



Witold Wołodkiewicz

„IUS ET LEX”
W RZYMSKIEJ TRADYCYJ PRAWNEJ



WITOLD WOŁODKIEWICZ

Profesor zwyczajny prawa rzymskiego na Uniwersytecie Warszawskim. Przewodniczący Komitetu Nauk o Kulturze Antycznej Polskiej Akademii Nauk. Dyrektor Międzynarodowej Szkoły Prawa Rzymskiego w Ośrodku Badań nad Kulturą Antyczną (OBTA) UW oraz wicedyrektor OBTA. Przewodniczący Rady Naukowej Instytutu Historii Prawa UW.

Wykładał na uniwersytetach: w Paryżu (*Panthéon Sorbonne*), *Ecole Pratiques des Hautes Etudes (Sorbonne)*, *Università di Napoli (Federico II)*, *Università di Camerino*, *Università di Bari*, *Università di Sassari*.

Opublikował m.in. *Rzymskie korzenie współczesnego prawa cywilnego*, *Obligaciones ex variis causarum*, (z Marią Zabłocką) *Prawo rzymskie. Instytucje*.



WPROWADZENIE

Autor poddaje analizie znaczenie terminów ius oraz lex w historii prawa rzymskiego. Jego zdaniem, optyka wyznaczana przez programowe hasło czasopisma: ius et lex, oznacza zamiar oparcia studiów nad prawem współczesnym również na tradycji romanistycznej. W związku z tym autor zestawia treściową zawartość obu terminów z przeglądem źródeł prawa, ich mocą obowiązującą i autorytetem, który o niej decydował. Szczególne znaczenie mają spostrzeżenia dotyczące roli prawnika i jego działalności w tworzeniu i ciągłym ulepszaniu prawa, którą zakłada tradycja romanistyczna.

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

W okresie rzymskiej republiki terminem *ius* (lub *iura*) oznaczano cały zespół norm składający się na obowiązujący porządek prawny¹. Termin *lex* oznaczał natomiast początkowo tę część porządku prawnego, w której wyrażał się element pewności prawa. *Lex* powstawała w wyniku działalności legislacyjnej zgromadzeń ludowych, całego *populus romanus*. Od uchwalenia w roku 287 p.n.e. ustawy Hortensjusza (*lex Hortensia*)^{2*}, miano *leges* uzyskały również uchwały podejmowane przez zgromadzenia plebejskie (*concilia plebis*), których działalność ustawodawcza nabrała podstawowego znaczenia w dziedzinie prawa stanowionego³.

W okresie wczesnego pryncypatu zmienił się sposób tworzenia *leges*. Zanikała działalność zgromadzeń ludowych i plebejskich jako organów tworzących prawo. Nabierały natomiast znaczenia uchwały senatu (*senatus*

*Przypisy oznaczone gwiazdką pochodzą od redakcji i znajdują się na końcu artykułu.

¹ Autor celowo nie chce wdawać się w niezmiernie sporne zagadnienie znaczenia terminów *ius* i *fas* w najdawniejszym okresie dziejów prawa rzymskiego. Zob. R. Orestano, *Dal ius al fas. Rapporto fra diritto divino e umano in Roma dall'età primitiva all'età classica*, „Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano” (dalej cytowane jako BIDR) 1940 r., nr 46, s. 246 i nast.

² D.I.2.8 (Pomponius, *lib. sing. Enchiridion*): [...] *Ita factum est, ut inter plebiscita et legem species constituendi interesset, potestas autem eadem esset*. [Postanowiono, że uchwały ludu i ustawy będą się różnić sposobem ustanawiania, ich moc zaś ta sama pozostanie – red.]

³ Por. P. de Francisci, *Sintesi storica del diritto romano*, Roma 1965, s. 206 i nast.

tus consulta)⁴. W okresie tym, gdy koncepcje ustrojowe princepsów nawiązywały do tradycji republikańskich, senat (politycznie w pełni zależny od cesarza) był wygodniejszym forum niż dawne zgromadzenia ludowe, dla realizowania polityki władcy, a z zachowaniem pozorów tradycji republikańskiej. Przyznanie mocy obowiązującej uchwałom senatu dawało cesarzowi wygodny instrument do realizowania swych zamierzeń legislacyjnych. *Oratio principis* wygłaszana na posiedzeniu senatu i jednogłośnie przyjmowana przez akklamację stawała się obowiązującym prawem.

W okresie pryncypatu pojawia się również zupełnie nowa forma prawa stanowionego, traktowana na równi z *lex*, a później, w okresie dominatu, określana tym terminem. Były to konstytucje cesarskie o różnym znaczeniu i formie (*decreta, edicta, epistulae, mandata, rescripta*). Uznanie, przynajmniej niektórych z nich, za źródło prawa równoważne ustawie, nie budziło wątpliwości już u jurystów wczesnego pryncypatu. Pomponiusz, wymieniając wśród źródeł prawa konstytucje cesarskie, zauważa, że są one równoważne ustawie⁵.

Dalej w uznaniu mocy obowiązującej konstytucji cesarskich idzie Gajus w *Instytucjach*. Wśród źródeł prawa stanowionego (z których część miała dlań jedynie znaczenie historyczne), wymienia również konstytucje cesarskie⁶. Stwierdza wyraźnie, że mają one moc ustawy (*quin id legis vicem optineat*)⁷ i że nie budziło to nigdy wątpliwości. Uzasadnieniem takiego rozwiązania jest to, że władza ustawodawcza cesarza wynika z nadania mu imperium przez ustawę. Gajus piszący, podobnie jak Pomponiusz, w pierwszej połowie

⁴ Gai 1.4: *Senatus consultum est, quod senatus iubet atque constituit. Idque legis vicem obtinet, quamvis de ea re fuerit quaesitum* [Uchwałą senatu jest to, co senat nakazuje i postanawia. A zachowuje ona moc ustawy, choć tę sprawę rozważano – tłum. C. Kunderewicz].

⁵ D.1.2.2.12 (Pomponius, *lib. sing. enchiridion*): [...] *aut senatus consultum, quod solum senatu constituyente inducitur sine lege, aut est principalis constitutio, id est ut quod ipse princeps constituit pro lege servetur* [Albo jest uchwała Senatu, która zapada bez ustawy jedynie tak, jak postanawia Senat, albo jest Konstytucja cesarska, to znaczy, że co sam cesarz postanawia, ma moc ustawy – red.].

Por. B. Albanese, *D.1.2.2.12 ed il problema della sua attribuzione* [w:] *Scritti in onore di S. Pugliatti*, tom 4, Milano 1978, s. 12, który podkreśla prawidłowość wyrażenia *pro lege servetur*z punktu widzenia rzymskiego systemu źródeł prawa.

⁶ Gai 1.5: *Constitutio principis est, quod imperator decreto vel edicto, vel epistula constituit. Nec umquam dubitatum est, quin id legis vicem optineat, cum ipse imperator per legem imperium accipiat* [Konstytucją cesarza jest to, co cesarz postanawia dekretem lub edyktem, lub listowną odpowiedzią. I nigdy nie wątpiono, że to zachowuje moc ustawy, skoro (i) sam cesarz otrzymuje władzę przez ustawę – tłum. C. Kunderewicz].

Por. F. Gallo, *Sul potere normativo imperiale*, „*Studia et Documenta Historiae et Iuris*” (dalej cytowane jako SDHI) 1982 r., nr 48, s. 427 i nast.

⁷ Zwrotu *legis vicem obtinere* używa Gajus również w odniesieniu do *senatus consultum* oraz, w oparciu o reskrypt Hadriana, do zgodnych *responsa prudentium* (Gai 1.7: *Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere. Quorum omnium si*

II w. n.e. wyrażał jedynie istniejącą zasadę zrównania konstytucji cesarskich z *leges*, starając się jednocześnie podać motywy takiego rozwiązania.

W okresie późnego pryncypatu zaczyna się stopniowo kształtować zasada pełnej suwerenności władzy ustawodawczej cesarza. Zmienia się też status rzymskich jurystów: z niezależnych *iurisprudentes*, reprezentujących arystokratyczne podejście do wykonywanej przez nich funkcji, stają się w końcu II w. n.e. zależnymi od władców „prawnikami biurokratami”⁸. Dla Ulpiana, jurysty z przełomu II i III wieku, pełniącego wysokie funkcje w strukturze władzy cesarskiej⁹, zasada, w myśl której cesarz ma nieograniczoną możliwość stanowienia prawa, jest już oczywista. W okresie dynastii Sewerów formalne uzasadnienie źródła pochodzenia tej władzy nie będzie musiało być wysuwane jako podstawowe.

Ulpian wyraża, w sposób bezwarunkowy, zasadę braku związania cesarza obowiązującym prawem – zwrotem *princeps legibus solutus est*. Ulpian przyznaje jednak to uprawnienie wyłącznie cesarzowi, a nie najbliższemu członkowi jego rodziny. Zwrot *princeps legibus solutus est* oznaczał dla Ulpiana jedynie to, że cesarz jest zwolniony od konieczności przestrzegania istniejących ustaw¹⁰.

Późniejsze dzieje formuły *princeps legibus solutus est*, która stała się podstawą średniowiecznej doktryny suwerenności władzy monarszej oraz podstawą nowożytniej koncepcji władcy absolutnego, rozwijanej w okresie Renesansu, to zbliżanie się do zasady generalnej, że cesarz stoi ponad wszelkimi ustawami i staje się ich jedynym twórcą¹¹.

Zasada pełnej władzy prawodawczej cesarza stała się w pełni obowiązującą w okresie dominatu. Pomimo składanych niekiedy deklaracji o konieczności przestrzegania ustaw, cesarze mieli w rzeczywistości wyłączną i niczym nieograniczoną władzę ustawodawczą. Stwierdzenie o znaczeniu, jakie dla

in unum sententiae concurrunt, id, quod ita sentiunt, legis vicem optinet, si vero dissentiunt, iudici licet quam velit sententiam sequi. Idque rescripto divi Hadriani significatur [Odpowiedzi znawców prawa są (to) zdania i poglądy tych (prawników), którym pozwolono tworzyć prawa. Jeżeli do jednego sprowadzają się ich wszystkie zdania, to, co w jaki sposób myślą, zachowuje moc ustawy, jeżeli są natomiast sprzeczne między sobą, sędziemu wolno pójść za którym zechce zdaniem. I to się oznajmia w pisemnej odpowiedzi boskiego Hadriana – tłum. C. Kunderewicz].

⁸ Zob. M. Bretone, *Techniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli 1982, s. 233 i nast.

⁹ Zob. G. Criffo, *Ulpiano. Esperienze e responsabilità del giurista* [w:] *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt* (dalej cytowane jako ANRW) tom 15, Berlin-New York 1976, s. 708 i nast.

¹⁰ D.1.3.31 (Ulpianus, lib. 13 *ad legem Iuliam et Pappianam*) *Princeps legibus solutus est: Augusta autem licet legibus soluta non est, principes tamen eadem illi privilegia tribuunt, quae ipsi habent* [Cesarz nie jest związany ustawami: Augusta zaś winna być związana ustawami, jednak cesarze te same jej przyznają przywileje, które oni mają – red.].

Zob. H.F. Jolowicz, *The Stone that the Builders Rejected: Adventures of some Civil Law Texts*, Seminar 12, 1954, s.40–41; M. Lauria, *Ius. Visioni romane e moderne*, Napoli 1957, s. 276 i nast.; M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, s. 178.

¹¹ Zob. G. Criffo, *op. cit.*, s. 777, nota 435.

władcy powinno mieć przestrzeganie ustaw, zawarte w Konstytucji cesarza Walentyniana z roku 429 n.e., było jedynie deklaracją bez pokrycia¹².

W innym fragmencie, przekazanym w *Digestach* justyniańskich, Ulpian uzasadnia również (podobnie jak czynił to Gajus) źródło, z którego wypływa władza ustawodawcza cesarzy: jest nim nadająca cesarzowi władzę *lex de imperio*. Jurysta ten idzie jednak w swym uznaniu pełnej władzy ustawodawczej cesarza dalej niż Gajus: podkreślając, że sama wola władcy ma moc ustawy. Używa zwrotu, że to, co uznaje za właściwe cesarz, ma moc ustawy. Zwrot ten zrobił wielką karierę w późniejszych dziejach teorii państwa¹³.

Institucje Justyniana powtarzają sformułowanie Ulpiana: *quod principi placuit, legis habet vigorem*, wraz z jego formalnym uzasadnieniem (podobnie jak czynili to Gajus i Ulpian), sięgającym do nadania cesarzowi władzy przez ustawę (*lex de imperio*). Justynian, dla wzmocnienia tego nadania, odnosi go do archaicznej *lex regia*. Odpowiada to bizantyjskiej koncepcji władzy królewskiej (*basileia*)¹⁴. Do sformułowania Ulpiana *princeps legibus solutus est* nawiązują również *Institucje* Justyniana. Cesarz, nie kwestionując swego prawa do nieliczenia się z obowiązującymi ustawami (*legibus solutus sumus*), podkreśla jednak, że powinno się to mieścić w ramach istniejącego porządku prawnego (*atamen legibus vivimus*). Justynian przywołuje słowa cesarza Aleksandra Sewera i Antoninusa (Karakalli): „choć bowiem

¹²C.1.14.4: *Et re vera maius imperio est submittere legibus principatum* [A zaiste lepiej jest dla państwa podporządkować władzę cesarską ustawom – red.].

Zob. G. Cerverca w: *Lineamenti di storia del diritto romano*, pod red. M. Talamanca, Milano 1989, s. 561 i nast.

¹³D.1.4.1 (Ulpianus, *lib. 1 Institutionum*): *Quod principi placuit, legis habet vigorem: utpote cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat* [Co podoba się cesarzowi, ma moc ustawy: dzieje się tak bowiem władzą królewską uchwaloną o zwierzchności (ludu), składa on całą swą zwierzchność i moc na cesarza – red.]. Zob. F. Gallo, *op.cit.*, s. 428; por. A. dell’Oro, *‘Imperium’ e ‘lex imperii’ alla luce del Codice di Giustiniano* [w:] *Sodalitas*, tom 4, Napoli 1984, s. 1573.

¹⁴I.1.2.6: *Sed et quod principi placuit, legis habet vigorem, cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem concessit. Quodcumque igitur imperator per epistulam constituit vel cognoscens decrevit vel edicto praecepit, legem esse constat: haec sunt, quae constitutiones appellantur. Plane ex his quaedam sunt personales, quae nec ad exemplum trahuntur, quoniam non hoc princeps vult: nam quod alicui ob merita indulsit, vel si cui poenam irrogavit, vel si cui sine exemplo subvenit, personam non egreditur. Aliae autem, cum generales sunt, omnes procul dubio tenent* [Lecz i to, co uznaje za właściwe cesarz, ma moc ustawy, jako że na podstawie ustawy królewskiej, wydanej w sprawie jego władzy, lud odstąpił mu i przeniósł na niego całą swoją władzę i moc. Cokolwiek więc cesarz listem ustanawia albo po rozpoznaniu orzeka, albo w edykcie nakazuje, niewątpliwie jest ustawą. To właśnie nazywa się konstytucjami. Oczywiście, niektóre z nich są osobiste i nie używa się ich jako precedensów, ponieważ nie tego chce cesarz. Bowiem, że komuś za usługi okazał życzliwość lub jeśli na kogoś karę nałożył, albo jeśli komuś w sposób bezprzykładny przyszedł

jesteśmy wolni od więzów praw, jednakże żyjemy według praw”¹⁵. Dziś nazwalibyśmy to uznaniem „zasady państwa prawnego”.

Ta sama myśl, do której zresztą wyraźnie nawiązuje powołany uprzednio fragment *Instytucji*, pojawiła się już w przekazanej w Kodeksie Justyniana konstytucji Aleksandra Sewera z roku 232. Cesarz stwierdza w niej, że dzięki nadaniu mu władzy przez *lex de imperio*, jest wprawdzie wolnym od więzów prawa, jednakże powinien działać w ramach istniejącego porządku prawnego, gdyż właściwością władzy jest posługiwanie się ustawami¹⁶.

O ile w zakresie tworzenia rzymskiego prawa publicznego podstawowe znaczenie miały normy prawa stanowionego (*leges rogatae, leges datae, plebiscita, senatus consulta* oraz *leges constitutiones principum*), to w zakresie rozwoju prawa prywatnego normy prawa stanowionego miały znaczenie znikome. Zrąb archaicznych norm dotyczących prawa prywatnego opierał się na dawnym prawie zwyczajowym (*mos maiorum*), ułożonym w ustawie XII Tablic¹⁷. Rozwój warstwy *ius civile*, która dotyczyła prawa prywatnego (przynajmniej do końca pryncypatu), rzadko odbywał się przez tworzenie norm prawa stanowionego.

Rozwój rzymskiego prawa prywatnego odbywał się dwoma torami. Pierwszy z nich to tworzona (obok *ius civile*) warstwa prawa rzymskiego zwana *ius honorarium* lub *ius praetorium*. Stanowiła ona owoc działalności urzędników jurysdykcyjnych (pretorów i edylów kurulnych), którzy udzielając ochrony prawnej (procesowej lub pozaprocessowej), mogli w odpowiedni sposób dostosowywać normy *ius civile*. Mogli też wychodzić poza zakres przewidzianej w nich ochrony, opierając się na prawie, „które przyrodzony rozsądek ustanowił pomiędzy wszystkimi ludźmi [...], którym posługują się wszystkie narody”¹⁸. Działalność tych urzędników mogła dotyczyć zarówno obywateli rzymskich, jak i peregrynów¹⁹.

Drugi tor rozwoju prawa prywatnego to twórcza interpretacja *ius civile* dokonywana przez *iurisprudentes*. Interpretacja ta, której podstawą było archaiczne *mos maiorum* oraz prawo stanowione, była głównym źródłem

z pomocą, nie rozciąga się to poza daną osobę. Inne zaś konstytucje, ponieważ są ogólne, niewątpliwie obowiązują wszystkich – tłum. C. Kunderewicz]. Zob. D.1.4.1.

¹⁵ I.2.17.8(7): *‘Licet enim’ inquit (Severus et Antoninus) ‘legibus soluti sumus, attamen legibus vivimus’* [tłum. w tekście: C. Kunderewicz].

¹⁶ C.6.23.3: *Licet enim lex imperii sollemnibus iuris imperatorem solverit, nihil tamen tam proprium imperii est, ut legibus vivere* [Ustawa o zwierzchności zwolniła cesarza od respektowania prawa, nic jednak nie jest tak właściwe dla władzy jak życie zgodne z ustawami – red.].

¹⁷ Zob. Orestano, *Dal ius...*, *op.cit.*, s. 268.

¹⁸ Gai 1.1: [...] *quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur* [tłum. w tekście: C. Kunderewicz].

¹⁹ Zob. Gai 4.103–106. Por. P. De Francisci, *Sintesi...*, *op.cit.*, s. 210–211.

rozwoju rzymskiego prawa prywatnego. Prawnicy rzymscy byli bowiem nie tylko znawcami prawa, lecz także jego twórcami. Prawo rzymskie od końca II wieku p.n.e. do III wieku n.e. stworzyło model „prawa prawniczego”, tj. takiego, w którym grupa zawodowa prawników spełniała ogromną rolę w tworzeniu prawa²⁰.

Pomponiusz wyjaśnia, że *ius civile* opiera się na samej interpretacji uczonych prawników²¹. To stwierdzenie potwierdza również inny przekaz Pomponiusza, w którym jurysta (po przedstawieniu w poprzednim paragrafie historii powstania ustawy XII tablic) pisze, iż ustawa ta wymagała dyskusji i interpretacji biegłych w prawie. Z tych dyskusji powstało prawo niepisane, które nazywano wspólną nazwą *ius civile*²².

W literaturze prawa rzymskiego dostrzega się sprzeczność pomiędzy użyciem na oznaczenie *interpretatio prudentium* przez Pomponiusza – raz terminu *proprium ius civile* a drugi raz *ius civile communi nomine*. Nie wydaje się jednak, by mogło to podważać wiarygodność zrównania *interpretatio prudentium* z pojęciem *ius, ius civile*²³. Rozróżnienie pomiędzy prawem stanowionym (*leges*) a prawem zawartym w pismach jurystów (*iura*) występuje również wielokrotnie w źródłach późnego cesarstwa²⁴.

Znaczenie *interpretatio* dla tworzenia rzymskiego *ius civile* wiąże się z rozwojem rzymskiej wiedzy prawniczej. Działalność prawników stanowiła bowiem główną siłę napędową rozwoju prawa w Rzymie²⁵.

²⁰ Zob. A. Schiavone, *Prawnik* [w:] A. Giardin (red.), *Człowiek Rzymu*, Warszawa 1997, s.107 i nast. Można to porównać z doktryną anglosaskiego realizmu prawniczego, który posługiwał się wyrażeniem „sądy tworzą prawo” (*courts make law*) z opartą na prawie rzymskim tradycją Europy kontynentalnej podkreślającą znaczenie tradycji naukowej (por. G. P. Fletcher, *Ius et lex. Kilka refleksji nad pojęciem prawa*, drukowane w niniejszym tomie).

²¹ D.1.2.2.12 (Pomponius, *lib. sing. enchiridion*): [...] *est proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit* [...]. Zob. P. de Francisci, *Sintesi...*, *op.cit.*, s. 205; M. Talamanca [w:] *Lineamenti...* *op.cit.*, s. 232 i nast.; M. Brutti, *ibidem* s. 289.

²² D.1.2.2.5 (Pomponius, *lib. sing. enchiridion*): *His legibus latis coepit (ut naturaliter evenire solet, ut interpretatio desideraret prudentium auctoritatem) necessarium esse disputationem fori. Haec disputatio et hoc ius, quod sine scripto venit compositum a prudentibus, propria parte aliqua non appellatur, ut ceterae partes iuris suis nominibus designantur, [...] sed communi nomine appellatur ius civile* [Po uchwaleniu tych ustaw stała się niezbędna dyskusja na forum na ich temat. Jest oczywiste, że ich interpretacja powinna opierać się na autorytecie znawców. Ta dyskusja na forum i to prawo, które bez formy pisanej zostało ułożone przez znawców, nie ma własnej nazwy (jak to jest w przypadku innych gałęzi prawa), lecz nazywane jest wspólną nazwą prawa obywatelskiego (*ius civile*) – red.].

²³ Zob. B. Albanese, *op.cit.*, s. 14–15.

²⁴ Zob. np.: C.1.9.8 (398 r.); C.9.9.30 (342 r.); *Consultatio* 9.5 (365 r.); *Codex Theodosianus* 2.1.10 oraz 9.7.3 (342 r.); *Novellae Valentianiani* 35.1. Por. M. Lauria, *Ius...*, *op.cit.*, s. 176 i nast.

²⁵ Zob. R. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 198, s. 54 i nast.; P. Cerami, *Ricerche romanistiche e prospettive storico comparativistiche*, „Annali Palermo” 1995 r., nr 93, s. 211 i nast.

Różne formy, w jakich rozwijała się wiedza prawnicza w Rzymie, określały etapy rozwoju prawa rzymskiego. Jurysprudencja pontyfikalna (sprawowana przez kolegium pontyfików), a następnie świecka (po opublikowaniu przez Gnejusza Flawiusza w początku IV w. p.n.e. zbioru formuł procesowych), dostosowywały najdawniejsze instytucje prawa stanowionego i zwyczajowego do nowych warunków i potrzeb rozwijającego się terytorialnie i gospodarczo państwa²⁶. Różne rodzaje działalności rzymskich jurystów określano terminami: *cavere*, *agere*, *respondere*.

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

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

Respondere oznaczało wszelką działalność jurysty, polegającą na udzielaniu porad prawnych, zarówno osobom prywatnym, jak też urzędnikom i sędziom. *Respondere* obejmowało zatem również działalność określaną jako *cavere* i *agere*. W węższym tego słowa znaczeniu, *respondere* (oznaczone też zwrotem *de iure respondere*) oznaczało wyjaśnianie przez jurystę wątpliwości, które powstały przy rozstrzygnięciu konkretnego przypadku, dokonywanie interpretacji prawa.

Działalność jurystów w okresie archaicznej jurysprudencji pontyfikalnej opierała się na rygorystycznym przestrzeganiu ustalonej przez kolegium pontyfików interpretacji prawa. Odebranie pontyfikom monopolu wiedzy prawniczej przyczyniło się do rozszerzenia znajomości prawa w społeczeństwie rzymskim. Rozstrzygnięcie kontrowersji prawnych (*ius controversum*) stało się ulubionym zajęciem przedstawicieli czołowych rodów rzymskich. Cicero opisuje, jak wybitni rzymscy juryści okresu republiki (Sekstus Aeliusz, Manliusz Maniliusz) przechadzali się po forum, będąc stale w goto-

²⁶ Zob. P. de Francisci, *Sintesi...*, *op.cit.*, s. 218.

wości do udzielania każdemu obywatelowi pomocy prawnej i wszelkich innych rad²⁷. Z tej działalności wykształciła się również literatura prawnicza, stanowiąca początkowo zbiór poszczególnych rozstrzygnięć.

O znaczeniu interpretacji w rozwoju rzymskiego *ius civile* może świadczyć też przekaz Pomponiusza, który, wspominając o dziele Sekstusa Aeliusza²⁸ *Tripertita* stanowiącym kolebkę wiedzy prawniczej (*cunabula iuris*), pisze, że nazwa *tripertita* pochodziła stąd, że Sekstus Aeliusz do tekstu ustawy XII tablic dodał *interpretatio* oraz dołączył formuły *legis actiones*²⁹.

Udział jurystów w tworzeniu i ciągłym ulepszaniu prawa podkreśla w sposób jednoznaczny Pomponiusz, który wręcz stwierdza, że nie może istnieć prawo (*ius*) bez udziału biegłego w prawie jurysty, dzięki któremu prawo wciąż się ulepsza³⁰. Do tego procesu ulepszania prawa udział jurysty, który tłumaczy i wyraża rzeczywiste znaczenie prawa stanowionego i zwyczajowego, wydaje się niezbędny. Rolą jurysty jest pośredniczenie pomiędzy prawem i obywatelami³¹.

Alessandro Corbino, w ostatnio opublikowanym artykule o wartościach prawa³², przypomina, że w języku łacińskim słowo *ius* ma dwa znaczenia:

²⁷ Cicero, *de oratore* 3.33.133: *Meminerant illi (pater et socer) Sex. Aelium; M. vero Manilium nos etiam vidimus transverso ambulante foro, quod erat insigne enim qui id faceret facere civibus suis omnibus consilii sui copiam: ad quos olim et ita ambulantes et in solio sedentes domi sic adibat, non solum ut de iure civili ad eos, verum etiam de filia collocanda, de fundo emendo, de agro colendo, de omni denique aut officio aut negotio referretur* [Pamiętali oni (ojciec i teść) Sextusa Aeliusza; ja sam widziałem Maniusza Maniliusza, jak przechadzał się w poprzek forum, co było widocznym znakiem, że każdego z obywateli jest gotów wesprzeć radą. Do nich to wówczas, gdy tak się przechadzali lub w domu siedzieli, przychodzili ludzie, zwracając się nie tylko w kwestiach prawa cywilnego, ale by radzić się w sprawie wydania córki za męża, kupna gruntu czy uprawy ziemi – właściwie każdej dotyczącej bądź zobowiązań, bądź interesów. – red.]. Zob. P. de Francisci, *Sintesi...*, *op. cit.*, s. 218; *Lineamenti...*, *op. cit.* s. 288 i nast.

²⁸ Żyjącego na przełomie III i II w. p.n.e.

²⁹ D.1.2.2.38 (Pomponius, *lib. sing. enchiridion*) *Sextum Aelium etiam Ennius laudavit et exstat illius liber qui inscribitur 'tripertita', qui liber veluti cunabula iuris continet: 'tripertita' autem dicitur, quoniam lege duodecim tabularum praeposita iungitur interpretatio, deinde subtextitur legis actio* [Ennius pochwalił Sextusa Aeliusa i wyróżnił z jego dzieła księgę zatytułowaną *Trójczęściowa*, która stanowi jakby kolebkę prawa. Nazwana została *Trójczęściową* bowiem po przedstawieniu ustawy XII Tablic dołącza do niej jej interpretację, a na koniec formy procesowe (*legis actiones*) – red.]. Zob. P. de Francisci, *Sintesi...*, *op. cit.*, s. 221.

³⁰ D.1.2.2.13 [...] *constare non potest ius, nisi sit aliquis iuris peritus, per quem possit cottidie in melius produci*. Zob. A. Corbino, *Nota minima ai valori di „ius” [w:] Au-delà des frontières. Mélanges de droit romain offerts à Witold Wołodkiewicz*, tom I, Warszawa 2000, s. 182.

³¹ Zob. A. Guarino, *Pagine del diritto V*, Napoli 1994, s. 320; L. Vacca, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano. Corso di lezioni*, Torino 1989, s. 74.

³² A. Corbino, *op. cit.*, s.179 i nast.

1) ‘prawo’ oraz 2) ‘wywar, sos, zupa, rosół’³³. Zarówno w pierwszym, jak i w drugim znaczeniu, jest to produkt operacji technicznej dokonywanej odpowiednio przez jurystę bądź przez kucharza. O jakości zupy-sosu (*ius*) decydują zarówno użyte składniki, jak i umiejętności kucharza, który ją przygotowuje. O wysokiej jakości prawa (*ius*) decydują źródła, na których opiera się porządek prawny (*leges et mores*) oraz odpowiednie ich przetworzenie i przygotowanie przez jurystę³⁴. W tym sensie działalność jurysty jako niezbędny element w procesie tworzenia prawa nasuwa skojarzenie z działalnością kucharza, który przygotowując potrawę posługuje się odpowiednimi składnikami i sposobami ich przyrządzania.

Tę analogię znaczeń wyraźnie podkreśla Izydor z Sewilli pisząc, że „sos mistrza kuchni (*ius*) jest nazywany podobnie jak prawo (*ius*), gdyż ustawa jest składnikiem prawa”³⁵.

W kontekście tych rozważań należy widzieć słynną definicję prawa pochodzącą od Celsusa, a przekazaną przez Ulpiana i zawartą na początku *Digestów* justyniańskich, o brzmieniu: prawo jest umiejętnością stosowania tego, co dobre i słuszne (*ius est ars boni et aequi*)³⁶. Jurysta jawi się w niej jako mistrz, który przez swe umiejętności (*ars*) rozwija prawo. Rozwijając normę prawną, winien on stosować kryterium słuszności, mieszczące się jednak w pozytywnym porządku prawnym.

³³ Zob. też J. Sondel, *Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*, Kraków 199, s. 541–548.

³⁴ Zob. A. Corbino, *op.cit.*, s. 181: „*Ius*”-brodo e „*ius*”-diritto sono entrambi il frutto di un’operazione „tecnica” (del cuoco e del giurista) che permette all’esperto di ricavare da una realtà (le carni e le verdure, da una parte, le *leges* e i *mores* dall’altra), adeguatamente trattata, un risultato (il „brodo”, il „criterio di giudizio”) [Zarówno *ius* – rosół, jak i *ius* – prawo, są owocem zabiegu technicznego, kucharza albo prawnika, który pozwala znawcy wyciągnąć z należycie potraktowanych składników (mięsa i warzyw oraz ustaw i zwyczajów) odpowiedni rezultat – czy to rosół, czy też „sposób wyrokowania” – red.]. Zob. też: F. Carnelutti, *Di là dal diritto*, „Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche” (dalej cytowane jako RISG) 1947 r., nr 84, s. 115–116; G. Devoto, *Ius di là dalla grammatica*, RISG 1948 r., nr 85, s. 414 i nast.

³⁵ Isidorus Hispalensis, *Etym.* 20.2.32: *Ius coquinae magistri a iure nuncupaverunt, quia [ea] est lex condimenti eius. Hanc Graeci ‘zéma’ vocant* [Kuchmistrze nazwali *ius* – rosół, od *ius* – prawo, ponieważ ustawa jest mu przyprawą. Ustawę zaś Grecy nazywają *zéma* – red.].

³⁶ D.1.1.1 pr. (Ulpianus *lib. 1 Institutionum*): [...] *ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi*. Por. P. Cerami, *La concezione celsina del „ius”*, „Annali Palermo” 1985 r., nr 88, s. 7 i nast.

* Używane skróty:

I. – Institutiones Iustiniani

D. – Digesta seu Pandectae Iustiniani

C. – Codex Iustiniani

Gai – Gai Institutiones Commentari IV.