej. W tym celu niezbędne jest dalsze wdrażanie innowacyjnych metod nauczania prawa rzymskiego z wykorzystaniem Internetu, baz danych, interaktywnego nauczania. Potrzebna jest także zmiana filozofii badań naukowych, a w obrębie badań czysto romanistycznych – poszukiwanie nowych problemów i rozwiązywanie ich przy zastosowaniu najnowszych metod badawczych, w tym metody funkcjonalnej czy ekonomicznej analizy prawa. Warto na takie spotkania zapraszać cywilistów, karnistów, administratywistów. W ten sposób środowisko romanistyczne stanie się bardziej otwarte, a wyniki badań bardziej dostępne dla innych.

Bronisław Sitek

Sprawozdanie z ogólnopolskiej konferencji *Państwo a zdrowie*, Olsztyn, 4 czerwca 2012 r.

Dnia 4 czerwca 2012 r. na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie odbyła się konferencja nt. *Państwo a zdrowie* i było to pierwsze przedsięwzięcie zorganizowane przez Koło Naukowe Prawa Medycznego „Salus aegroti suprema lex esto”. Patronat Honorowy nad tym wydarzeniem objęła Rzecznik Praw Pacjenta Krystyna Barbara Kozłowska oraz Dziekan Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie prof. dr hab. Bronisław Sitek.

Głównym celem konferencji było ukazanie aktualnych problemów dotyczących ochrony zdrowia oraz poszerzenie świadomości studentów w zakresie prawa medycznego, ze szczególnym uwzględnieniem praw pacjenta.

Organizatorzy konferencji uznali, że obrady należy przeprowadzić w dwóch panelach. W pierwszym swoje wystąpienia zaprezentowali zaproszeni goście, drugi natomiast poświęcony został referatom studentów reprezentujących Koło Naukowe Prawa Medycznego.

Po uroczystym otwarciu obrad przez prodziekana ds. studiów stacjonarnych dr. hab. Piotra Krajewskiego, prof. UWM, rozpoczęła się część merytoryczna. Najpierw Krystyna Barbara Kozłowska omówiła rolę i kompetencje Rzecznika Praw Pacjenta. Przedstawiła również schemat postępowania w sytuacjach naruszenia praw pacjenta. Swoją uwagę w dużej mierze skoncentrowała na procedurze obowiązującej w przypadku praktyk naruszających zbiorowe prawa pacjenta.

Następny referat nt. *Emerytura i renta w systemie ubezpieczeń społecznych w świetle obowiązujących przepisów* wygłosiła Mirosława Lewandowska – Naczelnik Wydziału Rent i Emerytur Zakładu Ubezpieczeń Społecznych. Korzystając z wieloletniego doświadczenia zawodowego, prelegentka przedstawiła własne rozważania i wnioski dotyczące bardzo aktualnego tematu, tj. wieku emerytalnego.

Pierwszy panel kończyło wystąpienie dr Agnieszki Kowalskiej – opiekuna Koła Naukowego Prawa Medycznego, a jego tematem było funkcjonowanie Wojewódzkich Komisji ds. Orzekania o Zdarzeniach Medycznych. Jako że prelegentka jest członkiem komisji w województwie warmińsko-mazurskim, omówiła tę problematykę od strony praktycznej, wskazując zarówno na zale-

ty, jak i wady procedury dochodzenia odszkodowania przed komisją. Mimo zauważanych niedoskonałości związanych z funkcjonowaniem komisji, ich powstanie należy jej zdaniem ocenić jako krok w dobrym kierunku.

Drugi panel, obejmujący wystąpienia studentów, zapoczątkował Przemysław Gałązka referatem *Odpowiedzialność lekarza za szkody medyczne*. Prelegent wskazał na różnorodność powiązań lekarza z podmiotami leczniczymi oraz przedstawił problematykę związaną z podstawami i przesłankami odpowiedzialności lekarza.

Ilona Biedrzycka natomiast kontynuowała poruszoną w pierwszym panelu problematykę dotyczącą funkcjonowania komisji. Swoją uwagę skupiła na porównaniu tradycyjnego sposobu dochodzenia odszkodowania w drodze postępowania sądowego i nowego rozwiązania, jakie daje postępowanie przed komisją.

Zagadnienie związane z prawem do leczenia w Unii Europejskiej było głównym przedmiotem wystąpienia Magdaleny Sajkowskiej. W referacie zatytułowanym *Pacjenci bez granic – szanse i zagrożenia* przedstawiła założenia dyrektywy w sprawie stosowania praw pacjentów w transgranicznej opiece zdrowotnej.

Marcin Lewandowski w swoim wystąpieniu *Zgoda pacjenta jako podstawa interwencji lekarskiej* podniósł problematykę świadomej zgody pacjenta, która winna poprzedzać spełnianie na jego rzecz świadczenie zdrowotne.

Drugi panel zakończył referat Przemysława Chrułskiego, który omawianą problematykę przedstawił zarówno z punktu widzenia pacjenta, jak i samego lekarza.

Rozległa tematyka poruszana przez prelegentów była początkiem owocnej dyskusji, w czasie której najwięcej emocji budziła kwestia wieku emerytalnego oraz obowiązkowego ubezpieczenia szpitali od zdarzeń medycznych. Szeroko dyskutowany był również temat limitowania świadczeń zdrowotnych oraz refundacji leków. Na uwagę zasługuje wysoki poziom wystąpień studentów, którzy z prezentowaną problematyką zetknęli się po raz pierwszy w czasie prac w Kole Naukowym.

Z uwagi na istotę i różnorodność przedstawionych zagadnień konferencje należy uznać za duży sukces, na który zapracowali członkowie Koła Naukowego Prawa Medycznego „*Salus aegroti suprema lex esto*”.

Agnieszka Kowalska

XX Jubileuszowy Zjazd Katedr Teorii i Filozofii
Prawa *Integracja zewnętrzna i wewnętrzna prawnoznawstwa*, Łódź, 6–9 września 2012 r.

„Integracja zewnętrzna i wewnętrzna” – wokół tak sformułowanego tematu debatowali uczestnicy XX Jubileuszowego Zjazdu Katedr Teorii i Filozofii Prawa. Organizatorem Zjazdu była Katedra Teorii i Filozofii Prawa Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego. W czasie trzech dni obrad zastanawiano się nad rolą teorii prawa w konstruowaniu celów badawczych i metodologii prawnoznawstwa, dyskutowano o wpływie nowych dziedzin nauki na prawnoznawstwo.

XX Zjazd zgromadził bardzo wielu uczestników, w tym liczną reprezentację studentów. Formuła Zjazdu przewidywała podział na obrady plenarne i grupy robocze. Obrady podzielono na trzy sesje: „Teoria i filozofia prawa a konstytucjonalizm”, „Teoria i filozofia prawa a nauki kognitywne”, „Teoria i filozofia prawa a teorie polityki”. W ramach pierwszego panelu rozważano m.in. kwestię tożsamości konstytucyjnej, relacje pomiędzy prawem konstytucyjnym a teorią prawa, jak też pożytki płynące dla obu tych dyscyplin z kontaktu teorii prawa z prawem konstytucyjnym. W drugim panelu stawiano m.in. pytania o ontologiczny status prawa oraz metodologiczne problemy relacji nauk kognitywnych z teorią prawa. Wreszcie w trzecim, ostatnim, podjęto m.in. problematykę legitymizacji władzy politycznej oraz wykorzystania analitycznej teorii prawa w działaniach politycznych. Wystąpienia referentów stały się asumptem do bardzo ożywionych dyskusji.

Natomiast podczas prac w 11 grupach roboczych wygłoszono łącznie aż 97 komunikatów. Toczone tu debaty z bardzo różnych perspektyw naukowych i filozoficznych podejmowały temat przewodni. Skoncentrowane były wokół zagadnień: filozofia analityczna, stosowanie prawa, polityka prawa, nurty filozofii prawa, konstytucjonalizm i metodologia prawa. Dużym zainteresowaniem cieszyła się grupa podejmująca problematykę ujęcia interdyscyplinarnego oraz workshopu: prawo i kognitywistyka. W ramach tego ostatniego podejmowano takie tematy, jak: *Umysł moralny a umysł prawny*, *Głos neuropsychologii prawa w sporze o koncepcję prawa*, *Zastosowanie sztucznych sieci neuronalnych do modelowania rozumowań prawniczych* czy *Kierowanie się regułą z perspektywy kognitywistyki a zagadnienie normatywności*.

Każdy z bloków roboczych wieńczyła dyskusja na temat problematyki poruszanej przez prelegentów. Wypowiedzi ukazały obszerną wiedzę uczestników konferencji, przedstawiono szereg interesujących koncepcji, spostrzeżeń i wniosków. Reprezentacja Katedry Teorii i Filozofii Prawa i Państwa Wydziału Prawa i Administracji UWM w Olsztynie, choć nieliczna, bo jedynie dwuosobowa, również zaznaczyła merytorycznie swoją obecność na Zjeździe.

XX Jubileuszowy Zjazd Katedr Teorii i Filozofii Prawa, zgodnie z założeniem przyjmującym z jednej strony tradycję wielopłaszczyznowych badań nad prawem, a z drugiej – Hartowskie rozróżnienie wewnętrznego i zewnętrznego punktu widzenia, stanowił istotne i wieloaspektowe wydarzenie naukowe. Organizatorzy Zjazdu planują wydanie publikacji pokonferencyjnej.

Na zakończenie warto jeszcze wspomnieć, że podczas jubileuszowego Zjazdu ustalono, iż kolejny, już VI Zjazd Młodych Teoretyków Prawa odbędzie się w Warszawie, natomiast XXI Zjazd Katedr Teorii i Filozofii Prawa w roku 2014 zaplanowano w Białymstoku.

*Anna Korzeniewska-Lasota
Adam Zienkiewicz*

Sprawozdanie z II Warmińskiej Konferencji Nauk
Penalnych *Granice kryminalizacji i penalizacji*,
Olsztyn, 19–20 września 2013 r.

W dniach 19–20 września 2013 r. w Olsztynie odbyła się II Warmińska Konferencja Nauk Penalnych, zorganizowana przez Katedrę Prawa Karnego Materialnego, kierowaną przez prof. zw. dr. hab. Stanisława Pikulskiego, oraz Penitencjarne Koło Naukowe *Custodia* na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego. Spotkanie to stanowiło kontynuację obrad naukowych odbywających się w dwuletnich cyklach tematycznych. Patronat Honorowy nad konferencją objęli Komendant Główny Policji oraz Dziekan Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie.

W każdym dniu konferencji obrady prowadzone były w dwóch panelach, co wynikało z faktu zgłoszenia wielu wystąpień. Wszyscy uczestnicy konferencji otrzymali od organizatorów egzemplarz publikacji zawierającej artykuły naukowe opracowanie w związku z tym wydarzeniem pt. *Granice kryminalizacji i penalizacji* pod red. prof. dr. hab. Stanisława Pikulskiego i dr Marty Romańczuk-Grackiej.

Obrady zostały uroczyście otwarte przez prodziekana ds. nauki Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie prof. dr. hab. Jerzego Kasprzaka oraz współorganizatorkę konferencji dr Martę Romańczuk-Gracką, adiunkta zatrudnionego w Katedrze Prawa Karnego Materialnego. Następnie rozpoczęła się pierwsza merytoryczna część spotkania. Cykl prelekcji zainicjował dr Justyn Piskorski (Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu), prezentując rozważania na temat ekwifinalności kryminalizacji. Ta część wystąpień w panelu A poświęcona została w całości kwestiom ogólnym i teoretycznym, takim jak społeczna szkodliwość czynu, zbieg realny przestępstw, koncepcja czynów współukaranych, zasady wymiaru kar, także tych o charakterze majątkowym oraz zagadnieniom dotyczącym przestępczości gospodarczej, w tym w obszarze rynków kapitałowych. Panel B obrad dotyczył natomiast skuteczności stosowania ekstradycji i europejskiego nakazu aresztowania.

Po zakończeniu części naukowej organizatorzy zaprosili gości na uroczystą kolację. Prof. dr hab. Stanisław Pikulski podziękował wszystkim za

udział aktywny w konferencji. Następnie głos zabrali: prof. dr hab. Stefan Lelental, reprezentujący Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego oraz prof. dr hab. Emil Pływaczewski, dziekan Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku.

W drugim dniu konferencji (20 września 2013 r.) w pierwszej porannej części spotkania, któremu przewodniczyli: prof. dr hab. Ewa Guzik-Makaruk (Uniwersytet w Białymstoku) oraz prof. zw. dr. hab. Marian Filar (Uniwersytet im. Mikołaja Kopernika w Toruniu), wygłoszono referaty poświęcone m.in. tematyce bezpieczeństwa w komunikacji, penalizacji szpiegostwa oraz przestępczości seksualnej. Jako pierwszy wystąpił prof. zw. dr. hab. Ryszard A. Stefański (Uczelnia Łazarskiego w Warszawie), który przybliżył genezę oraz ewolucję kryminalizacji zachowań w ruchu drogowym. Wyraził m.in. przekonanie, że błędem było wprowadzenie do kodeksu karnego dyspozycji art. 178a i stwierdził, że zgodnie z jego przewidywaniami liczba nietrzeźwych kierowców na polskich drogach nie zmalała, pomimo wzrostu represyjności państwa wobec tego rodzaju zachowań. Następnie głos zabrał prof. zw. dr. hab. Stefan Lelental (Uniwersytet Łódzki), który zreferował zagadnienia związane ze społecznymi i ekonomicznymi skutkami kryminalizacji bezwypadkowego prowadzenia w stanie nietrzeźwości pojazdu innego niż mechaniczny. Prelegent podzielił opinię swojego poprzednika, dodając, że kryminalizacja zachowań polegających na prowadzeniu w stanie nietrzeźwości pojazdu innego niż mechaniczny wpłynęła na dalsze przeludnienie zakładów karnych, pogarszając już i tak złą sytuację w więziennictwie. Postulował także, aby wprowadzić pewien rodzaj odpowiedzialności osób tworzących przepisy prawa przynoszące tak fatalne skutki społeczne i ekonomiczne. Ostatni referat dotyczący zagadnień bezpieczeństwa w ruchu drogowym wygłosiła dr Małgorzata Żoła (Uniwersytet Gdański), która przedstawiła aktualnie obowiązujące przepisy ruchu drogowego dotyczące poruszania się po drogach rowerów. W celach porównawczych omówiła prawodawstwo holenderskie w przedmiotowym zakresie. Konkludując wyraziła m.in. przekonanie, iż *de lege lata* w jej ocenie rower uzyskał status pojazdu uprzywilejowanego. W ten nurt rozważań wpisała się także mgr Dorota Mieczkowska (Uniwersytet w Białymstoku) z referatem przybliżającym zagadnienie zakazu prowadzenia pojazdów. Następnie wystąpił prof. zw. dr. hab. Stanisław Hoc (Uniwersytet Opolski), który podjął próbę odpowiedzi na pytanie, czy istnieje potrzeba nowelizacji przepisów kodeksu karnego w zakresie penalizacji szpiegostwa. W ocenie prelegenta taka potrzeba nie istnieje, bowiem liczba postępowań karnych o ten czyn jest niska, a jeszcze rzadziej zapadają wyroki skazujące w tego rodzaju sprawach.

Cykl wystąpień poświęconych tematyce przestępczości seksualnej zainicjowała dr Magdalena Budyn-Kulik (Uniwersytet im. M. Curie-Skłodowskiej w Lublinie), która postulowała wprowadzenie klauzuli karalności przygotowania do wybranych przestępstw stypizowanych w rozdziale XXV k.k.

Drugą część obrad przeprowadzono tego dnia w dwóch panelach. W panelu A prof. dr. hab. Monika Płatek (Uniwersytet Warszawski) kontynuowała rozważania dotyczące kryminalizacji i penalizacji przestępstw seksualnych, wskazując na słuszność zastąpienia przez ustawodawcę dotychczasowego wnioskowego trybu ścigania przestępstwa zgwałcenia trybem ściągania tego czynu z urzędu. Jako ostatnia w kwestii przestępczości seksualnej wypowiedziała się dr Małgorzata Skórzewska-Amberg (Akademia im. L. Koźmińskiego w Warszawie), identyfikując m.in. niebezpieczeństwa związane z korzystaniem z sieci teleinformatycznych przez osoby małoletnie. Wątek zagrożeń płynących ze świata wirtualnego kontynuował mgr Andrzej M. Kisiel (Uniwersytet w Białymstoku), który przedstawił problematykę kradzieży w sieci, uznając za irracjonalne, aby przymus państwowy uznawać za sposób rozwiązywania wirtualnych sporów, gdyż w tym zakresie wystarczająca jest ochrona cywilnoprawna. W kolejnym wystąpieniu dr Renata Pawlik (Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego) omówiła ochronę dóbr prawnych z perspektywy procesu kontrawencjonalizacji. Ostatni referat w tym panelu wygłosiła dr Magdalena Perkowska (Uniwersytet w Białymstoku), wskazując na słuszność dekryminalizacji zachowań polegających na nielegalnym przekroczeniu granicy.

Po zakończeniu części poświęconej referatom rozpoczęła się dyskusja, w której głos zabrał m.in. prof. zw. dr hab. Marian Filar, opowiadając się przeciwko zmianom trybu ścigania przestępstwa zgwałcenia, wskazując, iż dotychczasowy tryb ścigania tego czynu na wniosek pokrzywdzonego pozwalał na zachowanie autonomii jednostki w sprawach zachowań seksualnych i nie narażał jej na powtórna wiktymizację. Stanowisko przeciwne zajęła prof. dr. hab. Monika Płatek, w opinii której wprowadzenie trybu ścigania tego przestępstwa z urzędu wpłynie na wzrost postępowań karnych o ten czyn, jako że ich faktyczna częstotliwość nie znajduje jak dotąd należytego odzwierciedlenia w statystykach organów sprawiedliwości.

Diskusje w obu panelach podsumował prof. zw. dr hab. Stefan Lelental, który wyraził satysfakcję z wysokiego merytorycznego poziomu obrad, jak też sprawności działań organizatorów konferencji. Wyraził nadzieję na kolejne spotkanie z uczestnikami obrad podczas III Warmińskiej Konferencji Nauk Penalnych.

Obrady II Warmińskiej Konferencji Nauk Penalnych zamknął prof. zw. dr hab. Jerzy Kasprzak oraz prof. zw. dr hab. Emil Pływaczewski, którzy skierowali serdeczne gratulacje pod adresem organizatorów konferencji, a w szczególności Dziekana Wydziału. W imieniu organizatorów głos zabrała dr Marta Romańczuk-Grącka, która zaprosiła wszystkich uczestników do udziału w III Warmińskiej Konferencji Nauk Penalnych pt. *Przyszłość prawa karnego: alternatywne reakcje na przestępstwo*, która tradycyjnie odbędzie się w Olsztynie.

Małgorzata Szwejkowska
Robert Dziembowski