

**CONSUL EST IURIS
ET PATRIAE DEFENSOR**



CONSUL EST IURIS ET PATRIAE DEFENSOR

Księga pamiątkowa dedykowana
doktorowi Andrzejowi Kremerowi

pod redakcją
Franciszka Longchamps de Bériet,
Ryszarda Sarkowicza
i Macieja Szpunara

Warszawa 2012

Wydawca:
Ministerstwo Spraw Zagranicznych
Biuro Archiwum i Zarządzania Informacją

Koordynator projektu:
Justyna Lewańska

Współpraca:
Jacek Ożóg

Copyright © Warszawa 2012
Franciszek Longchamps de Bérier
Ryszard Sarkowicz
Maciej Szpunar
i autorzy poszczególnych artykułów

ISBN 978-83-63743-02-4

Wydanie I

Oprawa graficzna:
Joanna Hrk

Skład i łamanie:
Tomasz Lebioda/www.tlebioda.eu

Podmiot prawa: między Rzymem a Jerozolimą

1. Trzy miasta

W coraz bardziej jednoczącej się Europie z upodobaniem powtarzamy za Paulem Koschakerem lub Henrykiem Kupiszewskim, że na formowanie się duchowego i kulturalnego oblicza naszego Kontynentu przemożny wpływ wywarły filozofia grecka najszerszej pojmowana, chrześcijaństwo i prawo rzymskie¹. Trzy dziedziny kultury antycznej nazywamy filarami, na których opiera się to, co dzisiejszą Europę stanowi, zwłaszcza gdy chcemy podkreślić znaczenie prawa rzymskiego oraz specyfikę europejskiej tradycji prawnej. Wciąż przychodzi nam przypominać o znaczeniu prawa rzymskiego, przekonywać o tym, jak nieodzowna jest jego obecności w *curriculum studiorum* przyszłych prawników, a przede wszystkim uzasadniać rozwijanie jego nauczania i naukowych nad nim badań. Dziejowej i jakże współczesnej roli prawa rzymskiego i tradycji romanistycznej świadomi są nie tylko prawnicy. Rozpoczynając przemówienie w Bundestagu jesienią 2011 roku papież Benedykt XVI za oczywistą uznał wiedzę o tym, iż „w pierwszej połowie II stulecia przedchrześcijańskiego doszło do spotkania między rozwiniętym przez filozofów stoickich społecznym prawem naturalnym i autorytatywnymi nauczycielami prawa rzymskiego. Z tego kontaktu narodziła się zachodnia kultura prawna, która miała i do dzisiaj ma decydujące znaczenie dla kultury prawnej ludzkości. Z tego przedchrześcijańskiego związku między prawem a filozofią bierze początek droga – prowadząca przez chrześcijańskie średniowiecze – do rozwoju prawnego okresu oświecenia, aż do Deklaracji Praw Człowieka...”². Pod koniec wystąpienia Papież znów odniósł się do prawa rzymskiego w słowach: „Na podstawie przekonania o istnieniu Boga Stwórcy rozwinięto ideę praw człowieka, ideę równości wszystkich ludzi wobec prawa, uznanie nienaruszalności ludzkiej godności każdej osoby oraz świadomość, że ludzie są odpowiedzialni za swoje czyny. Te racjonalne spostrzeżenia tworzą naszą pamięć kulturową. Ignorowanie jej lub traktowanie tylko jako przeszłość

1. P. KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, München-Berlin 1953, 2-7; H. KUPISZEWSKI, *Prawo rzymskie a współczesność*, Warszawa 1988, 16-17.

2. BENEDYKT XVI, Przemówienie w Bundestagu *Serce rozumne. Refleksje na temat podstaw prawa* (22 września 2011), 32 L'Osservatore Romano (wyd. pol.) 10-11 (2011) 40.

byłoby okaleczeniem integralności naszej kultury i pozbawiłoby ją pełni. Kultura Europy zrodziła się ze spotkania Jerozolimy, Aten i Rzymu – ze spotkania wiary Izraela w Boga, filozoficznego rozumu Greków i rzymskiej myśli prawniczej. To potrójne spotkanie ukształtowało głęboką tożsamość Europy³.

Młodzi studiują dziś starożytną myśl grecką nie tylko na wydziałach filozoficznych, bo jest zupełnie podstawowa i niezmiennie inspirująca. Chrześcijaństwo wobec kolejnych fal prześladowań ma się w Europie wcale nienajgorzej. Natomiast do rzymskich osiągnięć jurysprudencjalnych mają dostęp właściwie tylko adepci prawa, a pospolita apologia obecności prawa rzymskiego jako materii wykładowej, która ogranicza je do ideałów prawa klasycznego pogańskiego jeszcze Rzymu, nie wydaje się nikomu – chyba poza tymi, co ją uprawiają – prawdziwa ani przekonująca. O europejskiej tradycji prawnej stanowi bowiem nie jakieś sterylne prawo rzymskie, lecz przeniknięte dwoma pozostałymi dziedzinami kultury antycznej. Trzeba więc w rozważaniach o tradycji prawnej traktować łącznie spuściznę grecko-rzymskiego imperium oraz dziedzictwo judeochrześcijańskie w ich wzajemnym na siebie oddziaływaniu. Intuicję tę widać wcześniej, bo już w IV wieku ery chrześcijańskiej u autora dziełka zestawiającego regulacje rzymskie z żydowskimi – *Mosaicarum et Romanarum legum collatio*⁴. Brak koherentnego spojrzenia na tradycję Jerozolimy, Aten i Rzymu nie musi jeszcze razić w przypadku szczegółowych rozważań o zobowiązaniach, prawie rzeczowym czy spadkowym, a nawet o niektórych kwestiach prawa publicznego. Może się natomiast stać poważnym mankamentem w badaniach nad tym, co pandektyści umieszczali w tzw. części ogólnej. Do takich zagadnień należą kwestie dotyczące – powiedzmy to za Gottfriedem Wilhelmem Leibnizem – *subiectum iuris*, czyli podmiotu prawa. I choć używane nań określenia bywają różne: raz bardziej opisowe czy intuicyjne, czasem ściśle techniczne, jak we współczesnym języku prawnym i prawniczym, problem pozostaje niezmienny zarówno w starożytności, gdzie królowała zasada personalności prawa, jak i dziś, gdy dominuje zasada terytorialności.

2. Komar i wielbłąd

Zwykliśmy bez wahania przyznawać, że doświadczenie prawne naszego kręgu kulturowego to domena i wielki wkład Rzymu. A przecież na długo przed jego założeniem Jerozolima zajmowała się roztrząsaniem postanowień prawa Mojżeszowego. Powstaje wrażenie, że jej życie intelektualne koncentrowało się wokół wykładni przepisów. Działo się tak aż po wykładnię prawa, dokonaną przez Jezusa Chrystusa; co więcej – aż po spór o Niego chrześcijan i judai-

3. *Ibidem*, 41.

4. Właśnie ukazał się polski przekład: *Zbiór prawa Mojżeszowego i rzymskiego [Prawo Boskie, które Pan przekazał Mojżeszowi]. Tekst łacińsko-polski*, przeł. A. Dębiński, Lublin 2011.

zmu rabinicznego, a więc dwóch grup, które wyrosły z judaizmu biblijnego. W czasach Cycerona przysłowie *summum ius summa iniuria* dało zgrabny wyraz powszechnemu przekonaniu, że prawo przeradza się w swe przeciwieństwo, gdy rygoryzm w wykonywaniu uprawnień przestaje się liczyć z kontekstem społecznym. Sformułowanie *summum ius summa iniuria* brzmi jak prawna reguła, choć nie zawiera żadnych treści normatywnych. Niesie natomiast cenne doświadczenie społeczeństwa obeznanego z prawem. Przytoczone przysłowie okazuje się uniwersalne i ponadczasowe, niosąc doświadczenie prawa i jego interpretacji, jak ewangeliczny wykrzyknik: ὁδηγοὶ τυφλοὶ, οἱ διῦλίζοντες τὸν κώνωπα, τὴν δὲ κάμηλον καταπίνοντες – „przewodnicy ślepi, przecedzający komara, a połykający wielbłąda” (Mt 23,24). Posłużył głębokiej krytyce wypaczeń wykładni, a celność krytyki świadczy o wyjątkowym znanstwie mechanizmów prawa. Niestety nie traci ona nic ze swej aktualności i ostrości. Wyraża sprzeciw wobec żonglerki przepisami dla obchodzenia prawa, nadużywania go, naginania czy instrumentalizacji – zjawisk tyle powszechnych w starożytnym Izraelu, co we współczesnej Polsce. I tam, i tu okazują się one równie niebezpieczne w konsekwencjach dla pragmatycznego, jeśli nie etycznego, organizowania rzeczywistości społecznej.

Wykrzyknik nie był gołosłowny. Zanim padł, wyliczono szereg przykładów piętnowanej interpretacji, która stała się własną karykaturą. W wersecie bezpośrednio poprzedzającym wykrzyknik pojawił się wszelako wykład pozytywny: ἀποδεκατοῦτε τὸ ἡδύοσμον καὶ τὸ ἄνηθον καὶ τὸ κύμινον καὶ ἀφήκατε τὰ βαρύτερα τοῦ νόμου, τὴν κρίσιν καὶ τὸ ἔλεος καὶ τὴν πίστιν· ταῦτα [δὲ] ἔδει ποιῆσαι κἀκεῖνα μὴ ἀφιέναι – „dajecie dziesięcinę z mięty, kopru i kminku, lecz ważniejsze jest w Prawie: sprawiedliwość, miłosierdzie i wiara; to zaś należało czynić, a tamtego nie opuszczać” (Mt 23,23). Zdanie „przewodnicy ślepi, przecedzający komara, a połykający wielbłąda” pochodzi z czwartego, złowieszczego „biada” mów Jezusa Chrystusa zawartych w 23 rozdziale Ewangelii według św. Mateusza. W redakcji św. Marka i św. Łukasza rozdziałowi temu odpowiadają bardzo krótkie ostrzeżenia przed uczonymi w Piśmie i faryzeuszami (Mk 12,38-40; Łk 20,45-47). Dotyczą gorszącego zachowania oraz wykorzystywania słabych, bezbronnych i łatwowiernych, ale nie wspominają o przewrotności w interpretacji prawa. Apostoł Mateusz najwyraźniej zebrał u siebie kilka wystąpień Jezusa Chrystusa – niektóre znane są z innych fragmentów Ewangelii według św. Łukasza (Łk 11,39-52; Łk 13,34-35), aby ułożyć je w siedem ostrzeżeń οὐαὶ – „biada” (Mt 23,13-21). Liczba ta absolutnie nie jest przypadkowa. Równie zamierzone redakcyjnie wydaje się umieszczenie u św. Mateusza całej wielkiej mowy przeciwko uczonym w Piśmie i faryzeuszom pod koniec publicznej działalności Jezusa Chrystusa, a więc symetrycznie wobec Kazania na Górze, przedstawionego przez Ewangelistę na samym początku tej działalności (Mt 5-7).

Także na kazanie złożyło się kilka niezależnych wystąpień Mistrza z Nazaretu, ale tą drogą udało się w jednym miejscu wyłożyć całość nauki o wypełnieniu prawa. Kazanie rozpoczyna osiem błogosławieństw, których wypowiedzenie Łukasz Ewangelista sytuuje akurat nie na górze, lecz na równinie: *καὶ καταβὰς μετ' αὐτῶν ἔστη ἐπὶ τόπου πεδινοῦ* – „i schodząc z nimi stanął w miejscu równinnym” (Łk 6,17). Ten przekaz zdaje się wierniejszy historycznie – mało kto dbał o realia historyczne tak, jak św. Łukasz, lecz zabieg redakcyjny św. Mateusza został podporządkowany teologii, której tekst jest wyrazem. Zresztą własne teologicznie ujęcia każdego z Ewangelistów sygnalizuje słowo „według” w tytule każdej z ksiąg. Tekst mówi bowiem znacznie więcej niż tylko słowami, między innymi przez swą redakcję. U Apostoła Mateusza nie pozostawia ona wątpliwości, iż Jezus jest jak nowy Mojżesz, a więc jest prawodawcą Nowego Przymierza. Jak Mojżesz na Górze Synaj otrzymuje Dziesięć Słów, tak rozwinięciem ich stają się błogosławieństwa. Zaraz też po nich pojawia się w tym samym, piątym rozdziale wykładnia Dekalogu, wprowadzana mnemotechnicznie przez frazę: *ἠκούσατε ὅτι ἐρρέθη, ἐγὼ δὲ λέγω ὑμῖν* – „słyszeliście, że powiedziano..., a Ja wam powiadam” (Mt 5,21-22; 27-28; 31-32; 33-34; 38-39; 43-44). Tu właśnie znajduje wytłumaczenie wskazanie, jakie w mowach przeciw nadużyciom pojawiło się tuż przed wykrzyknikiem o komarze i wielbłądzie, a mianowicie: *τὰ βαρύτερα τοῦ νόμου, τὴν κρίσιν καὶ τὸ ἔλεος καὶ τὴν πίστιν* – „to, co ważniejsze jest w Prawie: sprawiedliwość, miłosierdzie i wiara”. Odwołując się do nich, Jezus Chrystus najprawdopodobniej nawiązywał do proroka Micheasza (Mch 6,8)⁵. Nowym zaś jest Ten, który interpretuje: *ἀπ' ἀρχῆς δὲ οὐ γέγονεν οὕτως* – „lecz od początku tak nie było” (Mt 19,8). We wszystkim zaś widać nieprzerwanie głębie prawniczego doświadczenia, bo przecież zwłaszcza w Starym Przymierzu uczoney w Piśmie to w istocie uczoney w Prawie.

Wobec przewrotności interpretacyjnej kieruje się „biada”, powtarzane po siedmiokroć w rozdziale 23, podobnie jak tłumaczące je określenie osób: *ὑποκριταί* – hipokryci. Mnożą przepisy utrudniając ludziom życie, a sami z ich przestrzegania umieją się zwalniać. Dowcipne „przecedzający komara, a połykający wielbłąda” wcale nie rozładowuje atmosfery grozy. Raczej podkreśla ostrość formułowania bezkompromisowych ostrzeżeń. Jest natomiast świetne retorycznie, jak *summum ius summa iniuria*. Gry słów w języku aramejskim nie odda ani greka, ani łacina, ani polski. Można ją sobie wyobrazić wiedząc, że wielbłąd to *gamla'*, a komar to *qamla*. Zresztą kwestia komara wcale nie musiała być abstrakcyjna: precedzono napój, aby przypadkiem nie znalazł się w nim mały

5. Septuaginta tłumaczy ten werset: *εἰ ἀνηγγέλη σοι, ἀνθρώπε, τί καλόν; ἢ τί κύριος ἐκζητεῖ παρὰ σοῦ ἀλλ' ἢ τοῦ ποιεῖν κρίμα καὶ ἀγαπᾶν ἔλεον καὶ ἔτοιμον εἶναι τοῦ πορεύεσθαι μετὰ κυρίου θεοῦ σου*, Wulgata zaś: *indicabo tibi, o homo, quid sit bonum et quid Dominus quaerat a te utique facere iudicium et diligere misericordiam et sollicitum ambulare cum Deo tuo*.

owad, który był wszak uważany za „nieczysty” (Kpł 11,20-23)⁶. Wielbłąd – też zwierzę „nieczyste” (Kpł 11,4) – pojawił już chyba tylko dla efektu hiperboli, symetrycznej wobec przesady interpretatorów.

Dziesięcinę należało składać ze zwierząt i tylko niektórych płodów rolnych: ziarna i owoców z pola (Kpł 27,30-33; Pwt 14,22nn). Ὑποκριταὶ byli tak skrupulatni, że odliczali ją i z ziół leczniczych, rosnących w przydomowym ogrodzie: mięty, kopru i kminku. A powinni bardziej zadbać o trzy inne: τὴν κρίσιν καὶ τὸ ἔλεος καὶ τὴν πίστιν – o sąd, czyli ocenę i umiejętne rozróżnienie, dokonywane w miłości do ludzi, z wiarą i wiernością wobec Bożych obietnic. Właśnie sprawiedliwość, miłosierdzie i wiara jako najistotniejsze w prawie, bo najważniejsze w życiu, kierują ku podstawowemu pytaniu o podmiotowość w prawie. Jerozolima formułuje je bardzo prosto: καὶ τίς ἐστὶν μου πλησίον; – „kto jest moim bliźnim?” Pojawia się ono w Ewangelii według św. Łukasza (Łk 10,29). W redakcji św. Mateusza odpowiada to, co bezpośrednio poprzedza rozdział 23, skierowany przeciw skrybom i faryzeuszom.

3. Bliźni czy brat?

Odpowiedź kim jest bliźni wydaje się mieć centralne znaczenie nie tylko dla prawa. Dotyka podstaw ludzkiej cywilizacji. Prawda, że słowo bliźni: πλησίον, *proximus*, ma potocznie konotację religijną i ktoś mógłby utrzymywać, że w tej wersji jest niezrozumiałe. Przełożmy je tedy na język dziedzictwa Wieku Światła i rewolucji, z którego wyrasta dewiza Republiki Francuskiej: *Liberté, Egalité, Fraternité*. Stwierdza to artykuł 2 konstytucji, w którym wcześniej zaznaczono, że *La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale*. Laickiej republiki nikt o religijny podtekst *fraternité* nie podejrzewa, a właśnie braterstwo wyznacza stosunek do bliźniego. Któż więc jest bratem w społeczeństwie obywatelskim? Wszak każda rewolucja to dla prawa czas „połykania wielbłąda”.

Być może *liberté* to iluzja współczesności – wielkie osiągnięcie w sferze teorii, wymagające stałej afirmacji w codziennym życiu tak prywatnym, jak publicznym, o czym jeszcze niżej. Piękny sen o *égalité* przypomina o co warto się starać w dobie globalizacji, a zwłaszcza wobec porządków prawnych oraz społeczeństw coraz potężniejszych ekonomicznie i politycznie, dla których równość ludzi i prawa człowieka wcale nie narzucają się siłą samej prawdy. Braterstwo nie tylko służy utrzymaniu roztropnej równowagi między *liberté* a *égalité*. Pozostają z sobą w nieustannym zwarcu, bo im więcej wolności, tym mniej równości; a im więcej równości, tym mniej wolności. Dziś widać wyraźnie, że dołączona do nich *fraternité* tworzy fundament nie tylko dla pogodzenia, lecz i dla rozumienia

6. A. LESKE, *Ewangelia według św. Mateusza*, przeł. B. Widła, w: *Międzynarodowy komentarz do Pisma Świętego*, Warszawa 2000, 1193.

jednej i drugiej. Pytanie na czym braterstwo polega, to w istocie pytanie: wobec kogo braterstwo? Kto jest bliźnim? Każdy człowiek? A kto jest człowiekiem: niewolnik, cudzoziemiec, poganin, Samarytanin, imigrant, embrion? Kogo za człowieka uważamy w pragmatyce życia społecznego?

Prawo rzymskie traktujemy przede wszystkim jako dorobek myśli i autorytet prawniczego doświadczenia. Pytanie o braterstwo, o to, kto jest bliźnim można stawiać i w jego kontekście, zwłaszcza że poruszamy się w kręgu europejskiej tradycji prawnej. Prawo rzymskie należy do systemów prawnych determinowanych przez status. Był on czynnikiem decydującym właściwie aż do rewolucji „burżuazyjnych” i do kodyfikacji. Dopiero one wyrugowały sztywne podziały społeczne feudalizmu przez koncepcję jednolitego podmiotu prawa⁷. Skoro więc stojąca gilotyna rewolucja i jej spadkobiercy mieli problem z *fraternité*, wprowadzoną dopiero z czasem do triady, warto pytać i w prawie rzymskim o rozwój, o pogłębienie rozumienia tego, „kto jest moim bliźnim” – nawet zanim chrześcijaństwo przeniknie je swoim widzeniem pełni człowieczeństwa.

4. Znów o nasciturusie

W kontekście postawionych pytań szczególnego znaczenia nabiera dziś stwierdzenie *nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur* – „dziecko poczęte uważa się za już narodzone, ilekroć chodzi o jego korzyść”. Nawiązuje do myśli klasycznych rzymskich jurystów⁸. W Rzymie zdolność prawna człowieka wolnego zaczynała się dopiero z momentem urodzenia, ale już *nasciturus* mógł uzyskać korzyści czy prawa, jeśli urodził się żywy. Warunek żywego urodzenia podyktowały względy praktyczne. Widzi się w nim także fikcję wcześniejszego urodzenia, a pozostaje faktem, iż Rzymianie nie rozstrzygali o statusie dziecka poczętego. Podobnie generalne myślenie było im chyba obce, natomiast regulowali sytuację prawną człowieka przed urodzeniem w zakresie, który uznali za przydatny. Z możliwości ustanowienia dziedzicem nasciturusa skorzystał testator znany ze słynnej *causa Curiana* w 93 roku przed Chr. Widać to również w powszechnym uwzględnianiu przy dziedziczeniu pogrobowca (*postumus*), a więc dziecka urodzonego po śmierci ojca. Wiadomo też, że w celu ochrony praw majątkowych człowieka w okresie życia płodowego ustanawiano kuratora – *curator ventris*⁹. Sprawowana przez niego *cura* należała do typu kurateli trwałej, o znacznym zakresie, która służyła ochronie całokształtu interesów poddanego pieczy prawnej, niezależnie od potrzeby załatwienia konkretnej sprawy. Kurator

7. W. DAJCZAK, T. GIARO, F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, Warszawa 2009, 177.

8. D. 1,5,26 (Julian 69 *dig.*); D. 1,5,7 (Paulus *sing. de port.*); D. 50,16,231 (Paulus *sing. sc. Tert.*)

9. D. 37,9,1,17 (Ulpian 41 *ed.*). Por. ostatnio P. NICZYPORUK, *Prywatnoprawna ochrona dziecka poczętego w prawie rzymskim*, Białystok 2009, 155–203.

dziecka poczętego dbał o prawa majątkowe – głównie na obszarze uprawnień do spadku. Wbrew pozorom, jakie stwarza warunek żywego urodzenia, nie chodziło o przyszłe prawa, lecz o prawa już się pojawiające, z których dziecko w pełni skorzysta dopiero po urodzeniu. Gdy bowiem tytułem zabezpieczenia *nasciturus* otrzymywał *missio in possessionem*, czyli był wprowadzany przez pretora w posiadanie dóbr spadkowych, wykonywał to władztwo faktyczne właśnie za pośrednictwem ustanowionego dla siebie kuratora.

Rzymską zasadę *nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur* przejęło prawo pandektowe, choć współczesne kodyfikacje nie w pełni za nim podążyły¹⁰. Natomiast nawet niezależnie od recepcji, rzymska myśl dała o sobie znać w prawie bardzo wielu krajów¹¹. Widać to w *common law*, prawie skandynawskim, czy w porządkach prawnych określanych jako *mixed jurisdictions*, a więc np. w Izraelu¹². W prawie kontynentalnym istnieją dwa zasadnicze rozwiązania. W niektórych porządkach prawnych zasada obejmuje całe prawo cywilne – tak w Austrii, Hiszpanii, Szwajcarii, Włoszech, Grecji czy Holandii¹³, a w części poświęconej spadkom jest niekiedy dla porządku powtarzana¹⁴. Czasem wszelako, jak w prawie francuskim, niemieckim, polskim czy rosyjskim, pojawia się dopiero w postanowieniach prawa spadkowego¹⁵. We francuskim kodeksie cywilnym mówi o niej przepis prawa spadkowego¹⁶, ale odnosi się ją również do darowizn *inter vivos*¹⁷, ponieważ to także są korzyści, czyli *commoda*. W tych porządkach prawnych zasada przewiduje przynajmniej, że nie dochodzi do utraty darowizn, udziału w spadku lub legatu tylko dlatego, że mający je otrzymać jest jeszcze w łonie matki. To węższe uregulowanie charakteryzuje tendencję do przyjmowania indywidualnych rozwiązań na korzyść *nasciturusa* w drodze analogii.

Obok doświadczenia prawa rzymskiego studium prawnoporównawcze potwierdza, że fakt, iż dziecko może stać się sukcesorem swych rodziców nawet, jeśli urodziło się dopiero po ich śmierci, wydaje się pozostawać w zgodzie z głęboko zakorzenionym poczuciem sprawiedliwości¹⁸. Zarówno w Rzymie, jak

10. H. COING, *Europäisches Privatrecht*, t. 2, München 1989, 287.

11. A. HELDRICH, A. STEINER, s.v. *Legal Personality*, w: *International Encyclopedia of Comparative Law*, t. 4, rozdz. 2, Tübingen-Dordrecht-Boston-Lancaster 2004, 4.

12. Art. 3 c Succession Law, 5725–1965. Por. K. H. NEUMAYER, *Intestate Succession*, w: *International Encyclopedia* (wyżej przyp. 11) t. 5, rozdz. 3, 23.

13. §22 ABGB; §22 ABGBLicht; art. 29, 30 CCE; art. 31 ust. 2 ZGB; art. 1 ust. 2 CCI; art. 36 CCG; art. 1:2 NNBW. Por. też J. BLANCH NOUGUÉS, *Der Ungeborene (nasciturus) im römischen, spanischen und iberoamerikanischen Recht*, OIR (Brno) 6 (2000) 109–113.

14. Np. art. 544 ZGB; art. 462 ust. 1 CCI.

15. §1923 ust. 2 BGB; art. 927 §2, 994 §2 KC; art. 1116 GKRE.

16. Art. 725 CC; art. 725 CCB; art. 725 CCLux.

17. Art. 906 CC; por. art. 906 CCB; art. 906 CCLux.

18. HELDRICH, STEINER, *Legal Personality* (wyżej przyp. 11) 5.

i we współczesnych regulacjach, oczywistym warunkiem pozostaje z praktycznych względów urodzenie żywe. Zasada *nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur* potrafi dziś budzić spore emocje, powstające jednak nie w związku z dziedziczeniem, co widać w dyskusjach nad jej zakresem. W Polsce świadczy o tym choćby §2: „Zdolność prawną ma również dziecko poczęte; jednakże prawa i zobowiązania majątkowe uzyskuje ono pod warunkiem, że urodzi się żywe”, wprowadzony do art. 8 KC w 1993 r. i zniesiony trzy lata później. Niezależnie jednak od wszelkich wątpliwości i dyskusji, również współcześnie *nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur* jest zasadą obowiązującą przynajmniej w prawie spadkowym.

Opierając się na rzymskim doświadczeniu i badaniach prawnoporównawczych należy przynajmniej teoretycznie odróżniać płaszczyzny, na których mogą być dyskutowane i przyjmowane dane rozwiązania prawne. Pierwszą jest ta, na której *nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur* jest powszechnie akceptowaną zasadą prawa spadkowego. Państwo, którego nie można uznać za przodownika w ochronie życia poczętego, jakim jest Chińska Republika Ludowa, nie ma problemu z przyjęciem, że nienarodzone dziecko może być powołane do dziedziczenia¹⁹. Nie jest to tylko kwestia chińskiego zapatrzenia w prawo europejskie, gdyż w żywej tradycji Państwa Środka – niezależnie od aktualnej polityki prawa i przyjmowanych unormowań, życie człowieka oblicza się od momentu poczęcia. Drugą płaszczyznę tworzy przyznanie w ogóle podmiotowości prawnej dziecku poczętemu lub uznawanie jej przynajmniej w innych gałęziach prawa niż spadkowe, najczęściej w prawie deliktów. Dopiero trzecią decyzja prawodawcy o zakazie albo dopuszczalności aborcji, czy wyjęcia z penalizacji niektórych jej przypadków, jak dokonanie aborcji w razie zagrożenia życia matki.

Znacznie dalej idzie wyciągnięcie z doświadczenia prawnego wniosków o tym, kim jest człowiek i że *nasciturus* też jest człowiekiem. W związku z tym możliwy jest jeszcze jeden, czwarty krok: objęcie poczętego dziecka ochroną, jak każdego innego człowieka – czy to jako ewangelicznego bliźniego, czy na zasadzie *fraternité* z porewolucyjnego hasła. Rozłączanie wskazanych płaszczyzn może spotkać się z zarzutem niekonsekwencji, jest wszelako faktem w porządkach prawnych. Gdy chodzi o konkretne regulacje, jest to kwestia wręcz techniczna. Problem powstaje wtedy, gdy pada pytanie o zasady prawa, a staje się jeszcze poważniejszy, gdy trzeba wskazać wartości przez prawo realizowane.

Na marginesie warto nadmienić, że przy okazji rozważań o zdolności prawnej dziecka poczętego stawia się dzisiaj kwestię osoby przed poczęciem, tzw. *nondum conceptus*. Jej podmiotowość prawna wydaje się trudna do pomyślenia głównie dlatego, że podmiot, o którym mowa, nie istnieje – ten byt ludzki jeszcze nawet

19. Art. 28 Law of Succession of The People's Republic of China of 1985. Por. art. 1863, 1899 ust. 2, 1940 ust. 2 DCCPRCh.

nie został stworzony. Dla Rzymian było oczywiste, że mowa o *persona non existens*, a korzyści i prawa może nabywać tylko *persona existens* – człowiek choćby tylko poczęty, a jeszcze nie urodzony. Jednak prawo chilijskie idzie tak daleko, że uznaje prawa spadkowe dziecka, urodzonego w okresie do 10 lat od śmierci wstępnego, jeżeli mógł on mieć uzasadnioną nadzieję na pojawienie się takiego dziecka²⁰. Ciekawe, że podobna myśl kiełkowała w najszybciej rozwijającym się, gdy chodzi o regulacje dotyczące dziedziczenia, rzymskim prawie fideikomisów rodzinnych. W pewnym momencie wolno już było wskazać jako fideikomisarjuszy także zstępnych pierwszego stopnia tych fideikomisarjuszy, którzy żyli w momencie śmierci spadkodawcy²¹. Gdy zaś Justynian rozciągnął to na zstępnych aż do czwartego stopnia pokrewieństwa, nie mogło być najmniejszych wątpliwości, że wszystko to nie przypadek i w prawie rzymskim rzeczywiście pojawiła się świadomość, że podmiotem prawa może być również *nondum conceptus*²².

5. Standardy subiektywny i obiektywny

W Ewangelii według św. Łukasza mężczyzna, który pyta „a kto jest moim bliźnim”, został określony terminem νομικός. Słowo to w kontekście nieżydowskim należałoby tłumaczyć po prostu „prawnik”. Tu jednak chodziło o znawcę Tory spisanej i ustnej tradycji, a więc o uczonego w prawie Mojżeszowym²³. Termin νομικός kontrastuje z określeniami, użytymi nauczonych w Piśmie z 23 rozdziału Ewangelii według św. Mateusza. Negatywna ocena dotyka nie prawników, lecz oί γραμματεῖς καὶ οἱ Φαρισαῖοι – skryb i faryzeuszów. Okupują miejsce nauczania, czyli katedrę Mojżesza-Prawodawcy, ale nie wykładają dobrze prawa. Swoją przewrotnością w istocie je bezczeszczą. Stąd ich określeniu jako skryb i faryzeuszów towarzyszy wartościujące ὑποκριταί – hipokryci. W paralelnych do rozdziału 23 fragmentach u św. Marka i św. Łukasza również się pojawia określenie γραμματεῖς (Mk 12,28; 32; Łk 20,1; 19), oznaczające oczywiście uczonych w Piśmie i tłumaczy prawa, mające techniczny i niekoniecznie pochlebny odcień. Łukaszowy νομικός zaś jako prawnik zadaje pytanie o wykładnię nakazu traktowania bliźniego, jak siebie samego. Nakaz ma charakter naturalny: co prawda należy do podstaw Starego Przymierza, ale jest poznawalny również samym światłem ludzkiego rozumu, który zastanawia się nad możliwie trwałym i praktycznym układaniem stosunków międzyludzkich. I właściwie nie jest to

20. Art. 962 ust. 3 w związku z art. 953 ust. 2 CCCh. Por. P. RODRIGUEZ GREZ, *Instituciones de derecho sucesorio de los cinco tipos de sucesión en el código civil chileno*, Santiago de Chile 1993, 37; M. SOMARRIVA UNDURRAGA, *Derecho sucesorio*, wyd. 6, t. 1, Santiago de Chile 2003, 102-103.

21. D. 31,32,6 (Modestyn 9 *reg.*). Por. F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *O elastyczność prawa spadkowego. Fideikomis uniwersalny w klasycznym prawie rzymskim*, Warszawa 2006, 176-177.

22. N. 159,2.

23. D. STERN, *Komentarz żydowski do Nowego Testamentu*, przeł. A. Czwojdrak, wyd. 2, Warszawa 2005, 210.

nakaz chrześcijański, gdyż dla Nowego Przymierza najistotniejsza jest interpretacja przykazania miłości bliźniego, dokonana przez Jezusa Chrystusa podczas Ostatniej Wieczerzy: ἐντολὴν καινὴν δίδωμι ὑμῖν, ἵνα ἀγαπᾶτε ἀλλήλους, καθὼς ἠγάπησα ὑμᾶς ἵνα καὶ ὑμεῖς ἀγαπᾶτε ἀλλήλους – „przykazanie nowe daję wam, abyście się miłowali wzajemnie; jak umiłowalem was, tak i wy miłujcie się wzajemnie” (J 13,34). Wykładni dokonał więc krzyż, który stał się znakiem traktowania drugiego człowieka lepiej, to znaczy do zaparcia się siebie, do ofiary z siebie. Chrześcijaństwo zyskało dzięki krzyżowi obiektywny standard traktowania bliźniego. Nakaz „miłuj bliźniego jak siebie samego” jest zaś subiektywny, za to zupełnie jasny dla każdego człowieka (o ile za normalną sytuację przyjąć miłość własną, akceptację siebie i niechęć do autoagresji). Jeśli standard ten jest zrozumiały, wykładni pozostawało określić wobec kogo należy go stosować. Dla znawcy Tory to kwestia poważna, gdyż za bliźnich uważano Izraelitów i tych, co przyjęli prawo Mojżeszowe, natomiast wyłączano pogan czy Samarytan. Uczni w Piśmie zwalniali z okazywania im jakichkolwiek względów.

Odpowiedzią Jezusa Chrystusa na pytanie o bliźniego jest przypowieść o miłosiernym Samarytaninie, przekazana tylko u św. Łukasza. Kończy ją dialogiem Nazarejczyka z νομικός w następujących słowach: τίς τούτων τῶν τριῶν πλησίον δοκεῖ σοι γεγονέναι τοῦ ἐμπεσόντος εἰς τοὺς ληστὰς; ὁ δὲ εἶπεν· ὁ ποιήσας τὸ ἔλεος μετ’ αὐτοῦ. εἶπεν δὲ αὐτῷ ὁ Ἰησοῦς· πορεύου καὶ σὺ ποίει ὁμοίως – „Który z tych trzech okazał się, według twego zdania, bliźnim tego, który wpadł w ręce zbójców? On odpowiedział: Ten, który mu okazał miłosierdzie. Jezus mu rzekł: Idź, i ty czyn podobnie!” (Łk 10,36-37). Tak tedy miłosierdzie wobec drugiego oznacza traktowanie go jako bliźniego. Jeśli więc istnieje obowiązek potraktowania kogoś na równi ze sobą, ma on prawo zostać zauważony i otoczony troską; powiedzielibyśmy dziś: potraktowany podmiotowo.

Jerozolimę i Rzym łączy uniwersalizm prawniczego doświadczenia, który legł u podstaw europejskiej tradycji prawnej. Gdy chodzi o tak fundamentalną kwestię, jak pytanie o podmiot prawa, doświadczenie obu sprowadza się do pytania καὶ τίς ἐστὶν μου πλησίον; – „kto jest moim bliźnim?” Jednomyslność w odpowiedziach bynajmniej nie łączy: te bywają różne, choć przynajmniej samo sformułowanie zasadniczego i wspólnego pytania powoduje, że uniwersalizm ma szansę wykraczać poza jedną tradycję prawną. Wskazuje też na zasadniczy problem, jakim dla każdej społeczności jest trudny bliźni. Tak było w starożytności: w Rzymie co do niewolników czy cudzoziemców, w Izraelu co do pogan i Samarytan. Tak jest i dzisiaj, jeśli wziąć pod uwagę choćby tylko stosunek do imigrantów czy embrionu. Teoretycznie nam powinno być łatwiej, skoro każdy był lub może zostać imigrantem, a z pewnością był embrionem. Uniwersalizm doświadczenia prawniczego wyraża się w rozwoju rozumienia,

w odkrywaniu rzeczywistości również w wymiarze tego, co można stworzyć, przedsięwziąć, uregulować w sposób społecznie akceptowalny i efektywny. Nic w tym rozwoju nie musi być z relatywizmu, jak pokazała w Izraelu pedagogia Starego Testamentu i kształtowania się ludu Przymierza, a przede wszystkim rozwój w rozumieniu, kim jest Bóg, czyli coraz głębiej idące objawianie się Boga. Tę programową ewolucyjność widać w listach św. Pawła, w szczególności w Liście do Filemona i całym chrześcijańskim spojrzeniem na niewolnictwo. Widać ją i w zmianach postrzegania kary śmierci w ostatnich dziesięcioleciach XX wieku. W poznawaniu człowieka jako uczestnika ludzkiej społeczności wciąż inspirująco łączy się Rzym z Jerozolimą, doświadczenie judeochrześcijańskie z dorobkiem jurysprudencji rzymskiej.

6. Niewolnicy w Rzymie

W Rzymie pytanie o bliźniego czy braterstwo pozostawało równie aktualne, skoro z samego bycia człowiekiem absolutnie nic nie wynikało. I nie o powszechność niewolnictwa rzecz idzie – charakteryzowało całą starożytność, choć juryści rzymscy najpóźniej połowy II wieku po Chr. umieli je ubierać w porządkujące stwierdzenia, jak mądrze brzmiące, gaiusowe: *et quidem summa divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi* – „i najogólniejszy podział w prawie dotyczącym osób jest taki, że wszyscy ludzie albo są wolni, albo są niewolnikami²⁴. Nawet jednak pośród wolnych człowiek jako taki nie miał żadnych roszczeń prawnych. Nic mu się nie należało. Spokojni i bezpieczni mogli się w zasadzie czuć dojrzały mężczyźni, obywatele będący *pater familias*: wystarczająco silni, zamożni i wpływowi, aby bronić i dochodzić swego. Innym jednak sytuacja o tyle nie doskwierała, że *patres familias* zapewniali bezpieczeństwo i gwarantowali ład członkom szeroko rozumianej rodziny (obejmującej bowiem i niewolników) oraz obywatelom pozostającym w zależności klientalnej. Wspominane często w literaturze przedmiotu *status libertatis*, *status civitatis* czy *status familiae* oznaczają tylko przynależność do pewnych zbiorowości: ludzi wolnych, obywateli, członków danej rodziny²⁵. Natomiast próżno w Rzymie szukać jednolitego pojęcia podmiotu prawa.

Dzięki wartościom etycznym prawa rzymskiego następował rozwój rozumienia, polegający na pełniejszym odkrywaniu niby to już znanej rzeczywistości. Dla stosunku wobec człowieka szczególną rolę odgrywała *humanitas*, dochodząca do głosu pod wpływem greckiego stoicyzmu. Pośród wolnych Rzymian „stała się jednym z czynników powodujących stałe poszerzanie się uprawnień pod-

24. G. 1,9; D. 1,5,3 (Gaius 1 *inst.*).

25. Dajczak, Giaro, Longchamps de Brier, *Prawo rzymskie* (wyżej przyp. 7) 179-180.

miotowych i majątkowych różnych osób obok *pater familias*²⁶. Wspomagała zmianę mentalności – postrzeganie drastycznych nierówności, jakie powodowało w ówczesnym porządku prawnym zjawisko niewolnictwa. „*Humanitas* niosła ze sobą dowartościowanie osobowości człowieka. Wywyższała go ponad wszystkie inne stworzenia, od których różnił się rozumem. Naturze jego, harmonizującej z naturą Kosmosu, przydała godności i dostojęstwa (*humanitas, dignitas*). Ów antropocentryzm stoicki, którego nosicielem była *humanitas*, znalazł w prawie echo. Spotykamy tam takie generalne konstatacje, jak ta, że według prawa naturalnego: *omnes homines aequales sunt*²⁷. Cytat pochodzi z Ulpiana, ale kompilatorzy justyniańscy wpisali zawierający go urywek z dzieła jurysty do ostatniego tytułu „*Digestów*”, zawierającego reguły prawa antycznego. W całości brzmi następująco: *quod attinet ad ius civile, servi pro nullis habentur: non tamen et iure naturali, quia, quo ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt*²⁸. Spodobało się chrześcijańskim prawnikom, że Ulpian zauważył tę odmienność w statusie niewolników: „co prawda prawo cywilne nie postrzega ich podmiotowo, inaczej rzecz się ma z prawem naturalnym, ponieważ w prawie naturalnym wszyscy ludzie są równi”.

Badania nad regulacjami cesarza Antonina Piusa, zakazującymi srożenia się nad niewolnikami pokazały, że pierwszorzędne znaczenie miała jednak nie *humanitas*, lecz *utilitas*, a więc efektywność i czysty pragmatyzm. Rażące przekraczanie umiaru w wykonywaniu swych uprawnień właścicielskich godziło w porządek społeczny i okazywało się nieracjonalne ekonomicznie. Spośród czynników, jakie wpłynęły na powstanie tych regulacji z połowy II wieku po Chr., *humanitas* z pewnością nie była bez znaczenia. Nikt możliwości jej wpływu nie neguje ani wyklucza, ale szczegółowa analiza konstytucji cesarskich po prostu nie pozwala traktować jej jako pierwszorzędного czynnika²⁹. Stąd powtórzyć brak akceptacji dla poglądu, jakoby ograniczona ochrona niewolników w I oraz II wieku po Chr. przypominała dzisiejszą legislację w sferze ochrony zwierząt³⁰. Nie tak wielką bowiem rolę odgrywało dla Rzymian miłosierne współczucie, co prywatny i publiczny interes w hamowaniu ewidentnych nadużyć właścicieli³¹. *Humanitas* nie ulega tą drogą deprecjacji. Była pojęciem etycznym i estetycznym, a jako postulat czy zasadę uważano ją za przymiot człowieka. Trudno nie oczekiwać, że

26. KUPISZEWSKI, *Prawo rzymskie* (wyżej przyp. 1) 188.

27. *Ibidem*, 187.

28. D. 50,17,32 (Ulpian 43 *Sab.*).

29. F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Nadużycie prawa w świetle rzymskiego prawa prywatnego*, wyd. 2, Wrocław 2007, 62-63. Dyskusja w: K. AMIELAŃCZYK, *Rzymskie prawo karne w reskryptach cesarza Hadriana*, Lublin 2006, 163 przyp. 111.

30. Pof. np. E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma 1961, 57; B. NICHOLAS, *Introduction to Roman Law*, Oxford 1975, 69; K. KOLAŃCZYK, *Prawo rzymskie*, wyd. 4, Warszawa 1986, 186-187; P. BIRKS, *An Unacceptable Face of Human Property*, w: *New Perspectives in the Roman Law of Property. Essays for B. Nicholas*, Oxford 1989, 61.

31. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Nadużycie prawa* (wyżej przyp. 29) 63.

i ona powinna znajdować wyraz w porządku społecznym, regulowanym przez prawo. Nie była go jednak – przynajmniej co do niewolnictwa – w stanie przełamać. Zresztą przełamania go w tym zakresie nie domagało się i chrześcijaństwo.

Podział konstатовany przez Gaiusa i kompilatorów justyniańskich, którzy tego jurystę chętnie cytowali, nie miał tylko teoretycznego, technicznego wymiaru. Odzwierciedlał go sposób życia i codzienne wybory, traktowanie i postrzeganie drugiego człowieka. Przenikał osobiste przekonania, przekładające się na praktykę codziennego życia, a więc przebiegał w tym, co Biblia nazywa sercem. Prawnik z II wieku po Chr. Florentyn przypominając, że *libertas est naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibetur* – „wolność jest naturalną możliwością czynienia co się komu podoba, o ile nie zabrania tego prawo ani nie działa przymus”³², wskazał uniwersalny miernik. Pozostaje aktualny także dla opisu rzeczywistości społecznej współcześnie: pozwala i dziś odróżnić wolnego człowieka od faktycznego niewolnika. Prawo daje bowiem, jak w Rzymie, wolnemu dzielić swój czas między zajęcia (*negotia*) i wypoczynek (*otia*). Niewolnikom zaś nie przyznaje się uprawnień do czasu wolnego. Oczywiście mądrzy właściciele pozwalają na chwilę wytchnienia, jak wierzchowcowi w stajni czy na wybiegu, aby nie padł ze zmęczenia. O wolności decydują gwarancje prawne, a nie wola drugiego człowieka.

Starożytność niechrześcijańska zgodziłaby się z twierdzeniem: może drugi i jest człowiekiem, ale na pewno nie takim, jak ja. Juryści zaś podejmując refleksję nad prawem, jego naturą i podziałami, zaczęli na przełomie II i III wieku po Chr. świadomie wskazywać, że niewola jest ludzkim tworem. Florentyn pisał dalej w swym podręczniku: *servitus est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subicitur* – „niewolnictwo to instytucja prawa narodów, przez którą ktoś wbrew naturze zostaje poddany władzy drugiego”³³. Potwierdza to na przykład prawnik Ulpian w III wieku: *nam quamdiu quis in servitute est, manui et potestati suppositus est, manumissus liberatur potestate. quae res a iure gentium originem sumpsit, utpote cum iure naturali omnes liberi nascerentur nec esset nota manumissio, cum servitus esset incognita: sed posteaquam iure gentium servitus invasit, secutum est beneficium manumissionis* – „bowiem dopóki ktoś jest w niewoli, podporządkowany jest władztwu; wyzwolony zaś zostaje spod niego uwolniony. Wywodzi się to z prawa narodów, jako że według prawa naturalnego wszyscy rodzili się wolni i nie znano wyzwolenia, gdyż nie znana była niewola; lecz od czasu, gdy prawem narodów została wprowadzona niewola, przyjęte zostało dobrodziejstwo wyzwolenia”³⁴. Konieczność więc wyzwolenia, bo

32. D. 1,5,4 pr. (Florentyn 9 *inst.*).

33. D. 1,5,4,1 (Florentyn 9 *inst.*).

34. D. 1,1,4 (Ulpian 1 *inst.*).

i samą niewolę, stworzyło *ius gentium*, czyli jak powiedzielibyśmy dzisiaj – prawo międzynarodowe. Obiecująco pobrzmiwa u Florentyna sformułowanie *contra naturam*, znajdujące potwierdzenie u Ulpiana w przytoczonych wyżej słowach *iure naturali omnes liberi nascerentur*. Jurysta ten powtórzył następnie uwagę o podziale, znanym z pism Gaiusa, opatrując charakterystyczną uwagą wstępną: *et cum uno naturali nomine homines appellaremur, iure gentium tria genera esse coeperunt: liberi et his contrarium servi et tertium genus liberti, id est hi qui desierant esse servi* – „jako że w naturze zostaliśmy nazwani jednym wspólnym mianem – ludzie, prawem narodów wprowadzono podział na trzy rodzaje: na wolnych, ich przeciwieństwo – niewolników oraz na wyzwolenców. Ten trzeci rodzaj stanowią ci, którzy przestali być niewolnikami”³⁵. Uwaga Ulpiana wskazuje, że myśl o naturalnej równości już nie jest obca późnoklasycznym jurystom. Zdają się dostrzegać zagadnienie w perspektywie historycznych zmian. Natomiast pojedynczych wyrażen: *contra naturam* czy *iure naturali omnes liberi nascerentur* nie wolno wrywać z kontekstu, ani przypisywać ich pojawieniu się w myśli jurysprudencyjnej zbyt daleko idących konsekwencji. Wiele bowiem zależy od tego, co rozumie się pod pojęciem *ius naturale* czy *naturalis ratio*³⁶. Różnie zgoła widzieli to poszczególni prawnicy rzymscy, ale też pójdziem na skróty byłoby powiedzieć, że dopiero tradycja judeochrześcijańska pozwoliła głębiej zrozumieć to, co kryje się dziś pod pojęciem prawa naturalnego. Nawet przy Dekalogu, który jest wyrazem prawa poznawalnego światłem rozumu, spełnianie przykazań wymaga wcześniejszej odpowiedzi na pytanie, kto jest bliźnim. A dziś, gdy rozumienie *ius naturale* i *naturalis ratio* pozostaje przedmiotem ożywionych dyskusji, wiele zależy od osobistych wyborów naukowych i filozoficznych.

Skoro w przekonaniu późnoklasycznych jurystów niewola jest ludzkim tworem, starożytnym było blisko do przyznania, że w mocy człowieka jest i jej zniesienie. Prawo przewidywało wyzwolenia, których dokonywano jedynie na skutek pojedynczej decyzji w indywidualnej sprawie. Do myśli, że i zniesienie niewoli w ogóle zależy od człowieka, wiodła jeszcze długa droga. Poprowadził nią pragmatyzm, który wobec kryzysu gospodarczego i niewydolności gospodarki niewolniczej, kazał osadzać na roli jako kolonów słabych ekonomicznie: niewolników, ale i wolnych obywateli.

Przyzwyczajiliśmy się myśleć o niewolniku w Rzymie dość schematycznie: jako o *instrumentum vocale* i przedmiocie własności na równi ze zwierzętami czy przyrodą nieożywioną. Wizja ta była bliska zakochanej w powstaniach niewolniczych historiografii marksistowskiej, która starała się w starożytności odnaleźć wyraźnie antagonistyczne klasy. Popadłby w szereg błędów, kto myślałby, że niewolnik to

35. D. 1,1,4 (Ulpian 1 *inst.*).

36. G. 1,1; D. 1,1,9 (Gaius 1 *inst.*).

w Rzymie jedynie przedmiot praw. Już choćby wskazany przez Gaiusa podział w dziedzinie prawa dotyczącego osób, ale też inne fragmenty, pochodzące od tego i innych jurystów wskazują, że również niewolnika określano jako „osobę”³⁷. Zresztą był chyba zawsze postrzegany podmiotowo przez rzymskie prawo sakralne. Prawo cesarskie przyznało niewolnikom przynajmniej częściową zdolność prawną³⁸, a więc pewien zakres podmiotowości. Chrześcijaństwo nie domagało się tu radykalnych zmian, choć samo dokonało ich w sferze religijnej i społecznej, co widać w pierwszym liście Apostoła Piotra i w pismach pawłowych³⁹. Szanowało obowiązujący porządek i „w przeciwieństwie do innych wielkich religii nigdy nie narzucało państwu i społeczeństwu prawa objawionego, uregulowania prawnego, wywodzonego z objawienia. Odwoływało się natomiast do natury i rozumu jako prawdziwych źródeł prawa – odwoływało się do zgody między rozumem obiektywnym a subiektywnym”⁴⁰. Ze względu na znaną zależność wiary i uczynków, żywo dyskutowaną zwłaszcza w dobie Reformacji, dla chrześcijaństwa herezją byłoby odrzucenie wezwania, aby wszystkie sfery życia pozostawały w spójności. W każdej musi być widać i przyjęcie Ewangelii, i życie nią na co dzień.

7. Kto więc jest bliźnim?

Dziś podstawowa, a więc prawdziwie niebezpieczna herezja ma charakter antropologiczny. I nie jest żadnym paradoksem, że w dobie sporu z dominującym życiem politycznym marksizmem zasadniczy spór także dotyczył wizji człowieka. Badając tedy, kto w danym porządku normatywnym jest podmiotem prawa, nie wolno poprzestać na słowach. *Hominum causa omne ius constitutum sit* – „wszelkie prawo ustanawia się ze względu na człowieka”⁴¹ brzmi pięknie i patetycznie, ale w prawniczym podręczniku Hermogeniana uzasadniało jedynie systematykę dzieła. Jurysta z III wieku, który być może należał do inicjatorów prześladowania chrześcijan za czasów Dioklecjana, stwierdzał po prostu, że najpierw postanawia pisać o prawie dotyczącym osób, a potem o pozostałych kwestiach. Dzięki odnotowaniu tej uwagi przez kompilatorów justyniańskich w VI wieku, dawała następnie wyraz przekonaniom, że prawo należy tworzyć na ludzką miarę i że to człowiek jest w nim najważniejszy. Tak została rozwinięta

37. G. 1,121; 2,187; 3,189; FV. 75,2.

38. T. GIARO, *Rzymski zakaz nadużycia praw podmiotowych w świetle nowej jurisprudencji pojęciowej*, 6 Zeszyty Prawnicze UKSW 1 (2006) 292; „(...) koniec końców należy bezwzględnie poprzeć pogląd nowszej romanistyki podsumowujący wspomniane reformy jako przyznanie niewolnikom wedle prawa cesarskiego częściowej zdolności prawnej”.

39. 1 P 2,18; 1 Kor 7,21; Ef 6,5-9; Kol 3,22; 1 Tym 6,1-2; Tyt 2,9-10, Fil 15-18.

40. BENEDYKT XVI, *Serce rozumne* (wyżej przyp. 2) 40.

41. D. 1,5,2 (Hermogenian 1 *iur. epit.*).

w europejskiej tradycji prawnej i włączona w nurty humanizmu. W ustach męża stanu, ale i filozofa personalisty, skierowana do prawodawców, jest wezwaniem oraz zachętą. Służy przywołaniu autorytetu rzymskiej spuścizny dla podkreślenia konieczności dostrzegania ludzkiego wymiaru regulacji prawnych⁴².

Na pytanie o podmiot prawa nie wystarczy tedy odpowiedzieć: „człowiek”. Trzeba nieustannie badać, kogo społeczeństwo, a więc jego porządek prawny, uważa za człowieka. Gdy analizujemy prawne regulacje, szukamy odpowiedzi na pytanie i o rzeczywiste przekonania społeczeństwa, i o ich praktyczny wymiar. Prawo nie jest bowiem neutralne aksjologicznie, choćby to najbardziej stanowczo deklarowano. Przyjęcie w nim i ochrona danych wartości wynika z cywilizacyjnego dziedzictwa, z tradycji prawnych czy – jak to współcześnie określamy – z uznawanej koncepcji praw podstawowych. Czasem deklaruje się ograniczenie roli wartości do aksjologicznego minimum. Jednak, jak zauważył postulujący je Marek Safjan, „uznanie minimum aksjologicznego i praw podstawowych za wspólny i uniwersalny zarazem element porządku prawnego w państwach demokracji konstytucyjnej nie rozstrzyga *per se* wielu zasadniczych konfliktów etycznych i prawnych, stanowiących wyzwania dla współczesnych systemów prawnych”⁴³. W istocie ich pojawianie się dowodzi, że minimum to raczej słowny wytrych. Prawdziwe spory, do białości rozpalające umysły i serca, dotyczą tego, co należy do aksjologii społeczeństwa, czyli – jeśli chce się tak powiedzieć – właśnie co dokładnie zawiera się w aksjologicznym minimum. Zupełnie podstawowe i zdać by się mogło proste pytanie o to, kto jest bliźnim, było kiedyś i wciąż pozostaje w centrum tych sporów. Odpowiedź na nie określa zaś miarę człowieczeństwa zarówno odpowiadającego, jak i porządku prawnego.

42. JAN PAWEŁ II, Przemówienie wygłoszone w Zgromadzeniu Narodowym (11 czerwca 1999), 2, L'Osservatore Romano (wyd. pol.) 8 (1999) 52; TENŻE, Przemówienie wygłoszone w Parlamencie Włoskim (14 listopada 2002), AAS 95 (2003) 249.

43. M. SAFJAN, *Prawo, wartości i demokracja*, Chrześcijaństwo – świat – polityka 1(5) (2008) 14.

Spis treści

Wykaz publikacji Andrzeja Kremera 7

CZEŚĆ PIERWSZA PRAWO RZYMSKIE I TRADYCJA ROMANISTYCZNA

KRZYSZTOF AMIELAŃCZYK (UNIWERSYTET MARII CURIE-SKŁODOWSKIEJ W LUBLINIE)
Fictio legis Corneliae. Kilka uwag na temat powstania i treści rzymskiej fikcji prawnej 13

WOJCIECH DAJCAK (UNIWERSYTET IM. ADAMA MICKIEWICZA W POZNANIU)
„Natura umowy” w argumentacji prawników rzymskich 29

KS. ANTONI DĘBIŃSKI (KATOLICKI UNIWERSYTET LUBELSKI JANA PAWŁA II)
„Rękopisy nie płoną”. Profesor Stanisław Popławski i jego testament 47

TOMASZ GIARO (UNIWERSYTET WARSZAWSKI)
Krótka historia istoty osoby prawnej 59

WOJCIECH KOWALSKI
(MINISTERSTWO SPRAW ZAGRANICZNYCH, UNIWERSYTET ŚLĄSKI W KATOWICACH)
Nabycie własności rzeczy ruchomej *a non domino* w prawie rzymskim
i współczesne zmagania z problemem 77

HENRYK LITWIN (MINISTERSTWO SPRAW ZAGRANICZNYCH)
Prawo rzymskie w „Traktacie o naturze praw i dóbr królewskich”
Stanisława Zaborowskiego z 1507 roku 105

KS. FRANCISZEK LONGCHAMPS DE BÉRIER (UNIWERSYTET JAGIELLOŃSKI)
Podmiot prawa: między Rzymem a Jerozolimą 115

ŁUKASZ MARZEC (UNIWERSYTET JAGIELLOŃSKI)
Od *ius gentium* do *International Court of Justice*. Kilka uwag o prawie rzymskim
i międzynarodowym prawie publicznym 133

WIESŁAW MOSSAKOWSKI (UNIwersYTET MIKOŁAJA KOPERNIKA W TORUNIU) Elementy międzynarodowe zarządu terytorialnego w starożytnym Rzymie	143
TOMASZ PALMIRSKI (UNIwersYTET JAGIELLOŃSKI) Kilka uwag na temat przysięgi strony jako środka dowodowego w procesie ziemskim I Rzeczypospolitej i możliwej recepcji prawa rzymskiego w odniesieniu do formy, w jakiej była ona składana	155
ANNA PIKULSKA-RADOMSKA (UNIwersYTET ŁÓDZKI) Rzymskie <i>tributum</i> jako instrument polityki międzynarodowej	167
JAROSŁAW RESZCZYŃSKI (WYŻSZA SZKOŁA EKONOMII I PRAWA W KIELCACH) <i>Allegationes non leguntur</i> . Z dziejów romanistycznej glosy do pomników prawa sasko-magdeburbskiego	175
BRONISŁAW SITEK (UNIwersYTET WARMIŃSKO-MAZURSKI W OLSZTYNIE) Władza absolutna cesarzy rzymskich okresu Dominatu na tle współczesnych koncepcji władzy	199
PAULINA ŚWIĘCICKA (UNIwersYTET JAGIELLOŃSKI) Dyskursywnie dialektyczne poznanie i rozwój prawa w Rzymie republikańskim (przyczynek do dalszych rozważań)	217
RAFAŁ WOJCIECHOWSKI (UNIwersYTET WROCŁAWSKI) Źródła prawa rzymskiego jako przedmiot studiów uniwersyteckich w średniowieczu	231
WITOLD WOŁODKIEWICZ (UNIwersYTET WARSZAWSKI) <i>Favor libertatis</i> przy wyzwoleniu fideikomisarnym (na marginesie tekstu Marcjana – D. 40,5,53)	247
KAROLINA WYRWIŃSKA (UNIwersYTET JAGIELLOŃSKI) Znaczenie zwrotu <i>id quod interest</i> dla problemu oszacowania odszkodowania w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania przez sprzedawcę zobowiązania z kontraktu kupna-sprzedaży w klasycznym prawie rzymskim. Wybrane przykłady	255

CZEŚĆ DRUGA PRAWO MIĘDZYNARODOWE I KONSULARNE

JAN BARCZ (AKADEMIA LEONA KOŹMIŃSKIEGO W WARSZAWIE) Problemy instytucjonalne i prawne związane z akcesem Unii Europejskiej do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka	271
PAWEŁ CZUBIK (UNIwersYTET JAGIELLOŃSKI) Forma „czysto” prywatnoprawna czynności zagranicznej dotyczącej przeniesienia własności nieruchomości położonej w Polsce a czynności notarialne polskiego konsula	295
ROMAN KWIECIEŃ (UNIwersYTET MARIi CURIE-SKŁODOWSKIEJ W LUBLINIE) O genezie idei prawa narodów, czyli o (nie)trafności europocentrycznego tłumaczenia fenomenu prawa międzynarodowego	311
KAZIMIERZ LANKOSZ (UNIwersYTET JAGIELLOŃSKI) Stosunki konsularne Państwa Kościelnego ze Stanami Zjednoczonymi w latach 1797-1870	329
IZABELA LEWANDOWSKA-MALEC (UNIwersYTET JAGIELLOŃSKI) Szlachecka wizja stosunków międzynarodowych w Pierwszej Rzeczypospolitej	335
RYSZARD SARKOWICZ (UNIwersYTET JAGIELLOŃSKI) Kultura bezkarności	343
STEFAN SAWICKI I TOMASZ KAMIŃSKI (UNIwersYTET WARSZAWSKI) <i>Clausula rebus sic stantibus</i> a zasadnicza zmiana okoliczności jako przesłanka wygaśnięcia traktatu w świetle Konwencji Wiedeńskiej z 1969 roku	353
WACŁAW URUSZCZAK (UNIwersYTET JAGIELLOŃSKI) Materiały do historii pobytu polskiego rządu na uchodźstwie w Angers w <i>Archives départementales de Maine-et-Loire</i> . Notatki z kwerendy w czerwcu 1982 roku	371
IRENA LIPOWICZ (RZECZNIK PRAW OBYWATELSKICH, UNIwersYTET KARDYNAŁA STEFANA WYSZYŃSKIEGO) Andrzej Kremer – wspomnienie	389
Wykaz skrótów	393
Spis treści	401