

Jan Kodrebski

MONTESQUIUSZ A PRAWO RZYMSKIE

W historii doktryn prawnych wiek XVIII jawi się jako epoka prawa natury i odchodzenia od prawa rzymskiego, utożsamianego przez ludzi Oświecenia z feudalną tradycją. Ale pogląd ten, aczkolwiek często od wieku XVIII powtarzany, nie jest zbyt ścisły. Historia myśli prawnej XVIII w. oczekuje jeszcze na pełne zbadanie, ale wiemy przecież, że owocem XVIII-wiecznej myśli prawnej były wielkie kodyfikacje początków XIX w., jak Kodeks Napoleona, czy austriacki kodeks cywilny, które opierały się na prawie rzymskim¹.

Najwybitniejsi przedstawiciele XVIII-wiecznej nauki prawa opierali się na prawie rzymskim, przykładem może być największy chyba francuski prawoznawca tej epoki, Pothier. Wiemy, że myśliciele Oświecenia chętnie utożsamiali prawo natury z prawem rzymskim, a ściślej z duchem prawa rzymskiego, dość dowolnie rozumianym, traktując je jako *ratio scripta*². Protesty przeciw prawu rzymskiemu wynikały głównie z wiązania go z feudalizmem i dawnym porządkiem³. Jest więc zrozumiałe, że badacze współcześni usiłują na nowo odczytać rolę prawa rzymskiego w Oświeceniu.

Uwaga nasza z natury rzeczy winna skierować się przy badaniu roli, jaką prawo rzymskie odgrywało w epoce Oświecenia, na dzieło

¹ K. Sójka-Zielińska, *Wielkie kodyfikacje cywilne XIX wieku*, Warszawa 1973, s. 41, 95, 177. Skróty użyte w przypisach: DP — Ch. de Montesquieu, *Duch praw*; PL — Montesquieu *Oeuvres Completes*, *Bibliothèque de la Pleiade*, t. 1—2, Paris 1951.

² P. Koschaker, *Europa und das römische Recht*, München 1953, s. 251 i n. U Monteskiusza stwierdzenie, że kodyfikacja Justyniana została przyjęta jako *raison écrite* — DP XXVIII, 13 *in fine*. Patrz też o stosunku Oświecenia do prawa rzymskiego — W. Wołodkiewicz, *Rzymskie korzenie współczesnego prawa cywilnego*, Warszawa 1978, s. 8 oraz H. Thieme, *Des Naturrecht und die europäische Privatrechtsgeschichte*, Basel 1954, s. 25 i n.

³ H. Thieme, *Die zeit des Späten Naturrechts*, ZSS G.A 1936, s. 241 i n.

Monteskiusza, tak z uwagi na wielkość tego myśliciela, niewątpliwie najwybitniejszego przedstawiciela filozofii tego okresu, jak i z uwagi na jego zainteresowanie i zrozumienie dla historii. Monteskiusz jest głównym przedstawicielem oświeceniowego historyzmu, a więc jego podejście do prawnego dziedzictwa Rzymian winno być szczególnie wnikliwe. Oczywiście romanistyczna wiedza myśliciela i jego postawa wobec prawa rzymskiego nie będą bynajmniej typowe, ale poznanie ich może mieć znaczenie dla zbadania roli, jaką prawo rzymskie odgrywało w XVIII-wiecznej Europie.

Wiek XVIII wykazywał tradycyjne od Renesansu zainteresowanie starożytnością klasyczną i podziw dla jej osiągnięć. Nauka w szkole średniej polegała głównie na czytaniu i komentowaniu rzymskich klasyków, studia na wydziałach prawa polegały głównie na studiowaniu prawa rzymskiego, choć od końca wieku XVII na Wydziale Prawa w Paryżu z rozkazu Ludwika XIV wykładano również współcześnie obowiązujące prawo francuskie⁴. Francuscy historycy starożytności, jak Lenain de Tillemont, posunęli naprzód wiedzę o antyku, rozwijaną w XVIII w. przez liczną rzeszę uczonych erudyków. Badanie historii starożytnej stało się w tej epoce modnym i ulubionym zajęciem, dzieje Rzymian okazją do snucia rozważań politycznych, czy prawnych, często dość luźno z Rzymem związanych. Podstawą do tych studiów, z których część nie całkiem się zdezaktualizowała, były wielkie, erudycyjne i do dziś wykorzystywane wydania klasyków łacińskich, i greckich, zwłaszcza liczne w XVII w.

Wymienić tu należy zwłaszcza wydanie Kodeksu Teodozjańskiego przez Godefroia i wielki słownik łaciński du Cange. Nauka prawa rzymskiego rozwijała się na uniwersytetach, mając za sobą wieki świetnego rozwoju, a dzieła Cujasa, Doneau i Domata były przewodnikiem po rzymskiej jurysprudencji, z którego i teraz współczesny romanista z pożytkiem może czerpać. Wpływ nauki prawa rzymskiego na rozwój prawa francuskiego w wiekach XVIII i XIX był olbrzymi⁵. Istniała więc naturalna baza dla zainteresowań Monteskiusza Rzymem starożytnym i prawem rzymskim.

Z historią starożytnego Rzymu zetknął się nasz autor, jak tytu jego współczesnych, już w dzieciństwie, na szkolnej ławie w kolegium

⁴ A de Curzon, *L'enseignement du droit français dans les universités de France aux XVII et XVIII siècles*, Paris 1920.

⁵ J. Arnaud, *Les origines doctrinales du Code Civil français*, Paris 1962, s. 121 i n. Patrz też K. Sójka-Zielińska, *Rola prawa rzymskiego w pracach kodyfikacyjnych wieku Oświecenia*, CPH 1975, t. 27, z. 1, s. 111 i n. Patrz też znany sąd F. Engelsa, *Ludwik Feuerbach i zmierzch klasycznej filozofii niemieckiej*, [w:] K. Marks, F. Engels, *Dzieła*, t. 21, Warszawa 1969, s. 339.

Oratorianów w Juilly, gdzie kształcił się od 11 do 16 roku⁶ życia. Jest rzeczą charakterystyczną, że najwcześniejszym zachowanym do naszych czasów rękopisem Monteskiusza jest jego zeszyt z notatkami poświęconymi historii starożytnego Rzymu — *Historia romana*⁷.

Z prawem rzymskim zapoznał się myśliciel w czasie swych trzyletnich studiów (1705—1708) na Wydziale Prawa uniwersytetu w Bordeaux⁸. Co prawda nie wydaje się, żeby ówczesny poziom studiów w Bordeaux stał wysoko. Współczesny urzędnik informował ministra, że „wydział prawa w Bordeaux jest całkowicie opustoszały, wyludniony przez niedbałość profesorów prawa w wypełnianiu ich obowiązków”⁹. Prawo rzymskie wykładać miało dwu profesorów, z których żaden wykładów nie prowadził. Jeden z nich miał 98 lat, drugi tylko 80, ale był niewidomy¹⁰. Tym niemniej edukacja prawna Monteskiusza nie zakończyła się na jego formalnych studiach. Po uzyskaniu stopnia magistra (*licence*) spędził następne pięć lat w Paryżu, poświęcając swój czas m. in. na studiowanie prawa, zapoznawanie się z praktyką prawniczą pod kierunkiem wybitnych adwokatów¹¹. Należąc do szlachty urzędniczej, myśliciel przygotowywał się do piastowania oczekujących nań wysokich urzędów sądowych. Po powrocie w strony rodzinne był krótko adwokatem, a w 1716 r. objął urząd prezydenta parlamentu w Bordeaux, który piastował przez 10 lat¹². W tym okresie powstał główny dowód bezpośredniego kontaktu Monteskiusza z prawem rzymskim — zbiór notatek ze studiowania *Corpus Iuris*, określanej jako *Collectio iuris*. Jest to obszerna i do dziś pozostała w rękopisie praca, przechowywana od półwieku w paryskiej Bibliotece Narodowej, zawierająca w 6 zeszytach liczących 790 kart szczegółowe notatki z tekstów *Digestów*, *Kodeksu Justyniańskiego* i *Novel*¹³.

Notatki są w języku francuskim, mają charakter zwięzłych streszczeń bez żadnych uwag ani odautorskich refleksji. Pierwszy zeszyt

⁶ R. Shackleton, *Montesquieu, biographie critique*, Grenoble 1977; P. Barrere, *Un grand provincial C. L. de Secondat de Montesquieu*, Bordeaux 1946, rozdz. 1, s. 13—15.

⁷ PL, t. 2, s. 1143—1445 i s. 1582.

⁸ Shackleton, *op. cit.*, s. 15; R. Celeste, *Montesquieu à Bordeaux*, Bordeaux 1891, s. 68.

⁹ Intendent z Bordeaux do Kontrolera generalnego w 1709 r., patrz: A. de Boislisle, *Correspondence des controleurs generaux des finances...*, t. 3, Paris 1897, s. 227—228.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Shackleton, *op. cit.*, s. 16. Jest to najmniej znany okres życia myśliciela.

¹² J. Dalat, *Montesquieu magistrat*, t. 1—2, Paris 1971—1972; S. Maxwell, *Montesquieu avocat*, Bordeaux 1896.

¹³ BN, NAF, 12 837—12 842.

zawiera notatki z pierwszych dwudziestu jeden ksiąg Digestów, przy czym tak istotna i sprzyjająca refleksjom ogólnym księga I zajmuje zaledwie 6 stron¹⁴. Drugi zeszyt omawia księgi XXII—XXXVI Digestów, trzeci — księgi pozostałe. O praktycznym charakterze notatek świadczy uwaga, że „40 księga została opuszczona, jako że jest w niej mowa jedynie o niewolnikach”¹⁵.

Autor wybiera na ogół w swych notatkach fragmenty mające walor praktyczny, niekiedy daje skrócony przekład wybranego fragmentu, niekiedy parafrazę lub zwięzły cytat. Z większej lub mniejszej szczegółowości notatek można wnioskować o zainteresowaniach Monteskiusza — najbardziej szczegółowe są notatki z ksiąg XLVII i XLVIII, poświęconych prawu karnemu.

W trzech następnych zeszytach Monteskiusz umieszcza notatki z Kodeksu Justyniańskiego, w czwartym — księgi I—V¹⁶, w piątym — VI—IX¹⁷, w szóstym — X—XII¹⁸. Są to na ogół krótkie wypisy łacińskie, ale spotykamy też obszerniejsze uwagi na temat rzymskiego prawa karnego, cytaty z J. Domata, czy polemiki z francuskimi komentatorami Kodeksu. Wreszcie w szóstym zeszycie przechodzi autor do omawiania Noweł, streszcza bardzo szczegółowo Nov. 18, Nov. 39, a kończy cały zbiór wypisami z akt sądowych toczących się współcześnie procesów¹⁹.

Całe to dzieło robi wrażenie notatek roboczych, mających służyć celom ogólnym. Widać, że ich autor nie myślał o konkretnej pracy, ale chciał pogłębić i wzbogacić swą wiedzę romanistyczną, być może z myślą o jakimś późniejszym twórczym zużytkowaniu. Nie można wykluczać, że przy układaniu tego zbioru, który — jak się wydaje — powstał w latach 1716—1723²⁰, a więc gdy Monteskiusz był prezydentem parlamentu, pewną rolę odegrała myśl o przyszłym jego zużytkowaniu przy jakimś wielkim dziele, jakim okazał się *Duch praw*. Ale na pierwszy rzut oka wydaje się, że kierowała Monteskiuszem ciekawość poznawcza, być może pobudzona jego funkcjami sądowymi, i że chciał w tej formie nadrobić dość zrozumiałe — w świetle przedstawionych faktów — braki swojej prawniczej edukacji. W każdym razie dzieło to jest dowodem, że Monteskiusz znał prawo rzymskie gruntownie, choć, być może, wiedza

¹⁴ NAF 12 838 — D 1, 1 ma jedynie zacytowany tytuł.

¹⁵ NAF 12 839, k. 25.

¹⁶ NAF 12 840, kończy się na *De naturalibus liberis*, w uwagach krytycznych cytat z Domata (k. 118).

¹⁷ NAF 12 841, obszerne rozważania nad prawem karnym, k. 104.

¹⁸ NAF 12 842.

¹⁹ NAF 12 842, k. 83—146.

²⁰ Shackleton, *op. cit.*, s. 321; M. Levin, *The political Doctrine of Montesquieu „Lois”: its classical background*, New York 1936.

jego była raczej bierna niż czynna. W notatkach, poza jednym cytatem z J. Domata i paru odosobnionymi uwagami, brak śladów lektur romanistycznych traktatów czy komentarzy.

Do wykorzystania wiedzy romanistycznej przez Monteskiusza wrócimy niebawem, na razie zwróćmy uwagę na ciągle i aktywne zainteresowanie naszego autora historią Rzymu. Dla Monteskiusza, tak jak dla Makiawela i tylu innych myślicieli XVI—XVIII w., dzieje Rzymu starożytnego były swoistym laboratorium społecznym, opisem zakończonego i klasycznego cyklu rozwojowego, a przez to jednym z podstawowych źródeł faktów, które były podstawą konstrukcji naszego myśliciela²¹. Cała twórczość Monteskiusza jest pod znakiem Rzymu starożytnego, a on sam wymownie określa swój stosunek do rzymskiego dziedzictwa stwierdzając: „...czuję się silny w swych zasadach, gdy mam za sobą Rzymian”²².

Pierwsze dzieło historyczne myśliciela to ogłoszony w 1716 r. na posiedzeniu Akademii w Bordeaux odczyt o polityce religijnej Rzymian, interpretujący religię rzymską jako instrument władzy politycznej. Jest to praca dla nas raczej naiwna, ale w duchu epoki i wykazująca, jak na wiek XVIII, dobrą znajomość źródeł²³.

Kilka lat potem, w 1722 r. powstał *Dialog Sulli i Eukratesa* — próba interpretacji zjawiska despotyzmu w oparciu o historię Rzymu²⁴. Wreszcie w latach 1729—1733 powstało jego dzieło *Rozważania o przyczynach wielkości Rzymian i ich upadku*, wczesna próba wyjaśnienia procesu historycznego oparta na dobrej znajomości historii rzymskiej, nawiązująca wyraźnie do wielkiego dzieła Bossueta²⁵. W końcu *Duch praw*, główne dzieło Monteskiusza, dzieło jego życia, pełne jest informacji o rzymskich prawach i obyczajach; historia Rzymu była, obok historii feudalnej Francji, podstawowym budulcem tego arcydzieła.

²¹ F. Weil, *Les lectures de Montesquieu*, „Revue d'histoire littéraire de France” 1957, nr 4, s. 494—514. Patrz też R. Stromberg, *History in the eighteenth century*, „Journal of the History of Ideas” 1951, s. 295, 304.

²² DP VI, 15, Pl., t. 2, s. 325. O fascynacji Monteskiusza Rzymem patrz C. Jullien we wstępie do *Considerations...*, Paris 1930, s. X.

²³ Pl., t. 1, s. 81—92.

²⁴ Pl., t. 1, s. 501—507.

²⁵ Przekład polski A. Wiśniewskiego z XVIII w. do dziś jedyny. Patrz A. Duraffour, *Les Considerations de Montesquieu dans leurs rapport avec Bossuet et Polybe*, [dans:] *Melanges [...] Charles Andler*, Paris 1924, s. 129—142. O metodzie historycznej Monteskiusza w tym dziele patrz: C. Jullien w swym wydaniu *Considerations...*, s. XXV i n. O Bossuecie patrz C. Kunderewicz, *Elementy ustrojowe w „Polityce” Bossueta*, „Sprawozdania z posiedzeń Tow. Naukowego Warszawskiego” 1949, s. 23—31.

Monteskiusz był niewątpliwie dobrym znawcą *Corpus iuris* i źródeł historycznych, choć, oczywiście, erudycja jego miała spore luki²⁶. Słabością naszego autora był brak krytyki źródeł — na ogół nie podawał on w wątpliwość świadectw źródłowych, a w szczególności akceptował bez dyskusji całe legendarne wczesne dzieje Rzymu. Brak krytycyzmu źródłowego był jednak typowy dla epoki, w jakiej żył.

Znajomość prawa rzymskiego przez Monteskiusza może być przynajmniej częściowo ustalona na podstawie wzmianek o nim w jego pismach, zwłaszcza w *Duchu praw*. Znacznie trudniej ustalić, jakich autorów romanistycznych wykorzystał. Cytował jak już powiedziano Domata²⁷; znał podręcznik. C. de Ferriere historii prawa rzymskiego²⁸, ale szczególny wpływ wywarły na niego dzieła wybitnego neapolitańskiego historyka prawa rzymskiego Gian Vincenzo Gravina²⁹. Uczony ten, autor znakomitego dzieła *Origines iuris civilis*, był jednym z pierwszych historyków prawa rzymskiego wiążących ściśle historię prawa prywatnego z historią ustroju i z historią społeczno-polityczną. Monteskiusz powołuje się nań w *Duchu praw*³⁰. Znajomość źródeł prawa rzymskiego, obejmuje u naszego autora również teksty spoza pandektów: zna *Sententiae Pauli*³¹, *Regulae Ulpiani*³², *Collatio legum mosaicarum et romanorum*³³, a z bizantyjskich źródeł prawa znał Bazyliki i Heksabiblos Konstantyna Harmenopulosa³⁴. Jest ona zresztą częścią ogromnej erudycji myśliciela, który nigdy nie myślał o szczególnym zajęciu się prawem rzymskim.

Monteskiusz był raczej historykiem niż prawnikiem w swej metodzie pracy i choć niekiedy, jak w rozdziale *Ducha praw* poświęconym rzymskiemu prawu spadkowemu³⁵, okazuje mistrzostwo prawnej analizy, to z reguły opiera swe wywody na źródłach raczej historycznych czy lite-

²⁶ O lekturach klasycznych i bizantyjskich Monteskiusza, patrz: jego notatki — tzw. *Spicilegium*, Pl., t. 2, s. 1369, 1276, 1353.

²⁷ Jego dzieło *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris 1689, znajdowało się w jego bibliotece — Shackleton, *op. cit.*, s. 325.

²⁸ C. de Ferriere, *Histoire du Droit romain*, Paris 1718, cytowany w notatkach — Pl., t. 2, s. 1282.

²⁹ Shackleton, *op. cit.*, s. 90—91.

³⁰ DP I, 3 Pl., t. 2, s. 237, a także s. 1053, notatki autora.

³¹ Cytuje je krytycznie w DP XXIX, 16, Pl., t. 2, s. 879, także DP XXIII, 21, Pl., t. 2, s. 706.

³² DP XII, 9, Pl., t. 2, s. 441 oraz DP XXVII, s. 768.

³³ DP XI, 18, Pl., t. 2, s. 424, przyp. b.

³⁴ DP XXI, 20, Pl., t. 2, s. 641, przyp. a i s. 1186. Znał je chyba z drugiej ręki, bo nie wydaje się, aby czytał po grecku, patrz: *L'Esprit des Lois*, ed. L. Brethe de la Gressaye, Paris 1955, t. 2, s. XII. W bibliotece Monteskiusza był *Corpus Iuris Civilis*, patrz: L. Desgraves, *Catalogue de la Bibliotheque de Montesquieu*, Geneve 1954, nr 705.

³⁵ DP XXVII, Pl., t. 2, s. 778—789.

rackich niż prawnych. Jest symptomatyczne, że księga *Ducha praw* o rzymskim spadkobranii oparta jest głównie na historykach rzymskich. Monteskiusz umiejętnie znajduje informacje prawne w tekstach historycznych i literackich, ale robi wrażenie, jakby one stanowiły dla niego przy pisaniu dzieła, w założeniu prawnego, podstawową bazę źródłową. Uwaga myśliciela rozkłada się też dość nierównomiernie na rzymskie prawo prywatne i publiczne. To ostatnie wyraźnie interesuje bardziej naszego autora.

W tej pracy skupimy się przede wszystkim na krótkim przeglądzie poglądów Monteskiusza na prawo prywatne rzymskie, gdyż do prawa publicznego podchodził raczej jako komparatysta niż historyk. Szczegółowe opracowanie miejsca prawa rzymskiego w dziełach Monteskiusza wymagałoby pracy znacznie większych rozmiarów. Tu ograniczymy się do zwięzłego wskazania podstawowych zagadnień romanistycznych w pismach naszego autora, a przede wszystkim w jego głównym dziele — *Duchu praw*, problemy prawa publicznego, zlewające się u Monteskiusza z historią polityczną, zostawiając na marginesie. Dla naszego myśliciela zagadnienia ustrojowe były jednak niewątpliwie ważniejsze niż problemy prawa prywatnego.

Zainteresowanie Monteskiusza rzymskim prawem prywatnym rozkłada się bardzo nierównomiernie na różne działy. Prawo rzeczowe i zobowiązania nie budzą na ogół jego zainteresowania, które koncentruje natomiast na prawie rodzinnym i spadkowym. Wydaje się, że te właśnie działy szczególnie nadawały się do pokazania związku między prawem a obyczajami, co — jak wiemy — było jednym z głównych celów *Ducha praw*³⁶.

Małżeństwo rzymskie jest dla naszego myśliciela — zgodnie z rzymską tradycją — przede wszystkim instytucją mającą służyć społeczeństwu. Przeciwstawia w ostry sposób małżeństwo rzymskie epoki przedjustyniańskiej małżeństwu w prawie justyniańskim, w którym wymogi religii — jego zdaniem — zatriumfowały nad potrzebami moralności społecznej³⁷. Szczególnie oburza myśliciela dopuszczenie przez Justyniana możliwości rozwiązania małżeństwa z powodu wstąpienia do klasztoru³⁸. Świecki, społeczny charakter małżeństwa rzymskiego jest przezeń wyraźnie przeciwstawiany małżeństwu chrześcijańskiemu³⁹.

³⁶ Na to zwraca uwagę wielki angielski historyk prawa H. S. Maine, *The Ancient Law*, London 1908, s. 207.

³⁷ DP XXVI, 9, PL, t. 2, s. 759—760; por. B. Biondi, *Il diritto romano cristiano*, t. 3, Milano 1952, s. 69 i n.; H. Insadowski, *Rzymskie prawo małżeńskie a chrześcijaństwo*, Lublin 1935, *passim*.

³⁸ Nov. 123, 40; por. Biondi, *op. cit.*, t. 3, s. 184.

³⁹ DP XXVI, 13, PL, t. 2, s. 762—763.

Monteskiusz podkreśla znaczenie, jakie w małżeństwie rzymskim miał szacunek męża dla żony i poszanowanie jej godności osobistej⁴⁰; pochwała zakaz darowizn między małżonkami, wyjaśniając go prostotą i surowością obyczajów rzymskich⁴¹.

Osobny rozdział poświęca Monteskiusz rozwodowi⁴². Opierając się na historykach rzymskich, autor nasz wyprowadza przepisy o *repudatio* zawarte w ustawie XII Tablic z prawa ateńskiego. Zajmując się społeczną funkcją małżeństwa w epoce wczesnej republiki, wykazuje nasz autor dużo pomysłowości w interpretacji tekstów, uzasadniając pogląd tych, co widzą w nim przede wszystkim prekursora socjologii prawa⁴³. Idąc tym śladem, poświęca Monteskiusz dużo uwagi polityce demograficznej Augusta i jego ustawom w sprawach małżeńskich⁴⁴, odnosząc się do nich z wyraźną aprobatą — jeszcze jeden dowód względności liberalizmu tego autora. Znajomość prawodawstwa małżeńskiego Augusta czerpie Monteskiusz z *Regulae Ulpiani*, które uważa za autentyczne, z Digestów, z Kodeksu Teodozjańskiego, z historyków (głównie Dion Kasjusz i Aulus Gelliusz) i z pism Ojców Kościoła⁴⁵. Cały ten krótki rozdział jest popisem erudycji naszego autora, który oparł się na kompilacji Gothofredusa⁴⁶, ale umiejętnie łączy źródła prawne (głównie *Regulae Ulpiani*) i historyczne.

Referat treści ustaw małżeńskich Augusta jest poprawny, a ich sens polityczny trafnie uchwycony⁴⁷. Sens ten, zdecydowanie konserwatywny, znajduje uznanie Monteskiusza, który uważa prawodawstwo Augusta za najpiękniejszą część prawa rzymskiego⁴⁸, tak ze względu na doskonałą formę, jak wzmacnianie różnic klasowych i zabezpieczenie uprzywilejowanej pozycji społecznej klas wyższych. Ubolewa nasz autor, że Justynian znosząc przepisy zakazujące nierównoprawnych małżeństw, „dał nam tę tak smutną wolność” — myśli tu oczywiście o mezaliansach we współczesnej mu Francji⁴⁹. Trafnie też wska-

⁴⁰ DP XIX, 26, Pl., t. 2, s. 574; porównanie CJ 5, 17, 8, 2 z Nov. 117, 14.

⁴¹ DP XIX, 25, Pl., t. 2, s. 573.

⁴² DP XVI, 16, Pl., t. 2, s. 520—521.

⁴³ J. Szacki, *Historia myśli socjologicznej*, t. 1, Warszawa 1981, s. 101. Patrz też G. Gurvitch, *La sociologie juridique de Montesquieu* „Revue de metaphysique et de morale” 1939, no 46, s. 611—626.

⁴⁴ DP XXIII, 21, Pl., t. 2, s. 697—707.

⁴⁵ Pl., t. 2, s. 699.

⁴⁶ J. Godefroi, *Fontes quatuor Juris Civilis in unum collecti [...] legis Juliae et Papiae item fragmenta...*, Geneva 1653.

⁴⁷ Por. ostatnio na ten temat P. Csillag, *The augustan laws on family relations*, Budapest 1976.

⁴⁸ DP XXIII, 21, Pl., t. 2, s. 699.

⁴⁹ DP XXIII, Pl., t. 2, s. 703.

zuje, że za Cesarstwa prawa musiały spełniać funkcję, którą za Republiki sprawowały opinia społeczna i cenzura. Pronatalistycznej polityce społecznej Rzymian przeciwstawia Monteskiusz ascetyczne zasady chrześcijaństwa, które zaciążyły na prawie średniowiecznym.

Pisząc o małżeństwie referuje nasz autor ustawę Augusta o zwalczaniu cudzołóstwa — *lex Julia de adulteris coercendis*, opierając się głównie na Dionie Cassiusie i Tacycie⁵⁰. Geneza tej ustawy upatrywana jest przez niego w zmianach obyczajowych uwarunkowanych zmianami społecznymi. W związku z tym omawia Monteskiusz zwięźle instytucję *iudicium domesticum*, której poświęca osobny rozdział⁵¹, opierając się na historykach i *Regulae Ulpiani*⁵². Nie wydaje się jednak, aby należycie rozumiał charakter *manus*, wyraźnie bowiem nie doceniał jej znaczenia.

Zna oczywiście Monteskiusz rzymską władzę ojcowską — *patria potestas*⁵³, którą zgodnie z utartą opinią widzi jako *seminarium rei publicae*⁵⁴, ubolewając nad jej zanikiem za późnego Cesarstwa na rzecz rozszerzenia władzy państwa; zna też przepisy o zakazie zabijania noworodków⁵⁵, które referuje opierając się na Dionizjuszu z Halikarnasu, Liwiuszu i Cyцерonie.

Działem rzymskiego prawa prywatnego najbardziej szczegółowo omówionego przez Monteskiusza, z którego najczęściej czerpie przykłady dla swych tez, jest prawo spadkowe, zapewne dlatego, że — jak już powiedziano — najlepiej nadaje się do pokazania społecznych uwarunkowań prawa i jego historycznego charakteru. Pewne znaczenie mogło mieć też praktyczne zapoznanie się Monteskiusza z rzymskim prawem spadkowym, które obowiązywało jako prawo posiłkowe w okręgu działania Parlamentu w Bordeaux⁵⁶. Prawu spadkowemu poświęcona jest cała, co prawda krótka, księga *Ducha praw* — księga XXVII O pochodzeniu i przemianach praw spadkowych Rzymian. Znajdujemy w niej dość pobieżny opis rzymskiego prawa spadkowego, w którym przemieszane są elementy prawa epoki republiki i prawa klasycznego, a nie brak też poważnych błędów. I tak opisując *testamentum per aes et libras* za republiki, pomija nasz autor kluczową przecież postać *familiae emptora*, twierdząc że dziedzic nabywał spadek bezpo-

⁵⁰ DP VII, 13, Pl., t. 2, s. 345—346.

⁵¹ DP VII, 10, Pl. t. 2, s. 342—343.

⁵² *Regulae Ulpiani*, tit. VI, 9, 12, i 13. Związek ich z tematem dość luźny, choć por. F. Girard, *Manuel elementaire de droit romain*, Paris 1929, s. 1011, przyp. 1.

⁵³ DP V, 7, Pl., t. 2, s. 283.

⁵⁴ B. Łapicki, *Władza ojcowska w starożytnym Rzymie*, Warszawa 1933, s. 155 i n. Por. Cicero, *De officiis*, I, 17.

⁵⁵ DP XXIII, 22, Pl., t. 2, s. 707—708.

⁵⁶ Shackleton, *op. cit.*, s. 250.

średnio od testatora⁵⁷. Jest to o tyle zrozumiałe, że głównym źródłem tego ustępu są Instytucje Justyniana i Parafraza Teofila⁵⁸. Jest to dość typowy przykład braku zmysłu krytyczno-historycznego u naszego autora w jego podejściu do historii prawa rzymskiego. Co prawda, wyczuwa on, że pewna ewolucja historyczna form testamentu miała miejsce, i że formy te ulegały stopniowo uproszczeniu. Błędnie też uważa Monteskiusz, że dziedziczenie pretorskie *ab intestato* dopuszczające kognatów do dziedziczenia pojawiło się dopiero za Cesarstwa⁵⁹. Ale na ogół Monteskiusz trafnie widzi przyczyny ewolucji prawa spadkowego, wiążąc je z wymogami życia gospodarczego. W szczególności interesująco widzi nasz autor *ratio legis* dziedziczenia przeciwtestamentowego formalnego w tym, że ojciec rodziny pomijając syna w testamencie pozbawiał również spadku jego dzieci, które dziedziczyły w wypadku, gdy ich ojciec był wydziedziczony *nominatim*⁶⁰. Słuszny jest nowatorski w ówczesnej literaturze pogląd naszego autora, że dziedziczenie testamentowe było późniejsze niż dziedziczenie *ab intestato*⁶¹. Trafnie pisze Monteskiusz, że „w pierwszych wiekach Rzymu nie wolno było sporządzać testamentu”, a później „każdy testament był swego rodzaju aktem władzy prawodawczej”⁶².

Dużo uwagi poświęca myśliciel omówieniu *legis Voconiae*, jej bazy społecznej, jej funkcjonowaniu i celom⁶³. Godne uwagi są też jego uwagi o fideikomisach. Zdaniem Monteskiusza, pojawiły się one dla omińnięcia *legis Voconiae*⁶⁴. Ustawa Wokoniusza jest dla naszego myśliciela klasycznym przykładem prawa na usługach społeczeństwa, które „poświęca i obywatela, i człowieka, myśląc jedynie o państwie”⁶⁵. Przykładem poszukiwania źródeł społecznych instytucji prawnych są też uwagi autora o genezie *substitutio vulgaris*⁶⁶, którą trafnie widzi w stanie obyczajów i przywiązaniu do obrzędów religijnych. *Substitutio pupillaris* przedstawia Monteskiusz za Gaiusem i Instytucjami Justyniana⁶⁷, widząc potrzebę jej wprowadzenia w zmianach obyczajów i upadku moralności. Zaskakującym jest cytowanie przez Monteskiusza Instytucji

⁵⁷ DP XXVII, Pl., t. 2, s. 781.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ *Ibidem*, s. 789.

⁶⁰ *Ibidem*, s. 782.

⁶¹ *Ibidem*, s. 779—780.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ *Ibidem*, s. 782—785, a także DP XXVI, 6, Pl., t. 2, s. 755.

⁶⁴ DP XXVII, Pl., t. 2, s. 785.

⁶⁵ *Ibidem*, s. 786.

⁶⁶ DP XXIX, 8, Pl., t. 2, s. 869—870.

⁶⁷ DP XIX, 24, Pl., t. 2, s. 572—573. Cytat z Inst. Just. II, 16, 3.

Gaiusa⁶⁸; chodzi tu o kompilację tekstów gajańskich wydaną na podstawie Digestów przez Oisela⁶⁹.

Bazą źródłową książki *Ducha praw o rzymskim prawie spadkowym* są przede wszystkim historycy i autorzy literaccy — Dionizjusz z Halikarnasu, Tytus Liwiusz, Aulus Gelliusz, Dion Cassius, Cicero, a nawet Juwenal i św. Augustyn, ale wykorzystuje autor również Kodeksy: Justyniańskie i Teodozjański, Instytucje Justyniana i Parafrazę Teofila (chyba w łacińskim przekładzie), Nowele, *Regulae Ulpiani*, *Sententiae Pauli*. Interesujące, że nie sięga nasz autor do Digestów, które w ogóle są przez niego rzadko wykorzystywane.

Rzymskie prawo osobowe jest rzadko powoływane w dziełach Monteskiusza. Zwięźle i trafnie charakteryzuje sytuację prawną niewolników⁷⁰. Wnikliwie pokazuje nasz autor źródła stosunku prawa rzymskiego do wyzwoleń, chwając umiarkowanie Rzymian, którzy „dali wyzwolencom mało, ale nie wykluczyli ich prawie od niczego”⁷¹. Ustalenie sytuacji prawnej i politycznej wyzwolenców świadczy, zdaniem Monteskiusza, o mistrzostwie politycznym Republiki.

Jest rzeczą godną uwagi, że dwa działy prawa rzymskiego — które tak dla nas, jak i dla ludzi wieku XVIII miały największe znaczenie, a mianowicie prawo rzeczowe i zobowiązania — są przez Monteskiusza niemal nie dostrzegane.

Prawem rzeczowym autor nasz w ogóle się nie zajmował, z wyjątkiem *leges agrariae*, a z prawa zobowiązań zainteresowało go jedynie rzymskie prawodawstwo o lichwie, dość szczegółowo zreferowane, głównie za Liwiuszem⁷². Na wykład tej problematyki poświęca Monteskiusz aż dwa rozdziały, ale jego uwaga koncentruje się na aspektach społecznych i politycznych, a nie prawnych. Na naszą uwagę zasługuje kończące rozdział powołanie się na *Ulpiana* — „minus solvit qui tardius solvit”⁷³, jakże dziś aktualne. Trafnie widzi Monteskiusz interpretacyjne znaczenie tej zasady.

Procedurze cywilnej nie poświęca nasz autor wiele uwagi. W krótkim rozdziale jej poświęconym znajdujemy chaotycznie zebrane infor-

⁶⁸ DP XIX, 25, Pl., t. 2, s. 573. Inst. Gai II, 6, 2 wg pracy J. Oisela odpowiada D. 28, 6, 5, Gaius I. III *ad legum Juliam et Papiam*.

⁶⁹ J. Oisel, *Caii [...] e libris quator institutionum quae supersunt J. Oiseli [...] collegit*, Lejda 1658. Monteskiusz błędnie (DP XIX, 24) podaje nazwisko wydawcy (przyp. a).

⁷⁰ DP XV, 17, Pl., t. 2, s. 504—505.

⁷¹ DP XV, 18, Pl., t. 2, s. 505—507.

⁷² DP XXII, 21 i 22, Pl., t. 2, s. 676—682.

⁷³ D. 50, 16, 12, 1, *Ulpianus libro VI ad edictum*. Rzadki u Monteskiusza cytat z Digestów.

macje⁷⁴. Monteskiusz wspomina o różnych *actiones* i ich roli w procesie, cytując Digesta w tej kwestii⁷⁵, odróżnia *actiones stricti iuris* i *actiones bonae fidei*, charakteryzuje sposób orzekania sędziów. Kierując się zainteresowaniami typowymi dla antykwarystów⁷⁶, zabiera też głos nasz autor w znanym sporze o *partes secanto*; zajmując postawę sceptyczną — sądzi Monteskiusz, jak tyłu późniejszych badaczy, że chodzi tu nie o podział ciała dłużnika, ale ceny uzyskanej z jego sprzedaży⁷⁷. Większe zainteresowanie myśliciela budzi rzymskie prawo karne. Przedstawia on organizację sądownictwa karnego⁷⁸, wskazując, że niegdyś obyczaje zastępowały prawo karne, a hańba była — jak wskazuje *lex Valeria* — wystarczającą karą⁷⁹.

Opierając się na przykładzie Rzymu, wskazuje nasz autor na zależność między surowością kar a charakterem ustroju⁸⁰, cytując za Aulusem Gellusem przepisy karne ustawy XII Tablic⁸¹. Znajdujemy też w *Duchu praw* wzmianki o ustawodawstwie *de crimina maiestatis*⁸² i *de famosis libellis*⁸³. Bardziej szczegółowo omawia Monteskiusz przepisy prawa rzymskiego o kradzieży⁸⁴. Na podstawie ustawy XII Tablic charakteryzuje nasz autor *furtum manifestum* i *furtum nec manifestum* przypisując różnicę kar za te czyny wpływowi prawa spartańskiego, które surowiej karało przychwyconych na gorącym uczynku, bo do zbrodni dodali nieudolność. Spartanie mieli te prawa przejąć według naszego autora z Krety. Monteskiusz powołuje się tu na Platona⁸⁵. Zdaniem Monteskiusza, w ogólności skłonnego jak większość antykwarystów do poszukiwania recepcji obcych instytucji, podział na *furtum manifestum* i *nec manifestum* był czymś obcym dawnemu prawu rzymskiemu.

Ogólnie można stwierdzić, że myśliciel chwalił rzymskie prawo karne epoki republiki za jego stosunkowy humanitaryzm i łagodność i z tych samych powodów potępiał prawo karne dominatu, a zwłaszcza przepisy o przestępstwach przeciw państwu. Humanitaryzm też był

⁷⁴ DP VI, 4, Pl., t. 2, s. 312.

⁷⁵ *Ibidem*; D. 1, 2, 2, 6, Pomponius *libro sing. enchiridii*. Znany tekst historyczny.

⁷⁶ A. Momigliano, *Ancient history and the Antiquarian*, „Journal of the Warburg and Courtauld Institutes” 1950, nr 3—4, s. 293.

⁷⁷ DP XXIX, 2, Pl., t. 2, s. 866, na podstawie Liwiusza.

⁷⁸ DP XI, 18, Pl., t. 2, s. 422—425. Źródła głównie literackie.

⁷⁹ DP VI, 11, Pl., t. 2, s. 320, za Liwiuszem.

⁸⁰ DP VI, 15, Pl., t. 2, s. 325.

⁸¹ DP VI, 19, Pl., t. 2, s. 330.

⁸² DP XII, 12, Pl., t. 2, s. 443, cyt. z CJ 9, 7, 1, pr. i notatki do DP, Pl., t. 2, s. 1031.

⁸³ DP XII, 13, Pl., t. 2, s. 443. Oparte na Tacycie.

⁸⁴ DP XXIX, 12—15, Pl., t. 2, s. 873—876.

⁸⁵ Prawa, ks. I.

przyczyną pochwał Monteskiusza dla rzymskiego *ius naufragii*⁸⁶, które zna poprzez Kodeks Justyniański.

Zagadnienia rzymskiego prawa publicznego odgrywają w całej twórczości Monteskiusza ogromną rolę. Tu ograniczymy się tylko do kilku uwag, pozostawiając kwestię stosunku naszego autora do problematyki ustroju Rzymu starożytnego do innego opracowania. Monteskiusz koncentrował swoją uwagę raczej na ustroju republiki rzymskiej, lepiej udokumentowanym przez źródła historyczne. W księdze XI *Ducha praw* znajdujemy jego dość szczegółowy i systematyczny wykład⁸⁷, którego celem jest zbadanie związków między podziałem władz w państwie a wolnością obywateli⁸⁸. Źródłami Monteskiusza są głównie historycy rzymscy, do których na ogół podchodzi dość bezkrytycznie. Ze szczególną uwagą przedstawia przejście od rządów patrycjuszów do równouprawnienia plebejuszy z patrycjuszami⁸⁹. Są tu oczywiście pewne błędy, tak np. nasz autor utożsamia *comitia tributa* i *concilia plebis*, wykluczając z *comitia tributa* patrycjuszy⁹⁰. Obraz konstytucji republikańskiej Monteskiusza jest niewątpliwie skrótowy i schematyczny, ale świadczy o jego zrozumieniu dla społecznych uwarunkowań instytucji ustrojowych. Daje też Monteskiusz opis sądownictwa epoki republiki, uwzględniając jego społeczno-polityczne podłoże⁹¹. Na uwagę zasługuje też jego opis administracji prowincji za republiki⁹². Konflikty między *nobilitas*, ekwitami i plebem zostały przez naszego autora interesująco i prekursorsko, ukazane jako główny czynnik ewolucji ustrojowej. Ustrój Cesarstwa budzi mniejsze zainteresowanie Monteskiusza, a jego rozważania nad związkiem między ustrojem Cesarstwa a ewolucją społeczno-polityczną Rzymu mieszczą się głównie w jego wcześniejszym dziele: *Rozważania nad przyczynami wielkości Rzymian i ich upadku*⁹³.

Monteskiusz nie jest historykiem w ścisłym sensie tego słowa i źródła prawa rzymskiego nie budzą jego specjalnego zainteresowania. Ustawa XII Tablic uzyskuje jego uznanie jako „wzór ścisłości”, przeciwstawia je Nowelom Justyniańskim, tak długim, że trzeba było je w średniowieczu skracać⁹⁴. Monteskiusz cytuje ją kilka razy⁹⁵ i w pełni

⁸⁶ DP XXI, 17, Pl., t. 2, s. 638.

⁸⁷ DP XI, 12–19, Pl., t. 2, s. 412–430.

⁸⁸ DP XI, 20, Pl., t. 2, s. 430.

⁸⁹ DP XI, 14, Pl., t. 2, s. 415–417.

⁹⁰ *Ibidem*, s. 416.

⁹¹ DP XI, 18, Pl., t. 2, s. 421–426.

⁹² DP XI, 19, Pl., t. 2, s. 428–429.

⁹³ *Rozważania...*, rozdz. XVII–XVIII, Pl., t. 2, s. 164–176. O tym dziele Monteskiusza patrz literatura wymieniona w przyp. 25.

⁹⁴ DP XXIX, 16, Pl., t. 2, s. 876–877.

⁹⁵ DP VI, 15, 19; XI 18; XXII, 22; XXVII, 1; XXIX, 2; XXIX, 13; XXIX, 15.

docenia jej znaczenie. Na uwagę zasługuje jego krytyka przekazu Tacyty o ustawie XII Tablic, świadcząca o dobrej znajomości źródeł⁹⁶. Pisząc o konstytucjach cesarskich, poddaje nasz autor krytyce prawodawstwo *per rescripta*, wskazując że reskrypty cesarskie nie były właściwą formą tworzenia prawa i przeciwstawiając reskryptom edykta⁹⁷. Wykorzystuje tu Monteskiusz *Scriptores Historiae Augustae*⁹⁸.

Kodyfikacja justyniańska jako taka nie budzi u myśliciela większego zainteresowania, nie znajdujemy w jego dziełach omówienia okoliczności ich powstania, a uwaga Monteskiusza skupia się raczej na jej losach w średniowieczu. Charakteryzując w *Rozważaniach...* panowanie Justyniana, o jego największym dziele — kodyfikacji — wspomina nasz autor mimochodem, tylko po to, aby napiętnować częstotliwość zmian wprowadzonych przez władcę w prawodawstwie i przypisać je przekupstwu cesarza, który miał rzekomo kierować się przy sądzeniu i stanowieniu prawa — jak twierdzi Prokopiusz⁹⁹ — względami finansowymi¹⁰⁰. Równocześnie w rzuconej mimochodem notatce zarzuca myśliciel Justynianowi brak konsekwencji w opracowywaniu Digestów¹⁰¹ („qui n'e-toit pas assez ferme”) sugerując że Cezar wykonałby to lepiej, i przypisuje mu plan kompilacji jurysprudencej rzymskiej¹⁰². Wydaje się, że myśliciel nie zdawał sobie sprawy ze zmienności prawa rzymskiego za dominatu.

Nie znajdziemy też u Monteskiusza charakterystyki rzymskiej jurysprudencej, poza ogólnymi uwagami pozostałymi w notatkach do *Ducha praw*¹⁰³. Problem roli prawa rzymskiego w średniowieczu odgrywał natomiast wielką rolę w zainteresowaniach i dziełach myśliciela. Prawa średniowieczne będące — zdaniem Monteskiusza — kolebką wolności indywidualnej budzą szczególną uwagę naszego autora. Wiąże się to z postawą polityczną myśliciela, będącego niewątpliwie przeciwnikiem absolutyzmu monarchicznego XVIII w., ale przeciwstawiającego mu się z pozycji feudalno-arystokratycznych i posługującego się przy tym chę-

⁹⁶ DP XXII, 22, Pl., t. 2, s. 678 i obszernie w *Obronie Ducha praw*, Pl., t. 2, s. 1155.

⁹⁷ DP XXIX, 17, Pl., t. 2, s. 881.

⁹⁸ Julius Capitolinus, Macrinus, c. XIII, [w:] *Scriptores Historiae Augustae — Historycy Cesarstwa Rzymskiego...*, Warszawa 1966, s. 188.

⁹⁹ Prokopiusz, z Cezarei, *Historia sekretna*, Warszawa 1977, s. 95.

¹⁰⁰ *Rozważania...*, rozdz. XX, Pl., t. 2, s. 188.

¹⁰¹ *Mes Pensées*, 1552, Pl., t. 1, s. 1374.

¹⁰² Patrz E. Polay, *Der Kodifizierungsplan des Julius Caesar*, Jura 1965, s. 27—51.

¹⁰³ Tekst ten nie wszedł do ostatecznej redakcji *Ducha praw*. Patrz Pl., t. 2, s. 1030.

nie argumentacją historyczną¹⁰⁴. Musimy pamiętać, że dzieje prawa rzymskiego w średniowieczu były nie tylko znacznie słabiej znane (podobnie jak i obecnie) niż dzieje prawa rzymskiego w starożytności, ale były też znacznie bardziej kontrowersyjne. Spory o charakter prawa średniowiecznego wiązały się ściśle z kwestią genezy monarchii francuskiej i historycznego uzasadnienia władzy królewskiej¹⁰⁵. Monteskiusz zaczął dość wcześnie interesować się losami prawa rzymskiego w średniowieczu¹⁰⁶. Na skierowanie jego uwagi w tym kierunku mógł mieć wpływ neapolitański historyk prawa Pietro Giannone¹⁰⁷, którego dzieło nasz myśliciel znał i cenił¹⁰⁸, a który wskazywał na potrzebę badań nad losami prawa rzymskiego w średniowieczu¹⁰⁹.

Pełne przedstawienie tej problematyki wymagałoby osobnego studium o Monteskiuszu jako historyku feudalizmu¹¹⁰, tu ograniczymy się jedynie do kilku informacji. Przedstawiając w ogólnych zarysach losy prawa rzymskiego po upadku państwa rzymskiego i podboju barbarzyńskim, opisuje Monteskiusz, jak prawo rzymskie zawarte w Kodeksie Teodozjańskim, zanikało pod rządami Franków, zachowane jedynie przez Kościół¹¹¹. W państwie Burgundów ludność podbita długi czas zachowała prawo rzymskie, bo nie dawało ono gorszej pozycji prawnej¹¹². Według Monteskiusza, już w wieku IX ustalił się podział Francji na kraje prawa zwyczajowego i prawa pisanego, czyli rzymskiego, trwającą formalnie do schyłku monarchii francuskiej¹¹³. Jest to pogląd sprzeczny z powszechnie przyjętymi w XVIII w., ale poparty przez

¹⁰⁴ L. Althusser, *Montesquieu, la politique et l'histoire*, Paris 1974. Prawom średniowiecznym poświęca nasz autor dwie ostatnie księgi *Ducha praw*.

¹⁰⁵ Shackleton, *op. cit.*, s. 256 i n.

¹⁰⁶ *Spicilege*, Pl., t. 2, s. 1282. Znajdujemy w tym zbiorze notatek, sporządzonych z swych lektur przez Monteskiusza, streszczenie rozważań o znaczeniu prawa rzymskiego w średniowiecznej Francji, zawartych w dziele cenionego romanisty XVIII-wiecznego Ferriere, *op. cit.*, rozdz. XXV. Wpływ C. J. Ferriere na naszego myśliciela jest niewątpliwy.

¹⁰⁷ Shackleton, *op. cit.*, s. 91.

¹⁰⁸ *Mes Pensées*, s. 954, Pl., t. 1, s. 1256, gdzie Monteskiusz planuje napisanie dzieła na wzór *Istoria civile di regno di Napoli* Giannone; *Spicilege*, 631, Pl., t. 2, s. 1400.

¹⁰⁹ P. Giannone, *Histoire civile du royaume de Naples*, Haga 1742, t. 1, s. XXI.

¹¹⁰ O Monteskiuszu jako historyku patrz M. Lipschutz, *Montesquieu als Geschtsphilosoph*, Strassburg 1927 i Althusser, *op. cit.* Znaczenie Monteskiusza dla rozwoju pojęcia feudalizmu w nauce — patrz M. Bloch, *Spółeczeństwo feudalne*, Warszawa 1981, s. 48.

¹¹¹ DP XXVIII, 4, Pl., t. 2, s. 796.

¹¹² *Ibidem*, s. 797.

¹¹³ DP XXVIII, 4, Pl., t. 2, s. 798.

późniejszych badaczy¹¹⁴. Podział ten nie był sprzeczny z osobowym charakterem prawa — większość mieszkańców danego kraju rządziła się bądź zwyczajem, bądź prawem rzymskim, co decydowało o jego charakterze¹¹⁵. Ten pogląd nie jest na ogół podzielany przez późniejszych autorów¹¹⁶. Wskazuje dalej nasz autor, że w wizygockiej Hiszpanii prawo rzymskie zanikło na skutek wrogości, którą do niego żywili królowie¹¹⁷, a w północnych Włoszech utrzymało się w wyniku słabości tamtejszych władców¹¹⁸. Upadek kultury, jaki nastąpił po renesansie karolińskim, zadał cios prawu rzymskiemu, działając na korzyść praw zwyczajowych¹¹⁹. Zwraca uwagę Monteskiusz, że prawo pisane nie może być utożsamiane z prawem rzymskim — prawa barbarzyńskie również spisywano. Tym niemniej prawo rzymskie utrzymało się w niektórych krajach podległych barbarzyńskim władcom, a to spowodowało — jego zdaniem — recepcję kodyfikacji Justyniana, która zastąpiła Kodeks Teodozjański. Jak pisze nasz autor, kodyfikacja Justyniana przyjęta została w dziedzinach Gotów i Burgundczyków jako prawo pisane, natomiast w dawnej dziedzinie Franków przyjęta została jedynie jako „rozum spisany”¹²⁰. Według Monteskiusza, w państwie Burgundów i Wizygotów prawo rzymskie stało się prawem ogólnoterytorialnym — sąd bardzo wątpliwy¹²¹.

Wszystkie rozważania myśliciela na temat prawa rzymskiego we wczesnym średniowieczu są chaotyczne i raczej antykwaryczne. Nie mogło być inaczej przy ówczesnym stanie wiedzy historycznej.

Właściwa recepcja prawa rzymskiego we Francji ma miejsce — zdaniem naszego autora — dopiero w wieku XII jako konsekwencja odnalezienia *Digestów* („littera pisana”) w 1137 r. — mamy tu do czynienia z naiwną, ale przyjętą w wieku XVIII dość powszechnie wiarą, że rękopis ten odegrał jako taki decydującą rolę w recepcji¹²². Monteskiusz zdaje sobie sprawę, że już wcześniej prawo rzymskie dotarło do Francji, ale był to jedynie Kodeks Teodozjański. Przeciwstawia tu nasz autor Włochy, gdzie znano Kodeks Justyniański, Francji, gdzie był on nie-

¹¹⁴ Shackleton, *op. cit.*, s. 254. Por. F. Olivier-Martin, *Histoire du droit français*, Paris 1951, s. 13—19.

¹¹⁵ DP, XXVIII, 4, Pl., t. 2, s. 798.

¹¹⁶ Shackleton, *op. cit.*, s. 255. Odmienne F. Lot, *La fin du monde antique*, Paris 1927, s. 413.

¹¹⁷ DP XXVIII, 7, Pl., t. 2, s. 800—801.

¹¹⁸ DP XXVIII, 6, Pl., t. 2, s. 799.

¹¹⁹ DP XXVIII, 11, Pl., t. 2, s. 805.

¹²⁰ DP XXVIII, 12, Pl., t. 2, s. 807. Rozum spisany — *raison écrite* — *ratio scripta*.

¹²¹ Patrz Olivier-Martin, *op. cit.*, s. 15.

¹²² DP XXVIII, 42, Pl., t. 2, s. 858.

znany. Rozważając przyczyny recepcji, przywiązuje myśliciel wielką wagę do działalności królów Francji, a zwłaszcza św. Ludwika i Filipa Pięknego¹²³. Ten ostatni kazał — jego zdaniem — wyklądać na Uniwersytecie w Orleanie kodyfikację justyniańską jako „rozum pisany”; Orlean leżał na obszarze prawa zwyczajowego i prawo rzymskie bezpośrednio tu nie obowiązywało. Również kodyfikacja św. Ludwika (tzw. *Etablissements de saint Louis* — 1270 r.) inkorporowała część prawa justyniańskiego¹²⁴. Sądzić należy, że Monteskiusz raczej przecenia niż nie docenia znaczenie prawa rzymskiego we Francji średniowiecznej. W każdym razie kwestia ta jest dla niego uboczna i nie odgrywa w jego teorii praw i wolności feudalnych większej roli.

Ostatnim zagadnieniem, które należy poruszyć omawiając romanistyczne zainteresowania i wiadomości Monteskiusza, jest kwestia wpływu prawa rzymskiego na jego pojęcie prawa natury. Siedemnasto- i osiemnastowieczne koncepcje prawa natury wykorzystywały chętnie teksty prawa rzymskiego¹²⁵. Wpływ prawa rzymskiego na Puffendorfa był wielki¹²⁶. Ale u samego Monteskiusza nie możemy zauważyć czerpania koncepcji prawa natury z prawa rzymskiego, mimo że pozostaje on pod pewnym wpływem Puffendorfa i Grotiusa¹²⁷. Raczej można dostrzec wpływ Cyserona — określenie naszego autora: „prawo to rozum wielkiego Jupitera”¹²⁸ pochodzi od rzymskiego myśliciela¹²⁹.

Pewnym zapożyczeniem może być związek między poglądem Monteskiusza, że prawo natury odnosi się także do zwierząt¹³⁰, a znaną koncepcją Ulpiana: „ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit...”¹³¹. Myśl Ulpiana wpłynąć mogła na naszego myśliciela za pośrednictwem wzmiankowanego już Graviny¹³². Nie wydaje się jednak, żeby

¹²³ *Ibidem*.

¹²⁴ DP XXVIII 38, PL, t. 2, s. 853. Por. Olivier-Martin, *op. cit.*, s. 122.

¹²⁵ F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte des Neuzeit*, Göttingen 1952, s. 187 i n.; H. Thieme, *Das Naturrecht und die europäische Privatrechtsgeschichte*, Basel 1954.

¹²⁶ Koschaker, *op. cit.*, s. 249.

¹²⁷ M. H. Waddicor, *Montesquieu and the philosophy of Natural Law*, the Hague 1970, s. 195.

¹²⁸ *Penseé*, 185, PL, t. 2, s. 1037.

¹²⁹ *De Legibus* II, 4, 10. O wpływie Cyserona na ideę sprawiedliwości u Monteskiusza patrz S. M. Mason, *Montesquieu's Idea of Justice*, the Hague 1975, s. 123.

¹³⁰ Pierwotny tekst I rozdz. I ks. *Ducha praw*, PL, t. 2, s. 996; por. Shackleton, *op. cit.*, s. 198.

¹³¹ D. 1, 1, 1, 3 Ulpianus 1. *primo institutionum*. Patrz J. Koschimbahr-Łyskowski, *Ratio naturalis w prawie rzymskim klasycznym*, Warszawa 1930, s. 14.

¹³² Shackleton, *op. cit.*, s. 196.

prawo rzymskie w istotniejszym stopniu inspirowało koncepcje teoretyczne Monteskiusza.

Przejdźmy do podsumowania tych wywodów. Myśliciel nasz posiadał niewątpliwie solidną i rozległą wiedzę romanistyczną nabytą nie przez studia uniwersyteckie, ale przez samodzielne lektury. W swych pismach, przede wszystkim w *Duchu praw*, wykorzystuje kodyfikację justyniańską, Kodeks Teodozjański i kilka innych zabytków rzymskiej i bizantyjskiej jurysprudencji, nie stawiając — rzecz w XVIII w. naturalna — pytań o autentyczność tych tekstów. Zna dobrze Monteskiusz rzymskie źródła historyczne, a jego znajomość historii rzymskiej tak politycznej, jak ustrojowej jest rozległa. Cała ta ogromna wiedza służy mu nie do badań nad historią Rzymu czy prawa rzymskiego, ale do wyjaśniania przyczyn ogólnych i powszechnych zmian praw i ustrojów. Celem Monteskiusza jest stworzenie teorii politycznej i społecznej, a nie badania historyczne.

Stąd badanie prawa rzymskiego jest dlań raczej środkiem niż celem. To wyjaśnia pewną chaotyczność i przypadkowość jego wzmianek o prawie rzymskim. Nie zajmuje się nasz autor praktycznym zastosowaniem prawa rzymskiego. Nie znajdziemy też w jego dziełach ogólnej oceny prawa rzymskiego i jego znaczenia tak dla historii, jak współczesności. Tym niemniej, aczkolwiek Monteskiusz nie był oczywiście romanistą w naszym rozumieniu, uznać należy, że prawo rzymskie cenił, znał je dobrze, rozumiał i umiejętnie się nim w swych badaniach posługiwał. Daleki był od chęci pomniejszania jego znaczenia na rzecz prawa stanowionego współcześnie, czy prawa natury.

Sądzić można, że Monteskiusz w swym stosunku do prawa rzymskiego, podobnie jak w ogóle w swej postawie historycznoprawnej, jest prekursorem niemieckiej szkoły historycznoprawnej, a okazywane przez niego zainteresowanie dla prawa rzymskiego umacniało jego pozycję w wieku XVIII i przyczyniło się do jego uwzględnienia w wielkich kodyfikacjach XIX w.

Katedra Prawa Rzymskiego UŁ

Jan Kodrębski

MONTESQUIEU ET LE DROIT ROMAIN

L'histoire de Rome antique était, au XVIII^e siècle, objet d'intérêt universel et Montesquieu se mit en contact avec elle dans son enfance; son premier manuscrit lui fut consacré. Notre penseur étudiait le droit romain sans aide et minutieusement

après avoir fait ses études à l'université. Un vaste recueil des notes faites de sa propre main, qui se trouve à présent à Paris dans la Bibliothèque Nationale, est résultat de ces études. Montesquieu connaissait à fond la codification de Justinien, le Code Théodosien et les reliques de la jurisprudence romaine. Il connaissait aussi la littérature scientifique de son temps, consacrée au droit romain. Ses intérêts se concentraient sur le droit public romain, mais, en écrivant son *Esprit des lois*, il puisait largement dans son savoir sur le droit privé romain. Il prêta le plus d'attention au droit de famille et d'héritage romain, en donnant, à l'occasion, libre cours à ses opinions conservatrices. Il se référait rarement aux autres sections du droit romain. Au total, dans les oeuvres de Montesquieu, nous retrouvons quelques dizaines d'exemples pris du droit romain, bien souvent, étudiés avec perspicacité.

Montesquieu puisait, le plus souvent, ces exemples dans les oeuvres des historiens romains, mais il exploitait aussi les sources du droit. Pourtant le droit romain n'était jamais traité par lui comme objet principal de ses intérêts. Il prêtait beaucoup d'attention au rôle du droit romain dans la France moyenâgeuse, en indiquant, dans la plupart des cas, avec justesse, son rôle historique et son importance.

Montesquieu manquait de sens critique par rapport aux sources historiques, mais son érudition était étendue. Sa connaissance de Rome lui servait non seulement à l'étude du droit romain, mais à l'atteinte des buts plus généraux. L'étude du droit romain était donc pour lui un moyen plutôt qu'un objectif. C'est pourquoi les mentions qu'il en faisait dans ses oeuvres étaient bien chaotiques. Pour son rapport du droit romain, Montesquieu peut être considéré comme précurseur de l'école historico-juridique au XIX^e siècle.