

JAN BASZKIEWICZ (Warszawa), ANDRZEJ WÓJTOWICZ (Katowice)

Z zagadnień ideologii ustawodawczej wieków średnich*

Wybieramy jedynie dwa zagadnienia z rozległego, a nieźle już w nauce opracowanego tematu ideologii ustawodawczej średniowiecza. Po pierwsze, rozwój późnośredniowiecznych wyobrażeń o możliwości ludzkiej ingerencji w sferę prawa i o potrzebie prawa stanowionego, po drugie — ewolucję mniemań o wartości prawa stanowionego, torujących sobie drogę wśród tradycjonalizmu pojęć prawnych i praktycznej przewagi prawa zwyczajowego.

1. Upadek aktywności ustawodawczej władz i, szerzej, roli pisma w sferze tworzenia oraz stosowania prawa nie dopełnił się w wiekach średnich ani tak szybko, ani tak powszechnie, jak się niekiedy przypuszcza. Aktywność ustawodawcza państwa i kościoła w Bizancjum była imponująca: jej pochodną był, jak wiadomo, najstarszy pomnik prawa u Słowian, *Zakon sudnyj ljudem*¹. Ale i na Zachodzie od VI do IX w. prawna twórczość monarchów w państwach tzw. syntezy rzymsko-barbarzyńskiej jest różnorodna i bogata. Kapitularz generalny Karola Wielkiego z r. 802 mógł formułować ambitny postulat, by kultura pisma stała się fundamentem praktyki prawniczej². Dopiero od schyłku IX w. sfera, regulowana wyłącznie prawem zwyczajowym rozszerzyła się niepomniernie, nurt prac ustawodawczych uległ zahamowaniu, a rola pisma ogromnie osłabła w obrocie prawnym, jak zresztą w całej komunikacji międzyludzkiej³.

* Jest to pełny tekst referatu, przedstawionego na konferencji historyków prawa w Kołobrzegu 7 września 1972 r.

¹ Dobrze przedstawienie spornych problemów tego zabytku: V. Prochazka, *Le Zakon sudnyj ljud'm et la Grande Moravie*, *Byzantinoslavica* XXVIII, 1967, s. 359 i n.

² *Ut iudices secundum scriptam legem iuste iudicent, non secundum arbitrium suum*, *Neuf capitulaires de Charlemagne*, ed. Ch. de Clercq, Milano 1968, s. 48.

³ Rozważania, zawarte w rozdziale „Les fondements du droit” klasycznej syntezy Marka Blocha (*La société féodale*, Paris 1968 s. 165 i n.) ciągle zachowują pierwszorzędą wartość dla zrozumienia zjawiska, określonego tu mianem *l'empire de la coutume*.

Przewagę prawa zwyczajowego w tym okresie — a miał on trwać aż do XII i XIII w. — rozważać należy na tle różnorodnych zjawisk, które ją determinowały. Były to zjawiska ze sfery społecznej i politycznej. Nie mógł sprzyjać żywшему tętну ustawodawstwa wolny rytm przemian społecznych i zacieśniony krąg zainteresowań oraz aktywności władzy państwowej, niebywale przy tym rozproszkowanej. Prawo sądenia stało się funkcją ogólnej władzy administracyjno-wojskowej: w rezultacie nastąpiło zanikanie zawodu prawnika i ogólne obniżenie się kultury prawnej. Wyjątki od tego (wysoka kultura prawna w Bizancjum, studia nad prawem longobardzkim w szkole pawijskiej, fachowi interpretatorzy prawa w Skandynawii, tzw. lagmanowie) potwierdzają jedynie ogólną regułę. Ale zanikowi roli prawa stanowionego sprzyjały także zjawiska ze sfery ludzkiej mentalności. Panowanie ludzi nad otaczającą ich rzeczywistością było wszak niepewne i chwiejne: wymykała się ona nawet ludziom z klasy rządzącej. Toteż brak było i przekonania o potrzebie, a nawet możliwości świadomej i nieustannej ingerencji ludzkiej w procesy społeczne.

W dość rozpowszechnionej świadomości ówczesnej — przeszłość panuje nad terażniejszością: to, co było, legitemuje swe prawo do istnienia teraz i w przyszłości. W przekładzie na język prawniczy oznacza to, iż ludzie nie tworzą prawa, ale je realizują: dawność reguł postępowania stanowi o ich wartości. Prawo *haben von aldere* — — *gebracht unsere gute vore varen*, by użyć formuły Zwierciadła saskiego⁴. Problem *mala consuetudo* jest oczywiście znany i rozważany, ale dla ludzi świeckich — inaczej niż dla kościoła — to głównie problem zwyczajów nowych, deformujących stare i dobre. Ale co jest rzeczywiście stare, a co nowe — to problem nie zawsze jasny; z niedokładności pojęć o czasie i sposobów jego mierzenia wynikała chwiejność wyobrażeń na temat dawności reguł zwyczajowych. Korzystne to było dla klasy rządzącej, która poprzez działania swego aparatu władzy (przede wszystkim zaś poprzez wyroki sądowe) sankcjonowała korzystne dla niej zwyczaje, również takie, które wywodzono z wymuszeń i nielicznych precedensów. W efekcie system, odwołujący się do dawności i niezmienności dobrych zwyczajów był w większości przypadków nader elastyczny: *changea très vite et très profondément, en croyant durer*⁵.

Nie należy wreszcie pomijać przeszkód technicznych, stających przed postępem ustawodawstwa i kultury pisma w sferze tworzenia oraz stosowania prawa. Przy oralności całej niemal kultury laickiej (a kler oddzielał się właśnie coraz wyraźniej od ludzi świeckich, także w sferze prawnej) — powiększał się nieustannie rozziw między potocznym obro-

⁴ Sachsenspiegel, praef, rythm., vv. 152-153. Do całości zagadnienia por. np. H. Krause, *Dauer und Vergänglichkeit im mittelalterlichen Recht*, ZSS, GA, LXXV, 1958, s. 206 i n., tam też dalsza literatura.

⁵ M. Bloch, *La société féodale*, ed. cit., s. 172.

tem prawnym a próbami jego zapisu, z reguły łacińskiego. Teksty dawnych zbiorów prawa stawały się niezrozumiałym i dość jałowym dziedzictwem przeszłości: dotyczy to nie tylko kompilacji justyniańskich, ale i karolińskich kapitularzy. Co więcej, partykularyzacja kultur prawnych utrudniała dokładne zrozumienie nawet współczesnego prawa sąsiadów lub bardziej rozwiniętego technicznie prawa kanonicznego⁶. Od tego ogólnego obrazu są oczywiście wyjątki. Umiejętnością zapisu dość bogatych treści prawnych w języku prawniczym wyróżnia się anglosaska kultura prawnicza X i XI w., co zresztą zapewni prawu anglosaskiemu przewagę w trudnej koegzystencji z prawem normandzkim po podboju z 1066 r. Innym wyjątkiem jest rozwój prawa ruskiego w państwie kijowskim, które potrafiło znaleźć własny językowy wyraz dla oryginalnych treści prawnych.

Symptomatyczne jest, że we wczesnym średniowieczu *lex* to pojęcie, oznaczające równie dobrze rozstrzygnięcie administracyjne, układ, przywilej, wyrok (*legem facere* często oznacza: sądzić), a nawet nie spisane prawo zwyczajowe⁷. Wyobrażenie o władcy jako *lex viva* (*lex animata*, *nomos empsychos*), przejęte z myśli antycznej poprzez prawo justyniańskie⁸ także wykładano nieraz w duchu, zgodnym z tradycjonalizmem prawnym: władca ujawnia tylko i realizuje reguły od niego niezależne, nie jest natomiast panem prawa⁹.

2. Przemiany społeczne od schyłku XI w. (postęp produkcji rolnej, podniesienie się miast, tendencje do wzrostu autorytetu władzy państwowej, jej koncentracji i rozszerzenia sfery jej zainteresowań) przynosiły m. in. postęp wyobrażeń o możliwości twórczego kształtowania rzeczywistości przez ludzkie działanie. Nie trzeba było na ów postęp czekać do czasu odkrycia arystotelizmu; już w XII w. widoczny on był u wiktorynów, nawet tych, którzy skądinąd uwikłani byli mocno we wpływy mistycyzmu¹⁰. Gdy zaś mowa o kształtowaniu rzeczywistości, to zauważmy, iż dotyczy to zarówno rzeczywistości materialnej, jak i sfery wartości niematerialnych. Ustawodawca, przeobrażający prawo przyrównany zostaje do budowniczego, który zmieniał podówczas oblicze ziemi, tworząc nowe

⁶ Klasycznym przykładem są normandzkie prace prawnicze, mające wyjaśnić na użytek zdobywców Anglii sens instytucji prawa anglosaskiego: autor takiego tekstu, jak Prawa Henryka I nie jest w stanie sensu tych instytucji uchwycić, ale także kanony czy kapitularze karolińskie cytuje zupełnie nietrafnie (por. B. Lyon, *A constitutional and legal History of medieval England*, N. York 1960, s. 110).

⁷ Por. np. H. Krause, *Kaiserrecht und Rezeption*, Abhandl. der Heidelberger Akad. d. Wiss., phil.-hist. Heidelberg 1952, s. 25 i n.

⁸ Na temat losów tej koncepcji por. E. H. Kantorowicz, *The King's Two Bodies*, Princeton 1957, s. 126 i n.

⁹ H. Krause, *Kaiserrecht und Rezeption*, s. 38.

¹⁰ Por. J. Chatillon, *La culture de l'école de Saint-Victor au 12^e siècle*, w: *Entretiens sur la renaissance du 12^e siècle*, Paris 1968, s. 147 i n. i dyskusję nad tym tekstem, tamże, s. 161 i n.

miasta i katedry¹¹. Wobec wzrostu społecznej ruchliwości słabnął immobilizm charakterystyczny dla wczesnego średniowiecza, tętno przemian się ożywiało, coraz więcej pojawiało się nowych potrzeb społecznych.

Na tym tle oceniać wypada ponowne okrycie kompilacji justyniańskich, którego znaczenie polega nie tyle na bezpośrednim oddziaływaniu na treść norm prawa, ile na pobudzeniu teoretycznej refleksji nad prawem¹². Prawo stało się przedmiotem badań nauki uniwersyteckiej. Ze skrzyżowania tego intelektualnego awansu prawnoustawstwa i rosnących potrzeb administracyjno-sądowych władzy państwowej, doskonalącej mechanizmy rządzenia — wywodził się renesans zawodu prawnika. Wszystko to stanowi mocne zaplecze żywego ruchu ustawodawczego, w którym od XII i XIII w. uczestniczyli królowie, papieże, książęta, władze miejskie niemal wszędzie w Europie. Ustawodawstwo jest także instrumentem gry politycznej, wynika z aktualnych politycznych potrzeb (np. staje się środkiem walki w sporze z papieżem: wyrażnie to konstatuje Encyklika Fryderyka II z 1245 r.¹³). Ustawodawstwo jako narzędzie bieżącej polityki — to zjawisko, przyczyniające się do odarcia prawa z patyny starości, do nadania mu funkcji instrumentalnej.

Sukcesy ruchu ustawodawczego w XII, XIII i XIV w. były znaczne¹⁴. Należałoby jednak poczynić tu pewne zastrzeżenia. Oto prawo justyniańskie jako model ustawodawstwa było wzorem niedościgłym: nawet najambitniejszy kodeks średniowiecza, sycylijski *Liber Augustalis*, nie jest zborną, organiczną całością¹⁵. Na tle wysokich wymagań, jakie technice ustawodawczej stawali uczeni prawnicy¹⁶, jej niedostatki ujawniają się tym wyraźniej. Otwarty nadto pozostaje problem, czy pogłębiona refleksja nad prawem w gruncie rzeczy nie utrudnia czasem jego przemian: czy przemiany te nie były łatwiejsze, gdy pod panowaniem tradycjonalizmu prawnego nie zastanawiano się tyle nad zmianą norm, jej warunkami i konsekwencjami. Późnośredniowieczni prawnicy i teoretycy polityki dostatecznie jasno rozumieli, że zmienność sytuacji społecznych wymaga wciąż nowych uregulowań prawnych. Ale, niezależnie od apeli o ostrożność przy reformach prawa, wyobrażenia ówczesnych uczonych skupiały się wokół uzupełniania, poprawiania, modyfikowania instytucji i norm. Obce im były koncepcje globalnej, racjonalnej, wielkiej reformy ustroju i prawa.

¹¹ Tomasz z Akwinu, *Kom. do VI Et. Nikom. lect.* 7.

¹² Por. np. W. Ebel, *Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland*, Göttingen 1958, s. 44.

¹³ *Mon. Germ., Constit.*, II nr 263.

¹⁴ Próba podsumowania u S. Gagnera, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, Stockholm—Uppsala—Göteborg 1960, cz. III, s. 288 i n.

¹⁵ Por. np. C. G. Mor, *Federico II legislatore*, *Atti del Convegno Federiciano di Foggia*; *Archivio Storico Pugliese* IV, 1951, s. 31 i n.

¹⁶ A. Wójtowicz, *Model normy stanowionej i niektóre problemy stosowania prawa w doktrynie postglosatorów (XIII i XIV w.)*, *Czasopismo Prawno-Histor.*, XXIII-2, 1971, s. 1 i n.

Trzon instytucji społecznych zdawał się dany raz na zawsze; nie obawiano się wprowadzić, że wymiana każdej belki spowoduje zawalenie się gmachu, ale też nie projektowano gruntownej przebudowy według świadomego zamysłu.

Nie brak w średniowieczu mistycznych i wizjonerskich utopii; ale w dziejach utopii „uczonej”, planującej racjonalną i totalną zmianę ludzkich instytucji — wieki średnie były okresem dość jałowym, w odróżnieniu od antyku i renesansu. I nic w tym dziwnego: w średniowieczu szczególna rola przypadała spontaniczności, empirii, eksperymentowaniu, czasem wręcz po omacku — na niekorzyść planowego działania na wielką skalę. Prawda, że od XII w. możliwości ingerencji państwa w sferę procesów społecznych znacznie wzrosły; jednakże ingerencja ta, gdy ją porównać z poczynaniami państw antycznych, a potem nowożytnych monarchii absolutnych, była nader ograniczona.

Świadomość granic, wyznaczających miarę możliwości państwa, nie opuszczała średniowiecznych teoretyków. Bóg wobec świata spełnia dwa dzieła, powiada Tomasz z Akwinu, tworzy go i rządzi nim. Co się dotyczy natomiast władców w ich państwie — tylko niektórym przypada *institutio civitatis (regni)*, wszystkim zaś — *gubernatio*. Ale nawet *institutor civitatis*, fundator ustroju, spełnia w istocie swe zadania z bardzo ograniczonym marginesem swobody¹⁷. Podtrzymywał średniowiecznych uczonych w tym sposobie myślenia wpływ Arystotelesa, mistrza kompromisów i rozwiązań pośrednich. Odnajdowano w jego *Polityce* druzgocącą krytykę doktrynerskich, preracjonalizowanych projektów Faleasa z Chalcedonu i Hippodama z Miletu, a więc zakwestionowanie wiary w możliwość swobodnego przekształcania instytucji przez mądrego ustawodawcę; odnajdowano myśl o nieprzekraczalnych granicach wpływu państwa na stan społeczny¹⁸.

3. Postęp wyobrażeń o konieczności zmian w prawie dotyczy oczywiście nie tylko prawa stanowionego, lecz także zwyczajów. Z natury rzeczy jednak główny akcent padał przy tym na ustawodawstwo: umacniało się przekonanie o potrzebie prawa stanowionego, wciąż doskonałego. Konserwatywną zasadę *semel rectum semper rectum* przełamywano i zmienność prawa uzasadniano w dwóch aspektach. A więc najpierw *ex parte rationis*: stopniowe doskonalenie się rozumu ludzkiego, jego nowe wynalazki, rosnące doświadczenie w ocenie ludzkich działań — muszą skłaniać do stałego ulepszania reguł prawa. A dalej, *propter mutationem conditionem hominum*: w zmieniającym się nieustannie ludzkim świecie prawo nie może być niezmiennie¹⁹. Te filozoficzne refleksje XIII-wiecznych

¹⁷ Tomasz z Akwinu, *De regimine principum*, I, 13.

¹⁸ Arystoteles, *Polityka*, 1266a - 1269a.

¹⁹ Pełny wykład tej koncepcji — u Tomasza z Akwinu, *Summa Teologiczna* Ia IIae, 97, 1 - 2. Do problemu zmienności jako podstawowej cechy doczesnego świata, por. *ibid.* Ia, 10, 1 - 4.

arystotelików dzielali również uczeni prawnicy, którzy w zbiorach justyniańskich (zwłaszcza w Kodeksie i Nowelach) odnajdowali twierdzenia o nowościach, które wciąż tworzy *varia rerum natura*, zmuszając ustawodawcę, by także tworzył wciąż nowe ustawy. *Nova negotia* wymagają, by powstawały *novae leges*, *multae novitates naturae* uzasadniają wielość i zmienność praw itd.²⁰ Uczeni późnego średniowiecza rosnące poczucie realizmu i zmienności świata nasycali elementami relatywizmu, który zresztą znajdował wsparcie i w dawniejszej naukowej tradycji, wskazującej na potrzebę różnych praw dla różnych czasów i klimatów. To tradycja augustyńska, przekazana średniowieczu głównie przez Izydora z Se Willi²¹.

Znamienne dla uczonych XII, XIII i XIV w. było zmaganie się z niejednoznacznością pojęcia Natury. Jedna para pojęć — to *summa Natura*, *Natura naturans* i *varia rerum natura*, *natura naturata*. Druga — to doskonała natura ludzka *in statu perfectionis* oraz grzeszna natura człowieka po jego upadku. Na tym tle rozwijała się dyskusja wokół koniecznej zmienności praw ludzkich (bo muszą się one dopasować do *varia natura rerum*) i wokół koniecznych kompromisów wyższego prawa natury z potrzebami niedoskonałej natury grzesznego człowieka²².

Jeśli jednak zmiany w prawie mają być rezultatem doskonalenia się rozumu ludzkiego, racjonalnej oceny zmiennych ludzkich sytuacji oraz świadomych kompromisów z wymogami ludzkiej natury — to powinny się one dopełniać drogą stanowienia praw przez mądrego ustawodawcę. „Mądrego” tą mądrością praktyczną, która według Dantego cechowała Salomona, model dobrego rządcy²³. Bo prawodawstwo nie jest dla uczonego, myślącego kategoriami arystotelesowskimi, domeną *rationis speculativae*. Potrzebna tu jest *ratio practica* z jej przymiotami: rozważą i sztuką. Rozważa, *prudentia* jako *recta ratio* w działaniu oraz sztuka, *ars*, jako *recta ratio* w tworzeniu różni się od czcigodnej, lecz abstrakcyjnej *scientia*²⁴. Zaletą *prudentiae* oraz *artis* jest to, że są one zaangażowane w to, co użyteczne; cechuje je pragmatyzm, gotowość zmiany, odrzucania tego, co nie odpowiada okolicznościom i przyjmowania nowych rozwiązań, a więc postawa otwarta. I to właśnie potrzebne jest w procesie tworzenia prawa.

²⁰ Tu przede wszystkim głosy prawników XIII i XIV w. do *Proemium Codicis*, § 4, a także do C.I.17.2.18 i do Nov. 7 i 84. Dobrze przedstawienie ważniejszych komentarzy prawnych: G. Post, *Studies in Medieval Legal Thought*, Princeton 1964, s. 554 i n.

²¹ O związku tej tradycji z myślą prawniczą późnego średniowiecza, por. np. *ibid.*, s. 502, 512.

²² Do całości zagadnienia — *ibid.*, s. 497 i n.

²³ Parad. XIII, 91 - 108, por. też E. Gilson, *Dante et la philosophie*, Paris 1953, s. 252 i n.

²⁴ Dobry wykład problemu: T. Gilby, *Principality and Polity*, London 1958, s. 162 i n.

W XIV i XV w. przesuwanie akcentu z intelektu na wolę (Jan Duns Szkot, William Ockham, Gabriel Biel i in.) jeszcze mocniej uzasadni i zmienność praw i rolę ustawodawcy²⁵. Prądy te przenikały i do niektórych orientacji arystotelesowskich: prymat woli, tworzącej prawa (*voluntas* przed *ratio*) uzasadni u Marsyliusza Padewczyka tezę, iż ustawodawstwo ostatecznie nie jest sprawą mądrych ekspertów, ale produktem woli całej zbiorowości²⁶.

Rozsiane gęsto w uczonych tekstach XIII i XIV w. ostrzeżenia przed pochopnymi zmianami prawa²⁷ bynajmniej nie przeczą powszechnej opinii, iż nieustanne doskonalenie i uzupełnianie reguł prawnych jest konieczne. Te przestrogi i te opinie idą ze sobą w parze i uzupełniają się. I nie tyle obawy przed absolutyzmem monarchy skłaniały do krytycznej oceny pochopnych zmian prawa, ile troska o stabilizację, o utrzymanie *vis constrictiva legis*, jako że naruszenie stabilizacji prawnymi innowacjami grozić może poruszeniem wśród ludu²⁸.

Awansowi prawa stanowionego w doktrynie sprzyjała również przejęta od Arystotelesa²⁹ teza, iż prawo powinno regulować możliwie jak największą liczbę ludzkich sytuacji, nie pozostawiając zbytniego marginesu swobody dla arbitralności sędziów i rządców. Teza to przyjmowana dość powszechnie przez filozofów i prawników³⁰. Uzasadniały ją mocne argumenty: łatwiej znaleźć nielicznych mędrców stanowiących prawa niż wielu mądrych sędziów i rządców; ustawodawca działa rozważnie, wsparty doświadczeniem długiego czasu, gdy sędzia musi orzekać o pojedynczych sprawach, które pojawiają się nagle i wymagają szybkiego rozstrzygnięcia; wreszcie ustawodawca działa niejako na zimno, decydując ogólnie i o sprawach przyszłych, podczas gdy sędzia często uwikłany jest w namiętności chwili bieżącej, a jego orzeczenie deformuje przyjaźń, nienawiść czy też chciwość.

Nie bez znaczenia dla owego awansu prawa stanowionego było wreszcie upowszechnianie się — już od XII w. — twierdzeń o potrzebie powszechnej i dokładnej znajomości prawa, a więc także jego klarowności (tak już Bulgarus: *leges ab omnibus sciri debent et intelligi*³¹). W tym związku wspomnieć też należy o postulatach należytej promulgacji prawa. *Leges instituuntur cum promulgantur*, powiadał już Gracjan³². Póź-

²⁵ Por. np. G. Ott, *Recht und Gesetz bei Gabriel Biel*, ZSS, KA, XXXVIII, 1952, s. 251 i n.

²⁶ Por. A. Gewirth, *Marsilius of Padua, the Defender of Peace*, t. I, N. York 1956, s. 60.

²⁷ Klasyczny tekst u Tomasza, *Summa Teolog.* Ia IIae, 97, 2.

²⁸ Por. np. Tomasz, *De regimine Iudaeorum* I.

²⁹ Retoryka 1354. a.

³⁰ Por. A. Wójtowicz, o. c., s. 9 i n.

³¹ H. Kantorowicz, *Studies in the Glossators of the Roman Law*, Cambridge 1938, s. 244.

³² Dictum post Dist. IV, 3. Interpretacja L. De Luca, *L'accettazione popolare*

niej opinia ta się upowszechni, a prawnicy zauważą, iż termin *promulgare* ma zabarwienie „ustawodawcze”: oznacza tyle, co *de novo aliquid edere* (*statuere*)³³. Z dwóch etymologii izydoriańskich terminu *lex* (*lex a ligando*, *lex a legendo*) triumfuje ta, która wywodzi, że *lex a legendo vocata est*³⁴.

4. Problem wartości prawa stanowionego nie sprowadza się jednak tylko do jego walorów w mniejszym czy większym stopniu technicznych, takich jak możliwość tworzenia systemu dla wszystkich przewidywalnych sytuacji ludzkich, jak klarowność, oficjalność stylizacji, a więc i pewność porządku prawnego, jak wreszcie szansa szybkiego reagowania na *varietates naturae et nova negotia*. To także problem miejsca pozytywnego³⁵ prawa stanowionego w hierarchii norm.

Związaną ustawodawcy ludzkiego ponadpozytywnym porządkiem prawnym (prawem bożym, prawem naturalnym) na ogół pozostaje aksjoma-tem, przez doktrynę nie kwestionowanym. Są zresztą od tej reguły wyjątki³⁶. Jednakże nawet tradycyjne twierdzenie, iż nie jest ważne prawo ludzkie (w szczególności stanowione) sprzeczne z porządkiem ponadpozytywnym — coraz częściej stają się doktrynalnym ozdobnikiem, ukłonem w stronę czcigodnej tradycji, w gruncie rzeczy nie respektowanej. Bo i u filozofów i u prawników XIII - XIV w. „konkretyzowanie” reguł wyższego prawa w systemie norm pozytywnych bynajmniej nie wyklucza rozmijania się tych drugich z tymi pierwszymi. Uzasadnieniem takich sprzeczności są nader niewyszukane sofizmaty uczonych prawników³⁷.

Jednocześnie doktryna rozszerza stopniowo sferę pełnej swobody ludzkiego prawodawcy, tj. krąg spraw, wyjętych spod wpływu „wyższego” prawa. W tej sferze czyny ludzkie są *bona quia praecepta et mala quia prohibita*, nie zaś *praecepta quia bona et prohibita quia mala*. Sfera to rozległa już u Tomasza z Akwinu, rozszerza się u woluntarysty Ockhama.

della legge canonica nel pensiero di Graziano e dei suoi interpreti, *Studia Gratiana* III, 193 i n., iż nie chodzi tu w istocie o *aspetto formale della legge* — nie przekonuje.

³³ Por. S. Gagner, o. c., s. 274 i n.

³⁴ Por. Etymologie XI, 10, *Summa Theologiae* Ia IIae 90, 4.

³⁵ Do historii pojęcia prawa pozytywnego por. S. Kuttner, *Sur les origines du terme "droit positif"*, *Revue histor. de droit franç. et étr.*, 1936, s. 728 i n.; do znaczenia tego pojęcia por. S. Gagner, o. c., s. 219 i n.

³⁶ Klasycznym przykładem jest teoria Marsyliusza Padewczyka, por. *Defensor pacis* II. 12. 7 (prawo natury jako szczególny zespół norm prawa pozytywnego) i II. 9. 3 (prawo boże jako doktryna moralna, a nie prawo).

³⁷ Największe wzięcie miała przy tym nieskomplikowana formuła *abrogare* — *derogare* (nie wolno *in toto abrogare* wyższego prawa, wolno *in aliquo derogare*). znana już glosatorom (por. gl. *Ius civile*, D. I. 1. 6), ale także klauzula *causa subsistente* (a więc nie wolno tylko stanowić praw *contra ius naturale sine causa*). A oto kilka przykładów: Odofredus, D. I. 5. 4; D. I. 1. 11; Joannes Faber, I. I. 2. 11; Cynus, C. I. 19. 7; Łukasz z Penny, C. XI. 15. 1.

a sferą dominującą, obejmującą całość spraw doczesnych staje się u Marsyliusza Padewczyka ³⁸.

Także w relacji *lex — consuetudo* teoretyczna równorzędność tych dwóch norm jest fasadą, za którą ukrywa się w doktrynie prawniczej przewaga prawa stanowionego. Bo powszechnie przyjmowany jest przecież pogląd, iż ustawa *expressis verbis* może wykluczyć kształtowanie się sprzecznego z nią zwyczaju; bo zwyczaj tylko powoli tworzy nową normę *contra legem* (jeśli ustawa mu tego nie zabrania), a ustawa od razu, niejako za jednym zamachem może znieść sprzeczne z nią zwyczaje ³⁹. Taka koncepcja — niezależnie od wszelkich przejawów respektu dla zwyczaju — służy rozszerzeniu i umocnieniu swobody ustawodawcy.

Swobody tej nie ogranicza również — wbrew pojawiającym się niekiedy w nauce interpretacjom — teza o władcy podległym prawu (*rex sub lege, lex supra regem*) bądź związanym prawami (*princeps legibus alligatus*, z nawiązaniem do justyniańskiej *lex Digna Vox*, C. I. 14. 4). Była to teza rozpowszechniona w średniowieczu i mająca długą historię ⁴⁰, nie pozbawiona związków z antycznym jeszcze ⁴¹ rozróżnieniem dobrego władcy, który szanuje prawa i tyrana, który je łamie. Średniowieczni filozofowie i prawnicy z dużą jednomyślnością podkreślali przy tym, iż związanie władcy prawem ma charakter moralny: nie ma żadnej sankcji doczesnej tego związania, władca poddaje się porządkowi prawnemu dobrowolnie, z poczucia obowiązku moralnego, a nie z prawnej konieczności ⁴². Co jednak ważniejsze, nie chodzi w tej dyskusji wcale o związa-

³⁸ Do koncepcji Tomasza z Akwinu: T. Gilby, o. c., s. 145 i n., 170 i n.; William Ockham: G. de Lagarde, *La naissance de l'esprit laïque*, t. VI, W. Ockham, *La morale et le droit*, Paris 1946; Marsyliusz Padewczyk; A. Gewirth, o. c., s. 138 i n.

³⁹ Dla średniowiecznych dyskusji wokół mocy zwyczaju *contra legem* oraz znoszenia zwyczajów przez ustawę por. S. Brie, *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht*, Wrocław 1899. Ta stara praca zachowuje wciąż wartość materiałową i interpretacyjną.

⁴⁰ Por. np. F. Schulz, *Bracton on Kingship*, English Historical Review, LX, 1945, s. 156 i n. (tu zarys dziejów koncepcji *rex sub lege*); por. też E. H. Kantorowicz, *The King's Two Bodies*, s. 104 i n.; M. David, *La souveraineté et les limites juridiques du pouvoir monarchique du IX^e au XV^e siècle*, Paris 1954, s. 246 i n.

⁴¹ To tradycja sokratyczna, por. Ksenofont, *Memorabilia* IV, 6, 12.

⁴² U Bractona *leges suum ligant latorem*, ale złego (łamiącego prawo) monarchę można tylko prosić, aby zmienił swe postępowanie (*locus erit supplicationi ut factum suum corrigat*), a sankcja złych rządów jest poza doczesnością (*sufficiat ei pro poena quod Deum expectet ultorem*), szczegółowo o tym Fr. Schulz, o. c., s. 138 i n. Według Tomasza z Akwinu władca powinien się poddać prawom: *voluntarius, non coactus* (*Summa Teol.*, Ia IIae, 96, 5). Podobnie prawnicy XIII-XIV w. A więc Odofredus (*princeps legibus sit solutus: tamen equum est ut ipse legem observet*, D. I. 2. 31, por. też C. I. 14. 4), Butrigarius (*princeps se voluntarie subiicit legibus: quia hoc dignum est*, C. I. 14. 4), Cynus (*est solutus legibus de necessitate, tamen*

nie prawem jako czynnik ograniczający swobodę ustawodawczą władcy⁴³. Chodzi o coś innego, a mianowicie o to, że władca związany jest prawem (także tym, które sam wydał) w swej praktyce rządzenia. Ustawa (ale też zwyczaj) jest normą ogólną, szczegółowe akty władcze i dyspozycje króla powinny być zgodne z taką ogólną regułą. Oczywiście, władca może zmienić ustawę i ustanowić nową, zgodną z nowymi potrzebami, ale dopóki tego nie uczyni — powinien respektować swe decyzje o charakterze generalnym, a więc swe ustawy, podobnie jak ustawy poprzedników i normy zwyczajowe. Taki sens koncepcji *princeps legibus alligatus* jest, jak się zdaje, w pełni uzasadniony realiami politycznymi epoki, gdy despotyzm w codziennej praktyce rządzenia był znacznie większym niebezpieczeństwem od absolutyzmu ustawodawczego, któremu sama rzeczywistość stawiała dostatecznie silny opór.

5. Na pytanie o nosiciela władzy prawodawczej średniowiecze znało odpowiedź, iż ustawodawcą może być cała zbiorowość, *populus*, ale także — i przede wszystkim — *princeps*, monarcha, a więc cesarz i zównani z nim przez doktrynę inni suwerenni władcy.

Co się tyczy władzy ustawodawczej ludu, to w późniejszym średniowieczu dominuje⁴⁴ pogląd, iż na podstawie *lex regia*⁴⁵ — *populus* przełał ją na monarchę, nic nie zostawiając dla siebie. Filozoficzne uzasadnienie wartości i potrzeby ustawodawstwa ludowego, i to w skali powszechnej (jako podstawy prawidłowego systemu politycznego), było w doktrynie zjawiskiem wyjątkowym (Marsyliusz Padewczyk), aczkolwiek bynajmniej nie pozbawionym zaplecza w różnych zjawiskach społecznych oraz nurtach ideowych późnego średniowiecza⁴⁶.

Przyznawana powszechnie ludowi moc kreowania prawnie wiążących zwyczajów stanowiła bez wątpienia moc prawotwórczą, odróżnianą przecież jednak od władzy ustawodawczej (*ius condendi leges*). Niemniej na-

de honestate ipse vult ligari legibus, C. I. 14. 4); podobnie Bartolus (Inst. I. 2. 9; C. I. 14. 4), Baldus (C. I. 14. 4) i inni.

⁴³ Dwa przykłady. U Tomasza z Akwinu w związku z dyskusją nad poddaniem władcy prawom (I. c.) wyraźne podkreślenie, iż władca *si expediens fuerit, potest legem mutare, et in ea dispensare, pro loco et tempore*. Wśród prawników, w tym samym związku, Alberik de Rosate (D. I. 3. 31) podkreśla, że choć władca powinien szczególnie gorliwie przestrzegać praw (dla dobrego przykładu), to jednak nie jest on w istocie *sub lege* lecz *in lege*, jako że prawo tworzy, zmienia i wyklada. Podobnie wielu innych.

⁴⁴ Nie oznacza to, że sprawa jest zupełnie bezsporna. Dyskusje glosatorskie w tej materii były b. ożywione (por. A. J. Carlyle, *The Theory of the Source of Political Authority, in the Mediaeval Civilian to the Time of Accursius*, Mélanges Fitting, t. I, Montpellier 1907, s. 183 nn), ale i potem możliwości rozmaitej interpretacji *lex regia* otwierały drogę różnym wnioskom politycznym, por. E. H. Kantorowicz, *The King's Two Bodies*, s. 103.

⁴⁵ D. I. 4. 1. 1; C. I. 17. 1. 7.

⁴⁶ Wydobył te związki, m. in. z nauką prawa, już G. de Lagarde, *Marsile de Padoue ou le premier théoricien de l'Etat laïque*, II wyd., Paris 1948.

silanie się prądów woluntarystycznych i orientacji „pozytywizujących” normy prawne — o czym wyżej była mowa — sprzyjało przerzucaniu mostu pomiędzy prawem tworzenia zwyczajów i prawem stanowienia ustaw. W teorii prawa zwyczajowego akcent przesunął się z pojęcia *boni usus et mores* na *consensus* (sc. *tacitus*) *populi* (czasem pisano o *conventio populi*⁴⁷) jako na podstawową i bezpośrednią *causa consuetudinis*⁴⁸. W tej sytuacji inne wymogi, tradycyjnie formułowane pod adresem *usus et mores* i nadając im walor norm prawnych (*longaevitas, frequentia actuum*) — to tylko potwierdzenie, iż istotnie mamy do czynienia z *consensus populi*. A dalej, *consensus tacitus* i *consensus expressus* uznano za równoważne (*sunt paris potentiae*)⁴⁹; różnice między nimi upatrywano jedynie w formalnym sposobie wyrażenia (*penes modum et formam*⁵⁰), a nie w istocie i mocy prawnej. Jeśli tak, to właściwie nie ma racji, aby odmawiać ludowi prawa tworzenia ustaw, tzn. kreowania norm *consensu expresso*, skoro konsens ten niczym istotnym nie różni się od konsensu milczącego. Tu jednak pojawiał się warunek: dotyczy to ludu, który swej władzy nie scedował jednostce (*populus liber*). Będzie to więc *libera multitudo* Tomasza z Akwinu⁵¹, *populus sibi princeps, populus habens omnem iurisdictionem* postglosatorów⁵².

Przyznanie takim zbiorowościom (w praktyce — komunom włoskim) prawa stanowienia ustaw otwiera drogę dla teorii ustawodawstwa przez organy reprezentacyjne. Już wcześniej, w doktrynie glosatorskiej, reprezentacja ludu (tj. praktycznie rada miejska) odgrywa doniosłą rolę w ujawnieniu milczącego *consensus populi*, tworzącego prawo zwyczajowe⁵³. Teraz reprezentacja ma *explicite* wyrażać *consensus populi* jako prawny fundament norm stanowionych (statutów)⁵⁴.

Przedstawiono to w praktyce prawniczej w taki sposób, że zgroma-

⁴⁷ Por. np. Bartolus, D. I, 3. 33.

⁴⁸ Tenże, D. I. 3. 23: *Usus et mores sunt causa consuetudinis: dico causa remota, nam proxima causa est tacitus consensus populi qui colligitur ex usu et moribus*. Podobnie w wielu innych miejscach, podobnie też inni prawnicy.

⁴⁹ Bartolus, D. I. 4. 1.

⁵⁰ Tak Baldus, C. VIII. 52. 2.

⁵¹ Summa Teol. Ia IIae 97, 3: *libera multitudo, quae possit sibi legem facere*.

⁵² Por. np. Bartolus, C. X. 63. 5: *quidem est populus liber, qui habet omnem iurisdictionem, et tunc potest facere legem et statutum prout sibi placet*. Podobnie inni prawnicy.

⁵³ Por. np. gl. Inveterata, ad D. I. 3. 32: *Si potestas bis iudicavit consilio convocato*, gl. ad rubr. C. VIII. 52: *licet duae vices faciant consuetudinem, verum est, si populo placuerit vel consilio (quod eius vicem repraesentat) placet, ut idem fieret in futurum*.

⁵⁴ Rzecz nie była bezsporna. Tak więc np. Bellapertica był zdania, iż wola reprezentanta nie może zastąpić woli ludu (C. VIII. 52. 1); Bartolus sformułował natomiast tezę, iż *concilium representat mentem populi* (D. I. 4. 1, por. też D. I. 3. 32, C. IV. 32. 5 i w. in.). Teza to subtelniejsza od znanej już i przedtem formuły o *consilium, quod vicem populi representat* (por. przyp. 53).

dzenie wolnego ludu (*arena, parlamentum, adunantia generalis, concilium maius*) wybiera radę (*concilium*) jako reprezentanta zbiorowości. W tym charakterze rada ma m. in. stanowić ustawy. Jednocześnie formułowano szereg interesujących propozycji technicznych w przedmiocie ustawodawstwa. Dotyczą one, najogólniej mówiąc, trybu prac legislacyjnych rady, reguł głosowania (*quorum*, wymogi co do większości, jaki *consensus* radców może być uznany za *expressus*, technika oddawania głosów itd.), a dalej — możliwości delegowania uprawnień ustawodawczych rady węższemu gronu, wreszcie — prawa interpretowania ustaw⁵⁵. Nie ulega wątpliwości, że w rozważaniach tych odzwierciedla się niezła znajomość praktyki miast północnowłoskich, a zarazem próba uporządkowania, usystematyzowania i naukowego uzasadnienia tej praktyki.

Co się tyczy natomiast ustawodawstwa monarszego, to władca także funkcjonuje jako reprezentant zbiorowości, ale z reguły nie z jej mandatu, lecz z mandatu bożego⁵⁶. Dawna suwerenna władza ludu przekazana została cesarzowi (i zrównanym z nim władcom) ostatecznie i nieodwołalnie⁵⁷: oczywiście wyjątkiem są niezbyt liczne ludy nie znające władców, *populi liberi*. Co się tyczy współdziału społeczeństwa w ustawodawstwie monarszym, doktryna prawnicza XIII i XIV w. ma tu niewiele do powiedzenia. Justyniańską formułę *solus conditor legis Imperator* (C. I. 14. 12) wykładano — już w dyskusjach glosatorskich — przy pomocy sofizmu: *id est ipse solus et nullus alius solus*⁵⁸. Wykładnia taka dopuszczała ustawodawstwo nie pochodzące od monarchy (*alius* też może być ustawodawcą, tyle że nie w pojedynkę), a jednocześnie kwestionowała współdział w monarszej legislacji jakichś organów, np. stanowych (*princeps solus*).

Błąkają się jeszcze w wywodach prawniczych rozważania na temat funkcji ustawodawczej senatu przy boku cesarza, z reguły bardzo akademickie⁵⁹. Do komentarzy prawniczych przenika problem stanowienia praw przez króla w radzie baronów, co jest pożyteczne (zwłaszcza, gdy chodzi o kwestie skomplikowane, *ponderosa*⁶⁰), ale bynajmniej nie ko-

⁵⁵ Szczegółowo o tym np. W. Ullmann, *De Bartoli sententia: Concilium representat mentem populi*, w: Bartolo da Sassoferrato, *Studi e documenti per il VI centenario*, t. II, Milano 1962, s. 716 i n.

⁵⁶ Co oczywiście łączy się z średniowiecznym wyobrażeniem o reprezentacji, nie wymagającej bynajmniej w każdym przypadku mandatu reprezentowanych.

⁵⁷ Pogląd odmienny należy w XIII - XIV w. do rzadkości, por. np. Odofredus, D. I. 4. 1 (*populus potestatem quam habebat condendi legem concessit ei* [sc. principi]; *non tamen a se abdicavit*).

⁵⁸ Por. M. Staszko, *Komuna w doktrynie prawnej XII - XIV wieku*, Wrocław 1968, s. 55.

⁵⁹ Por. np. Odofredus, C. I. 14. 8; por. też interesującą rekapitulację dyskusji prawniczych na temat praw ustawodawczych ludu i senatu u Cynusa, C. I. 14. 12.

⁶⁰ To formuła Baldusa, C. I. 2. 5.

nieczne (monarcha może stanowić ustawy *sine consilio procerum*)⁶¹. Wyjątki od tego sposobu traktowania rady możnowładczej są w doktrynie bardzo rzadkie⁶². Wreszcie dyskusje nad prawami ustawodawczymi *populi Romani* w cesarstwie także wiodły prawników do sceptycznego stanowiska w przedmiocie współdziału ludu w monarszym prawodawstwie⁶³. Doktryna prawnicza z pewnością nie torowała drogi ambicjom zgromadzeń stanowych, zmierzającym do takiego współdziału. Zwraca natomiast uwagę wysoka ocena roli, jaką w procesie ustawodawczym odgrywać powinni eksperci-prawnicy, otaczający monarchę-prawodawcę.

Stereotypowa formuła o władcy, który *omnia iura habet in scrinio pectoris sui* wykładana więc była w sensie *in scrinio* = *in curia*, przy czym *curia* oznacza tu fachową radę monarszą, obsadzoną w wielkiej liczbie przez uczonych prawników⁶⁴. W bardziej radykalnej wersji teza ta wyraża się formułą, iż w istocie *Imperator non facit leges, sed iurisperiti approbati per eum*⁶⁵. Łączy się z tym sceptycyzm w ocenie prawnych kompetencji monarchów⁶⁶, kompetencji coraz donioślejszych w miarę komplikowania się zadań prawodawcy i wzrastających wymogów technicznych stawianych ustawom. Lapidarnie wyraża to stanowisko formuła Baldusa: *Non licet disputare cum principe de potentia, sed de scientia sic*⁶⁷. W całym tym przeświadczeniu o roli uczonych w ustawodawstwie można by upatrywać jeszcze jednego przejawu wysokiego mniemania profesorów prawa doby postglosatorskiej na temat ich społecznej roli, które formułowali oni chętnie i z wielką pewnością swej racji. Jednakże słuszniejsze będzie zapewne uznanie, iż odzwierciedla się tu, nie bez pewnej przesady, rzeczywista rola fachowców w ożywionym ruchu ustawodawczym XIII i XIV wieku.

⁶¹ Cynus, C. I. 14. 12: *Non tamen est necessarium, quod cum concilio faciat*; podobnie Joannes Faber, C. I. 14. 8, por. też C. VI. 23. 19; nie inaczej Alberik z Rosate, C. I. 14. 8 (stanowienie praw z radą *non est de necessitate*) i wielu innych.

⁶² Wśród uczonych uniwersyteckich zwraca uwagę pogląd Odofreda, C. I. 14. 8, podnoszący konieczność współdziału rady w procesie ustawodawczym; lepiej znany jest zbliżony pogląd Bractona, por. S. J. T. Miller, *The Position of the King in Bracton and Beaumanoir*, Speculum XXXI, 1956, s. 276.

⁶³ Wspomniany (w przyp. 59) przegląd różnych stanowisk u Cynusa kończy się znamieną konkluzją: *De his opinionibus tene, quod magis tibi placet, quia ego non curo. Nam si populus Romanus faceret legem vel consuetudinem de facto, scio quod non servaretur extra urbem*. I podobny akcent realizmu u Bartolusa, C. I. 14. 11: *ego credo quod populus Romanus et Senatus non possunt facere legem, ratio est: postquam populus Romanus transtulit potestatem in Principem, adhuc apud eos remansit potestas eligendi et privandi — sed hodie omnis potestas est abdicata ab eis. Ius enim eligendi habent Principes in Alemania, et ius privandi habet solus Papa*.

⁶⁴ Tak np. Cynus, C. VI. 23. 19, podobnie Joannes Faber, I. II. 25, Andrzej z Isernii, In usus feudorum Commentaria, Frankfurt 1598, fol. 8.

⁶⁵ Andrzej z Isernii, l. c.

⁶⁶ *Principes rari sciunt iura*, ibid.

⁶⁷ Baldus, D. I. 4. 1.

Jan Baszkiewicz (Warszawa), Andrzej Wójtowicz (Katowice)

LA LÉGISLATION DANS LA DOCTRINE MÉDIÉVALE.
PROBLÈMES CHOISIS

Résumé

La domination de la coutume et la décadence de la législation du IX^e aux XII^e et XIII^e siècles étaient déterminés par les conditions de la vie sociale, par les états mentaux et par la regression de la technique juridique. L'essor de la législation à partir du XIII^e siècle s'explique donc par les transformations profondes de la société, de sa structure politique et de sa mentalité. Il importe néanmoins de ne pas surestimer les résultats de cette activité législatrice dont les insuffisances sont bien évidentes. Face à face avec les règles traditionnelles qui avaient jusque-là gouverné la société, l'attitude des législateurs devait être de travailler à en effacer les incertitudes et les contradictions. Par conséquent l'effort législatif était concentré autour de l'amélioration du système établi, étant admis qu'une véritable révision des valeurs sociales n'était ni nécessaire, ni même possible. Cette attitude correspondait bien à la suprématie, dans la vie sociale, de la spontanéité sur l'ambition de planifier et de la pratique, bien souvent tâtonnante, sur la réflexion.

La doctrine de la législation, nourrie d'aristotelisme et d'étude des compilations justiniennes, n'en tendait pas moins à accentuer l'idée d'une évolution continuelle des besoins sociaux et des modes de vie. À cette évolution devait répondre sans tarder une modification rationnelle du droit, possible grâce à l'activité des législateurs. Les courants du relativisme et du volontarisme juridique s'accusaient de plus en plus nettement; on en arrivait à la conviction que le cours de l'évolution sociale n'avait jamais échappé à l'ingérence des hommes. L'idée aristotelicienne de l'omniprésence du droit (*quantum possibile omnia legibus determinanda*), très répandue parmi les philosophes et les juristes, favorisait largement le progrès de la législation. À l'imperfection technique des coutumes dont le caractère flottant avait prêté à tant d'abus, la doctrine opposait fièrement la clarté et l'intelligibilité des lois dûment promulguées. L'équivalence théorique de *leges* et de *consuetudines* n'était, chez les juristes, qu'une façade derrière laquelle la prépondérance réelle des lois se dessinait d'une façon très nette. Le pouvoir de légiférer, certes, était considéré non comme arbitraire mais comme subordonné à la raison. Toutefois, les savants juristes des XIII^e et XIV^e ss., aptes à se plier avec souplesse aux institutions positives, n'étaient embarrassés par aucune conception rigide du droit métapositif (divin, naturel). Enfin, la liberté d'action, prêtée par la doctrine aux législateurs, n'était point limitée par le principe *rex sub lege* (*princeps legibus alligatus*) car cette restriction ne visait que les actes courants du gouvernement.

Le pouvoir de légiférer était attribué aux *populi liberi* (c.a.d. aux communes italiennes) et aux princes. Le peuple libre l'exerce par l'intermédiaire de son conseil (*concilium repraesentat mentem populi*). Les savants juristes s'intéressaient très vivement aux procédés techniques de la législation communale; par contre ils ne prenaient que peu d'intérêt au rôle législatif des *concilia procerum* et des États dans les grandes monarchies. Dans l'exercice du pouvoir législatif une place de choix était réservée par la doctrine aux experts c.a.d. aux docteurs des lois.