

IV. RECENZJE I NOTY RECENZYJNE

Alfons Bürge, *Römisches Privatrecht: Rechtsdenken und gesellschaftliche Verankerung; eine Einführung.*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1999, stron XII, 248, indeksy.

W ramach serii „Die Altertumswissenschaft. Einführungen in Gegenstand, Methoden und Ergebnisse ihrer Teildisziplinen und Hilfswissenschaften” ukazała się książka Alfonsa Bürge, profesora prawa rzymskiego (obecnie w Monachium), poświęcona właśnie węzłowym problemom rzymskiego prawa prywatnego w świetle najnowszych wyników i tendencji badawczych. Mimo tytułowego ograniczenia (*Eine Einführung*) ta dość obszerna rozprawa (214 stron tekstu, uzupełnionego o wskazówki bibliograficzne, indeks źródeł oraz indeks rzeczowy) zawiera sporą porcję interesujących rozważań z zakresu prawa rzymskiego, wychodzących często poza treści przekazywane zwykle w tego rodzaju opracowaniach wprowadzających czy w podręcznikach. Zorientowanie książki na rozwój myśli prawnej oraz aspekty społeczne (*Rechtsdenken und gesellschaftliche Verankerung*) przydaje dodatkowo oryginalności rozważaniom i spostrzeżeniom autora. Dodać też trzeba, że Alfons Bürge prezentuje w swoim dotychczasowym dorobku wszechstronne wykształcenie oraz rozległy obszar badawczy. Doktoryzował się w Zurychu w zakresie filologii klasycznej oraz prawa, publikując m.in. pracę o prawie retencji w rzymskim prawie rzeczowym i obligacyjnym (1979). Z kolei (1987) przedstawił cywilistyczną monografię o dogmatycznych i gospodarczych aspektach czynności prawnych sprzecznych z dobrymi obyczajami w ujęciu porównawczym (Niemcy-Szwajcaria-Austria-Francja), by następnie opublikować obszerną monografię o francuskim prawie prywatnym w XIX wieku (2 wydanie 1995). W innych pracach z prawa rzymskiego sporo uwagi poświęca właśnie gospodarczym i społecznym zagadnieniom w tworzeniu i stosowaniu prawa prywatnego.

Celem książki, określonym przez autora we wstępie (s. VII-X) jest ukazanie sposobu widzenia wybranych kwestii prawnych zarówno od strony samych jurystów rzymskich, jak i współczesnych historyków prawa. Stąd też, co należy od razu zaznaczyć, częste odniesienia autora do obowiązującego prawa oraz doktryny niemieckiej, austriackiej, szwajcarskiej, francuskiej i niekiedy angielskiej. Wybrane obszary to prawo zobowiązań umownych, stosunki własnościowe oraz rzymska rodzina jako wspólnota gospodarczo-społeczna. Na wszystkim ciąży ponadto charakterystyczne dla prawa rzymskiego podejście procesowe. Zagadnieniom procesowym poświęca autor właśnie najwięcej miejsca (rozdz. I-IV); następnie charakteryzuje działalność jurysprudencki rzymskiej (V-VI), wybrane umowy (VII), własność (VIII), prawną strukturę rzymskiej rodziny (IX) oraz na zakończenie uwagi o recepcji prawa rzymskiego (rozdział X). Trzeba od razu stwierdzić, że wymienione części trochę różnią się: np. znakomitym rozważaniem o procesie rzymskim oraz równie interesującym uwagom o rzymskiej rodzinie ustępują nieco rozdziały o tworzeniu się i działaniu rzymskiej jurysprudencki.

„Recht haben und Recht bekommen sind zwei verschiedene Dinge” – tym stwierdzeniem rozpoczyna autor pierwszy rozdział, poświęcony rzymskiemu procesowemu podejściu do prawa. Różni się ono od współczesnego przede wszystkim tym, że prawo rzymskie ujmuje prawo podmiotowe od strony jego procesowej realizacji poprzez *actio*. Współczesne rozróżnienie na pra-

wo materialne i formalne było Rzymianom obce. Co więcej, takie podejście umożliwiało ukształtowanie każdego stosunku prawnego i wynikającego z niego podmiotowego prawa w sposób twórczy, z uwzględnieniem wszystkich okoliczności materialno- i formalnoprawnych, a także aspektów społecznych, w drodze praktyki procesowej i zaangażowania jurysprudencji, a bez konieczności wydawania coraz to nowych, szczegółowych przepisów prawnych, jak to ma miejsce dzisiaj. Decydowały o tym w pierwszym rzędzie same strony, albowiem to powód musiał sam zadbać o stawiennictwo pozwanego oraz przedstawić mu formułkę procesową, zawierającą jego roszczenie. Pozwany mógł wnieść swoje zastrzeżenia i zaproponować swoją formułkę. Tak np. powód wołał skorzystać z prostej *actio in ius*, nie wymagającej szczegółowego ustalania okoliczności faktycznych, podczas gdy pozwany mógł zmierzać do zastosowania *actio in factum*, dającej mu większe możliwości manewru w ustalaniu treści formułki i w postępowaniu dowodowym. Mógł też wnieść zarzut podstępny, pojawiały się repliki, trypliki i inne *multiplicationes*, a wszystko w stadium *in iure*, przed pretorem. Ten dysponował formułkami skarg, zawartymi w swoim edyktie, mógł skargi udzielić lub jej odmówić, nadzorował czynności stron i mógł np. odesłać w ogóle strony, by ustaliły najpierw między sobą treść sporu i stosowną formułkę skargi. Pojawiała się też wówczas możliwość zawarcia ugody. Wynika z tego zarówno wiodąca rola stron w stadium *in iure*, jak i władcza rola pretora. Spełniał on także funkcję prawotwórczą i – jak zauważa autor (s. 16) – bez objaśnienia jego wpływu na kształtowanie się prawa nie da się w ogóle wyjaśnić żywotności rzymskiego prawa prywatnego. Na konkretnych przykładach, dotyczących *lex Aquilia* oraz bezpośredniego i pośredniego przyczynienia się do wyrządzenia szkody (s. 18-27), skarg do ochrony własności (s. 28-36) oraz ochrony małoletnich przed pokrzywdzeniem (s. 36-44), pokazuje autor pretorskie możliwości wprowadzania nowych skarg (analogicznych), dla ochrony uprawnień dotychczas nią nie objętych czy udzielania ochrony procesowej cudzoziemcom, którzy chcieliby dochodzić swoich roszczeń wobec obywateli rzymskich. Podobnie ilustruje znaczenie zarzutu podstępny (*exceptio doli*), stosowanego też w postaci *replatio* czy *triplicatio doli* np. przy rozliczaniu nakładów na rzecz poniesionych przez posiadacza pozwanego skargą windykacyjną, czy wreszcie ukazuje ochronę małoletnich, realizowaną poprzez pretorskie środki procesowe (odmówienie skargi – *denegatio actionis*, ekscepcje) lub pozaprocessowe (*restitutio in integrum*). Niezależnie od skutków procesowych umożliwiały one małoletnim udział w obrocie prawnym-majątkowym z interwencją prawną tylko w razie pokrzywdzenia. W rezultacie swych działań, bądź legitymizujących ustalenia stron (poprzez udzielenie skargi i wyznaczenie sędziego) bądź poprzez inne stosowane środki procesowe i pozaprocessowe, pretor kształtował prawo stosownie do potrzeb, wynikających ze społecznych i gospodarczych przemian i był rzeczywiście owym „żywym głosem prawa cywilnego” – *viva vox iuris civilis* (Marcian D. 1,1,8), wspierającym je w tym co słuszne, uzupełniającym o to, co społecznie i gospodarczo potrzebne lub korygującym poprzez usunięcie norm już przestarzałych i hamujących rozwój.

Na tym tle ujawniają się dodatkowo role jurystów i sędziego. W sytuacji, gdy ciężar ustalenia okoliczności faktycznych i prawnych, pozwalających na uzyskanie formułki procesowej, spadał na strony, pomoc prawnika stawała się konieczna, ponieważ sama strona mogła łatwo pogubić się w prawno-procesowych niuansach na swoją szkodę. Tu widzi autor (s. 12) pole dla ostrzeżenia przez rzymskich jurystów swojej precyzji dogmatycznej. Dodać trzeba, że także pretor korzystał nieraz z pomocy jurystów przed podjęciem decyzji. Z kolei takie ukształtowanie procesu tłumaczy w sumie słabą pozycję sędziów rzymskich. Najważniejsze kwestie prawne rozstrzygały się już w pierwszej fazie procesu (*in iure*), przy układaniu formułki. W drugiej fazie (*apud iudicem*) rola sędziego mogła sprowadzać się do prostego zasądzenia zgodnie z treścią formułki lub oddalenia powództwa. Pola manewru sędziego w zasadzie nie miał.

Rozdział trzeci poświęcony jest interesującym i równie zajmującym przedstawionym zagadnieniom samopomocy i przemocy w realizacji prawa. Zwraca autor uwagę, że przemoc towarzyszyła realizacji prawa od jego początków. Tak np. ustawa XII tablic pozwalała na doprowadzenie siłą pozwanego przed pretora; podobnie stosowano siłę przy osobistej egzekucji wyroku (*manus iniectio*). Dozwolone było zabicie nocnego złodzieja, stosowanie przez pana przemocy i ka-

ry śmierci wobec niewolników, obrona konieczna uzasadniana była przez *naturalis ratio*. Sam proces cywilny ujmowany był w swej pierwotnej postaci jako odzwierciedlenie pojedynku. Ochronę przed aktami przemocy wprowadził pretor poprzez swoje interdykty, zabraniające stosowania siły w rozwiązywaniu sporów (*vim fieri veto*). Wydawane były one w interesie publicznym oraz w sprawach posesoryjnych. Z kolei, rozporządzenie cesarza Marka Aureliusza (tzw. *decretum divi Marci*), zakazało samowolnego ściągania długów i egzekucji na własną rękę.

Wskazane okoliczności, ukazane na tle prawnych regulacji egzekucji wyroku, dają autorowi podstawę do stwierdzeń o rozpowszechnionej jednak w Rzymie praktyce stosowania pomocy własnej lub zagrożeniu jej zastosowaniem w rozwiązywaniu różnorodnych prywatnych konfliktów prawnych. Tu ujawnia się też, jego zdaniem (s. 62), praktyczne i społeczne znaczenie rozmaitych zależności osobistych i układów (np. stosunki klienteli czy powiązania rodzinne), pozwalających na przeprowadzenie lub uniknięcie egzekucji należności drogą nacisków i przemocy.

Rozdział IV, charakteryzujący rozwój historyczny, strukturę i przemiany procesu rzymskiego od ustawy XII tablic do postępowania kognicyjnego, kończy „część procesową” omawianej książki. Jej przewaga wyraża się już rozmiarami objętościowymi: rozdziały poświęcone problematyce procesowej obejmują łącznie 86 stron, a więc 40% całości. Ale trzeba też przyznać, że ta część zawiera przekrojowe, zarazem gruntowne, zajmujące i niekiedy wręcz błyskotliwe ujęcie procesowych aspektów prawa rzymskiego, bez których, jak już wspomniano za autorem, nie da się zrozumieć nie tylko tworzenia i stosowania prawa prywatnego, lecz całego fenomenu prawa rzymskiego.

Dwa następne rozdziały wprowadzają w świat jurystów rzymskich. Słusznie wskazuje autor na daremność prób znalezienia jednoznacznej odpowiedzi na pytanie, dlaczego właśnie Rzym – i tylko Rzym – wytworzył profesję prawniczą i jurysprudencję. Akcentuje natomiast początkowe związki religii i prawa, nie tylko poprzez warstwę kapłańską, z której wywodzili się pierwsi juryści, ale także przez analogiczny sposób uprawiania swej działalności. W świadomości Rzymian, zauważa Bürge (s. 87-90) działalność prawna była uprawianiem takich samych rytuałów, jak w sprawach religijnych: sztywne formuły procesowe (tak jak sakralne), rytuały formalistycznych czynności prawnych, kalendarz dni procesowych i nieprocesowych, *responsa* ogłaszane jak wyrocznie. Wyzwolenie się od zależności od bogów i dojście do przekonania, że stosunki międzyludzkie można określić racjonalnie, w emancypacji od religii, stało się decydującym momentem w tworzeniu jurysprudencji. Pojawiają się też w konsekwencji juryści, którzy zauważają, że do osiągnięcia znaczącej pozycji społecznej nie trzeba konieczne być kapłanem czy nawet należeć do *nobilitas*. Można to osiągnąć poprzez pracę prawniczą. Podobnie było z mówcami, konkurującymi nieco pod koniec republiki z jurystami. Z czasem jurysprudencja osiągnęła swoją autonomię.

Przegląd osiągnięć jurysprudencji rzymskiej i rodzajów prac prawniczych rozpoczyna autor od ironicznego nieco, ale i nie pozbawionego racji stwierdzenia, że dzisiaj wydaje się oczywiste, iż juryści piszą książki prawnicze, które czytane są zresztą przez innych prawników i z reguły przez nich tylko rzeczywiście rozumiane. W Rzymie rozwój metod i prac prawniczych był bardziej powolny, ale systematyczny. W większym też stopniu inspirowany przez praktykę. Osobne miejsce poświęca rozwojowi systematyki prawa, znów zauważając przy tej okazji, że doprowadzona do perfekcji przez pandektystów systematyka prawa prywatnego nadal naraża na bóle głowy każdego, kto i dzisiaj przystępuje do studiowania BGB.

Bogaty treściowo rozdział VII wprowadza czytelnika w świat zobowiązań kontraktowych. Ukazane są one od kilku stron: jednostronność i formalizm na przykładzie werbalnej stipulacji, swoboda i węzeł obligacyjny w pożyczce jako wzorzec kontraktów realnych, swoboda formy i związanie moralne w konsensualnym kontrakcie zlecenia, wreszcie kontrakty synallagmatyczne na przykładzie najmu usług (pracy). Wszystkie one dają autorowi sposobność do wykazania cech charakterystycznych poszczególnych grup kontraktów (werbalnych, realnych i konsensualnych), a także do poczynienia uwag o ich społecznym i gospodarczym znaczeniu. Tak np. przy stipulacji jako przyrzeczeniu powraca on do sakralnych aspektów prawa (przysięga przy składa-

niu ofiary), by następnie ukazać ją jako strukturę o wielorakim zastosowaniu praktycznym. Zwraca też uwagę na zasadę *ambiguitas contra stipulatorem* – dwuznaczność sformułowań w umowie działa przeciwko temu, kto jej użył, w której upatruje podstawę dzisiejszego rozumienia zobowiązań kontraktowych oraz współczesnej ochrony praw konsumenta.

Przy pożyczce podkreśla autor zastosowania *condictio* – rzymskiej skargi o zwrot wypłaconej sumy pieniędzy, stosowanej w różnych sytuacjach (o zwrot bezpodstawnego wzbogacenia, o zapłatę odsetek czy właśnie o zwrot sumy pożyczonej). W rezultacie samo przyrzeczenie udzielenia pożyczki jeszcze nie zobowiązywało, lecz dopiero z momentem rzeczywistej wypłaty pieniędzy, konkretyzując się dopiero w formule procesowej. Stało się to podstawą do wyróżnienia znanych i dzisiaj kontraktów (czynności prawnych) realnych.

Kontrakt zlecenia (*mandatum*) to z kolei typowy przykład zobowiązania konsensualnego, swobodnego w formie, lecz o wyraźnych powiązaniach społecznych i moralnych. Podstawami zlecenia były u Rzymian zarówno obowiązek (*officium*), jak i więzy przyjaźni (*amicitia*), wybierające również postać szczególnego zaufania (*fides*), zwanej też przez jurystów *religio mandati*. Sprzeniewierzenie się tym powinnościom i w rezultacie zasądzenie z mandatu powodowało infamię, wykluczenie z urzędów i społeczną izolację. Inna sprawa, że różnica między grzesznościowym (nieodpłatnym) zleceniem a odpłatnymi usługami była niekiedy mało wyraźna, a powiązania między stronami niejawne i delikatne (tak np. Cyceron otrzymał od P. Sulli, którego bronił przyjacielsko w procesie, nieoprocentowaną pożyczkę na budowę domu). Odpłatne usługi nie licowały z godnością obywatela rzymskiego; w koniecznych przypadkach szukano wyjścia poprzez określenie wynagrodzenia jako *honorarium* czyli swojego rodzaju „darowiznę z wdzięczności”.

O ile kontrakt zlecenia pozwala odkryć powiązania społeczne, to najem usług (*locatio conductio operarum*) ujawnia stosunki pracy najemnej w starożytnym Rzymie. Praca taka wykonywana była najczęściej przez niewolników, wśród których znajdowali się i tacy, którzy żyli i pracowali samodzielnie. Większość pracowała jednak na rachunek swoich właścicieli, osiągających z nich w ten sposób korzyści majątkowe. Kontrakt najmu usług jest więc refleksem problematyki niewolniczej (wykorzystania gospodarczego niewolników oraz ich samodzielności gospodarczej i prawnej). Mniejsze znaczenie społeczne i gospodarcze miały usługi osób wolnych, chociaż nie brakowało i tu drobnych rzemieślników i wytwórców, utrzymujących się z własnej pracy.

W krótkim rozdziale VIII (s. 151-160) zawarł autor spostrzeżenia na temat pojęcia i treści własności, kształtowanej poprzez jej ograniczenia, wynikające z prawa publicznego, praw sędzijskich czy ograniczonych praw rzeczowych. Stąd też tytułowe ujęcie rozdziału: rozwój i granice własności w świetle *actio negatoria*. Najobszerniejszym natomiast rozdziałem jest kolejny (IX), poświęcony prawnym aspektom rzymskiej *familia* (s. 161-203).

Wśród objętych nim zagadnień na czoło wysuwa się dyskusyjna od dawna kwestia charakteru prawnego małżeństwa rzymskiego. W podręcznikach małżeństwo określane jest na ogół jako faktyczny związek o znaczeniu społecznym i prawnym, ale nie jako związek czy stosunek prawny. Tej dominującej opinii autor sprzeciwia się, podnosząc liczne źródłowe argumenty na rzecz małżeństwa jako stosunku prawnego. Podkreśla w szczególności znaczenie oświadczeń woli dla zawarcia (i rozwiązania) małżeństwa, nadających temu związkowi charakter prawnie wiążącej umowy. Zauważa też, że juryści rzymscy traktują małżeństwo jako instytucję określoną przez obyczaje i prawo (*moribus legibusque* – Ulpianus D. 24, 1, 3,1) czy związek oparty na prawie boskim i ludzkim (*divini et humani iuris communicatio* – Modestinus D. 23,2,1). Istnieje ponadto pojęcie *matrimonium iustum*, a więc małżeństwa zgodnego z wymaganiami obowiązującego prawa. Wszystkie te argumenty były już podnoszone, chociaż może mniej dobitnie, niż czyni to autor, zdecydowanie oparty na pojęciem małżeństwa w prawie rzymskim jako stosunku prawnego. Można by dodać dalsze okoliczności za i przeciw takiemu ujęciu, ale też wydaje się, że wyraźniej należałoby rozróżnić samo zawarcie i rozwiązanie małżeństwa od jego pojęcia jako prawnej czy społeczno-prawnej instytucji. O ile niewątpliwe wydaje się ujęcie małżeństwa jako instytucji prawnej, to powstaje ono jednak przez nieformalny konsens (*consensus facit nup-*

tias – Ulpianus D. 50,17,30). Ten właśnie wyraźny w prawie rzymskim brak prawnej formy zawarcia małżeństwa najwidoczniej różni rzymskie małżeństwo od współczesnego. Dotyczy to także formy jego rozwiązania.

Obok zagadnień małżeńskiego prawa majątkowego (s. 167-171) sporo uwagi poświęca autor majątkowej organizacji rodziny rzymskiej, zwłaszcza w aspekcie sytuacji osób podległych władzy *pater familias*, tj. synów, córek i niewolników. Najczęściej korzystali bowiem Rzymianie z czynności swoich podwładnych, osiągając w ten sposób korzyści majątkowe dla siebie i rodziny. Stosowne jest zauważenie przez Bürge także miejsca córek (*filiae familias*) w życiu gospodarczym rzymskiej rodziny, na ogół w tym obrazie pomijanych. Powracają tu aspekty procesowe, ponieważ edykt pretorski zapewniał ochronę wszystkim, którzy chcieli wystąpić z roszczeniami wobec dzierżycieli władzy z powodu czynności zawartych z osobami jemu podległymi. Miały one na ogół albo upoważnienie (*iussum*) swojego *pater familias* albo dysponowały wydzielonym przez niego majątkiem (*peculium*). Pojawia się też problematyka zobowiązań naturalnych.

Osobne miejsce zajmuje kwestia pozycji niewolnika w rzymskiej *familia* (s. 192-203), a zwłaszcza w jej życiu gospodarczym, a w konsekwencji pytanie w ogóle o społeczną i gospodarczą rolę niewolników. Chodzi przy tym o tych niewolników, którzy pełnili gospodarcze funkcje, np. zarządców czy buchalterów, obeznanych z handlem i obrotem pieniężnym. Interesujące jest tu przypomnienie, że rzymskie *peculium* potraktowane zostało w późniejszej dogmatyce jako wzór spółki akcyjnej (Ernst I. Bekker, 1861 r.) czy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, ponieważ właściciel (*pater familias*) ponosił odpowiedzialność tylko za skutki czynności dokonanych przez niewolnika czy *filius familias* w ramach *peculium* i do jego wysokości. W większości jednak były to, może poza majątkami ziemskimi, drobne przedsiębiorstwa, sklepy czy zakłady usługowe. Zdaniem Bürge należy więc odejść od porównań ze spółkami kapitałowymi, a spojrzeć od strony struktury rzymskiej rodziny. Ujawnia się wtedy kompleksowa, zróżnicowana personalnie i zorientowana całkowicie na osobę dzierżyciela władzy organizacja, której majątek był pod jego stałą kontrolą, podobnie jak podlegające mu osoby.

Ciekawe jest przy tym, co zauważa autor, że juryści zachowują daleko idącą powściągliwość i poruszają się jedynie w kręgu problemów indywidualnych bez szerszej perspektywy co do całościowej sytuacji prawnej osób podległych władzy czy ogólnej oceny stanu niewolników. Zajmując się rozstrzygnięciem pojedynczych przypadków dążą jednak do wypracowania rozwiązań pozwalających na uniknięcie konfliktów w stosunkach majątkowych w obrębie szeroko rozumianej rodziny. Taka struktura rzymskiej rodziny z włączeniem do niej niewolników, spełniających w niej określone funkcje społeczne i gospodarcze, pozwalała w rezultacie, zdaniem autora, na uniknięcie większych konfliktów społecznych. W ciągu 700 lat rzymskiej stabilizacji, konkluduje, było ich w każdym razie naprawdę niewiele w porównaniu choćby z ostatnimi 700 latami historii europejskiej.

Zwięzły rozdział o prawie rzymskim widzianym przez pryzmat jego recepcji (s. 204-214) zamyka tę interesującą i bogatą w treści książkę. Zawiera ona wprawdzie zagadnienia wybrane, ale odznacza się wielością spostrzeżeń, ujawnianiem subtelności rzymskiej myśli prawnej oraz wieloaspektowością ujęcia przedstawionych kwestii. Jeśli nawet niektóre tezy mogą być kontrowersyjne, to zmuszają przez to do nowego, świeżego spojrzenia na dotychczasowe ustalenia i poglądy. Dodać trzeba do tego obszerną dokumentację źródłową, także z tekstów literackich oraz starannie dobraną literaturę z uwzględnieniem dyskusji naukowych. Książkę Alfonsa Bürge można i trzeba polecić zarówno wszystkim historykom prawa, jak i historykom starożytności, filologom klasycznym i osobom zainteresowanym prawem i kulturą antyczną. Niewątpliwie skorzystaliby na jej lekturze również prawnicy zajmujący się współczesną dogmatyką prawa prywatnego.