

# Jan Zabłocki

---

## Talion w świetle "Noctes Atticae" Aulus Gelliusa

---

Prawo Kanoniczne : kwartalnik prawno-historyczny 38/3-4, 231-244

---

1995

Artykuł został zdigitalizowany i opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej [bazhum.muzhp.pl](http://bazhum.muzhp.pl), gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

JAN ZABŁOCKI

### TALION W ŚWIETLE *NOCTES ATTICAE* AULUSA GELLIUSA

Dzisiaj, kiedy dyskutuje się nad próbą jeszcze jednej, zakrojonej na dużą skalę, rekonstrukcji ustawy XII tablic, dobrze jest mieć na uwadze, iż treść tego starożytnego pomnika prawa, już w dobie szczytowego rozkwitu jurysprudencki rzymskiej nie zawsze była znana czy rozumiała wśród elit intelektualnych a nawet wśród prawników. Ta pierwsza kodyfikacja prawa zwyczajowego, jeszcze w czasach Cicerona recytowana *ut carmen necessarium*<sup>1</sup>, później, w okresie rzymskiego prawa klasycznego – choć tu i ówdzie była nadal przedmiotem sporów – powoli poszła w niepamięć i zniknęła w mrokach średniowiecza. Pozostawiając dokładne prześledzenie zawiłych dróg, jakimi dotarły do naszych czasów, złożone ze strzępów oraz pełne luk fragmenty tekstu ustawy XII tablic, warto zwrócić uwagę na *Noctes Atticae* Aulusa Gelliusa, w których wspomniane i cytowane są wielokrotnie, zaczerpnięte często z różnych źródeł, poszczególne przepisy tej ustawy, może nawet w takiej kolejności, w jakiej pierwotnie w niej występowały. Dzięki temu, że antykwarysta Gellius nie był autorem zbyt oryginalnym, przepisane, sparafrazowane czy streszczone przez niego wiadomości<sup>2</sup> są niezmiernie cenne nie tylko dla poznania treści, ale także dla sporządzenia palingenezy legislacji Decemwirów.

Ustawa XII tablic, będąca *fons omnis publici privatiq[ue] iuris*<sup>3</sup>, chroniła interesy wszystkich obywateli przed zamachami tak na dobra majątkowe, jak i osobiste. Przewidywała bowiem surowe kary zarówno za naruszenie własności, zniszczenie plonów czy zabudowań, jak i za naruszenie dóbr osobistych<sup>4</sup>. Spośród tych kar Gellius dwukrotnie wymienia talion<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Por. Cic. de leg. 2,59, a także H. K u p i s z e w s k i, *Prawo rzymskie a współczesność*, Warszawa 1988 s.159.

<sup>2</sup> Por. J. Z a b ł o c k i, *Kompetencje patres familias i zgromadzeń ludowych w sprawach rodziny w świetle Noctes Atticae Aulusa Gelliusa*, Warszawa 1990 s. 11 i n.

<sup>3</sup> Por. Liv. 3,34,6.

<sup>4</sup> Jednakże ustawa XII tablic traktowała inaczej naruszenie dóbr osobistych niż naruszenie dóbr materialnych. Por. M. K a s e r, *Das altrömische ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen 1948 s.219 (cyt., AJ).

<sup>5</sup> Znaczenie słowa *talio* wyjaśnia Festus, s.v. *Talionis*, L.496 oraz Isid. *de orig.* 5,27,24: *Talio est similitudo vindictae, ut taliter quis patiatut ut fecit. Hoc enim et natura et lege est institutum, ut 'laedentem similis vindicta sequatur'... Talio autem non solum ad iniuriam referendum, sed etiam pro beneficio reddendo ponitur. Est enim communis sermo et iniuriae et beneficentiae. Etymologia tego słowa jest sporna.*

Za pierwszym razem wspomina tylko o nim:

Gell. 16,10,8: Sed enim cum 'proletarii' et 'adsidui' et 'sanates' et 'vades' et 'subvades' et 'viginti quinque asses' et 'taliones' furtorumque quaestio 'cum lance et licio' evanuerint omnisque illa duodecim tabularum antiquitas, nisi in legis actionibus centumviralium causarum lege Aebutia lata consopita sit, studium scientiamque ego praestare debeo iuris et legum vocumque earum quibus utimur.

W przytoczonym tekście talion został umieszczony wśród tych słów czy instytucji prawa rzymskiego, które wyszły z użycia, a które były ściśle związane z prawem procesowym<sup>6</sup> – po *proletarii*, *adsidui*, *sanates*, *vades*, *subvades*, *XXV asses*, a przed *cum lance et licio*. Wspomniane słowa zostały przytoczone w podanej kolejności w czasie dyskusji z anonimowym, niezbyt wykształconym prawnikiem, nieznającym antycznego prawa<sup>7</sup>.

Natomiast dokładnie Gellius zajmuje się karą talionu przy okazji dyskusji między filozofem Favorinusem a prawnikiem Caeciliusem o humanitaryzmie w ustawie XII tablic. Filozof omawia karę talionu /Gell.20.1.14–18/ po przedstawieniu *in ius vocatio* chorych i ułomnych /Gell.20.1.11/, kary XXV asów za *iniuria* /Gell.20.1.12–13/, a przed wzmianką o postępowaniu egzekucyjnym /*secandi partendique humani corporis*/ prowadzonym przez wielu wierzycieli /Gell.20.1.19/. W takiej samej kolejności jest ona przedmiotem rozważań prawnika Caeciliusa<sup>8</sup> /Gell.20.1.25–53/.

W nowoczesnych palingenezjach jednakże talion został umieszczony wśród przepisów dotyczących naruszenia dóbr osobistych.

Tabl. 8.2: Si membrum rup[s]it, ni cum eo pacit, talio esto.

Tabl. 8.3: ...manu fustive si os fregit libero, CCC, (si) servo, CL poenam subit sestertiorum.

Tabl. 8.4: Si iniuriam [alteri] faxsit, viginti quinque poenae sunt.

Nie wnikając bliżej, jaki był zakres i wzajemny stosunek naruszenia nietykalności cielesnej poprzez *membri ruptio*, *ossis fractio* i *iniuria* oraz,

Por. A. Ernout – A. Meillet, s.v. *Talio*, Dictionnaire étymologique de la langue latine, Histoire des mots, Paris 1939 s.643 i n.; A. Walde – J.B. Hofmann, s.v. *Talio*, Lateinisches etymologisches Wörterbuch<sup>3</sup>, II, Heidelberg 1954 s.761; [A]. Herdliczka, s.v. *Talio*, RE IV A,2 Stuttgart 1932 szp. 2069 i n.

<sup>6</sup> Inaczej G. Nicosia, *Il processo privato romano, II. La regolamentazione decemvirale*<sup>2</sup>, Torino 1986 s. 66 i n. odnośnie do *iniuria*, *talionu* czy *furtum*. Por. jednak O. Diliberto, *Contributo alla palinogenesi delle XII Tavole. Le „sequenze” nei testi gelliani*, Index 20, 1992 s. 242 i n.

<sup>7</sup> Por. D. Nörr, *Der Jurist im Kreis der Intellektuellen: Mitspieler oder Aussen-seiter? (Gellius, Noctes Atticae 16.10)*, Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag, München 1976 s. 57 i n.; O. Diliberto, *Le „sequenze” nei testi gelliani*, dz. cyt., s. 242 i n.

<sup>8</sup> Por. O. Diliberto, *Le „sequenze” nei testi gelliani*, dz. cyt., s. 249 i n.

które przepisy pochodziły sprzed ustawy XII tablic<sup>9</sup>, a które powstały w drodze jej interpretacji<sup>10</sup>, można stwierdzić, że te trzy postacie naruszeń nietykalności cielesnej różnią się między sobą nie tylko rodzajem uszkodzenia ciała<sup>11</sup>, lecz także sankcjami. Naruszenie nietykalności cielesnej przez *membri ruptio* było zagrożone w ustawie XII tablic sankcją talionu, natomiast *ossis fractio* i *iniuria* karą pieniężną. Kara za złamanie kości (*os fractum*) człowieka wolnego wynosiła 300 asów, zaś niewolnika – 150 asów, natomiast za *iniuria* 25 asów. *Ossis fractio* i *iniuria* były zagrożone z góry określonymi karami pieniężnymi, podczas gdy *membri ruptio* nie miała określonej sankcji pieniężnej, lecz alternatywnie albo uzgodnioną zapłatę, albo karę talionu.

O karze talionu nie tylko za *membri ruptio*, ale też za *ossis fractio* mówi Cato.

Prisc. inst. 6,69: Quidam tamen veterum et 'hoc ossum,' et 'hoc ossu' proferebant. ... Cato tamen 'os' protulit in IV Originum: 'Si quis membrum rupit aut os fregit, talione proximus cognatus ulciscitur'.

<sup>9</sup> Według S. Di Paola, *La genesi storica del delitto di „iniuria”*, Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Catania, I, 1946–1947 (Nuova serie), s. 291. *membri ruptio* i *ossis fractio* miały ochronę już w *fas*, natomiast *iniuria* uzyskała ją dopiero w *ius*.

<sup>10</sup> Por. A. Manfredini, *Contributi allo studio dell' „iniuria” in età repubblicana*, Milano 1977 s. 55 i n., według którego przepis zawarty w tab. 8,2 dotyczył ochrony nietykalności cielesnej w okresie ustawy XII tablic, podczas gdy przepisy tab. 8,3 i tab. 8,4 stanowiły późniejsze reguły interpretacyjne, mylnie uznane za przepisy ustawy XII tablic.

<sup>11</sup> Por. P. Huvelin, *La notion de l' „iniuria” dans le très ancien droit Romain*, Lyon 1903 s. 9 i n., według którego słowo *rumpere* oznacza *enlever, arracher* i przynajmniej w archaicznym języku łacińskim nie było synonimem *frangere* czyli *fracturer, fendre, fêler* w znaczeniu *briser sans enlever*. W rezultacie wyrażenie *membrum ruptum* rozumie on jako odcięcie części ciała (*ablation totale*). Por. U. von Lütow, *Zum römischen Injurienrecht*, Labeo 15, 1969 s. 131 i n. Natomiast C. Appleton, *Le testament romain. La méthode du droit comparé et l'authenticité des XII Tables*, Paris 1903 s. 23 uw. 3; tenże, *Notre enseignement du droit romain, ses ennemis et ses défauts*, Mélanges de droit romain dédiés à Georges Cornil, I, Gand-Paris 1926 s. 52 i n., w oparciu o interpretację szeregu źródeł dowodził, iż *membrum ruptum* oznaczało nie amputację, lecz jakiegokolwiek zranienie czy uszkodzenie ciała oprócz *ossis fractio*, przede wszystkim zaś zadanie ran z broni białej. Do tego poglądu nawiązują: G. Puggliese, *Studi sull' „iniuria”*, Milano 1940 s. 29 i n.; D.V. Simon, *Begriff und Tatbestand der „Iniuria” im altrömischen Recht*, ZSS Rom. Abt. 82, 1965 s. 163 i n.; P.B.H. Birks, *The Early History of iniuria*, TR 37, 1969 s. 179. Wypośredkowany pogląd wyraził S. Di Paola, dz. cyt., s. 279 i n., uznając za *membrum ruptum* trwałe uszkodzenie ciała, które ograniczało istotną jego funkcję. Gdy zaś uszkodzeń takich nie było miała miejsce *iniuria*. Por. M. Kaser, AJ s. 209, A. Koch, *Ewolucja deliktu iniuria w prawie rzymskim epoki republikańskiej*, CPH 19, 1967 z. 2 s. 55 i n.; R. Wittmann, *Die Körperverletzung an Freien im klassischen römischen Recht*, München 1972 s. 4 i n.

Cato w poświęconym dziejom Rzymu, niezachowanym dziele *Origines*<sup>12</sup>, którego fragment cytuje Priscianus, mówił wyraźnie o karze talionu zarówno w przypadku *ossis fractio* jak i *membri ruptio*.

Karę talionu wspomina, współczesny Gelliusowi, jurysta Gaius jako jedną z kar za naruszenie nietykalności cielesnej, zwane w źródłach wspólną nazwą *iniuria*<sup>13</sup> (*iniuria* w sensie szerszym).

G. 3.223: Poena autem iniuriarum ex lege XII tabularum propter membrum quidem ruptum talio erat; propter os vero fractum aut conlissum trecentorum assium poena erat, si libero os fractum erat; at si servo, CL; propter ceteras vero iniurias XXV assium poena erat constituta. Et videbantur illis temporibus in magna paupertate satis idoneae istae pecuniariae poenae.

Zdaniem Gaiusa, w okresie ustawy XII tablic, przedmiotem *iniuria* były nie tylko ściśle określone uszkodzenia ciała w postaci *ossis fractio* czy *membri ruptio*<sup>14</sup>, lecz także naruszenia szeroko pojętej, choć bliżej nie sprecyzowanej nietykalności cielesnej<sup>15</sup>.

Z tytułu *de iniuriis* zawartego w *liber singularis* Paulusa, a zachowanego w *Mosaicarum et Romanarum legum Collatio* wynika, iż zgodnie z ustawą XII tablic, w przypadku naruszenie nietykalności cielesnej poprzez *iniuria* był stosowany ogólny przepis, w przypadku zaś przykładowo podanej *ossis fractio* przepisy szczególne.

Coll. 2,5,5: Legitima ex lege duodecim tabularum: 'qui iniuriam alteri facit, quinque et viginti sestertiorum poenam subito'. Quae lex generalis fuit:

<sup>12</sup> Por. M. Schanz – C. Hosius, *Geschichte der römischen Literatur bis zum Gesetzgebungswerk des Kaisers Justinian*, I<sup>4</sup>, München 1927 s. 186 i n.

<sup>13</sup> Zestaw tekstów łacińskich dotyczących *iniuria* podaje w *Appendice*: P. Huvelin, dz. cyt., s. 108 i n. Termin ten jest wieloznaczny. Etymologicznie pochodzi od *ius* z poprzedzającym go przedrostkiem zaprzeczającym in. Por. A. Erneut – A. Meillet, s.v. *Iniuria*, dz. cyt., s. 507; A. Walde – J.B. Hofmann, s.v. *Iniuria*, dz. cyt., s. 733. Określa nie tylko wyrządzoną osobie bezprawną zniewagę słowną czy krzywdę fizyczną, lecz także wszelkie bezprawie. W technicznym znaczeniu jest używany na oznaczenie jednego z deliktów prawa prywatnego – *iniuria*. Por. M. Voigt, *Die XII Tafeln*, Leipzig 1883, II, s. 517 i n.; A. Völkl, *Die Verfolgung der Körperverletzung in frühen Römischen Recht. Studien zum Verhältnis von Tötungsverbrechen und Injuriendelikt*, Wien-Köln-Graz 1984 s. 176 i n.; E. Pólay, *Iniuria Types in Roman Law*, Budapest 1986 s. 3 i n., wraz z cytowaną tam literaturą.

<sup>14</sup> Por. Paul. Sent. 5. 4, 6: ... Lege duodecim tabularum de famosis carminibus, membris ruptis et ossibus fractis; I. 4, 4, 7: Poena autem iniuriarum ex lege duodecim tabularum propter membrum quidem ruptum talio erat: propter os vero fractum nummariae poenae erant constitutae quasi in magna veterum paupertate... sed poena quidem iniuriae, quae ex lege duodecim tabularum introducta est, in desuetudinem abiit.

<sup>15</sup> Por. Coll. 2, 5, 4: Fit autem iniuria vel in corpore, dum caedimur, vel verbis, dum convicium patimur, vel cum dignitas laeditur, ut cum matronae vel praetextatae comites abducuntur; Paul. Sent. 5. 4. 1: Iniuriam patimur aut in corpus aut extra corpus: in corpus verberibus et illatione stupri, extra corpus conviciis et famosis libellis, quod ex adfectu uniuscuiusque patientis et facientis aestimatur.

fuerunt et speciales, velut illa: 'si os fregit libero, CCC si servo, CL poenam subito 'sestertiorum'.

*Lex generalis* obejmowała *iniuria* za spowodowanie której przewidziana była kara 25 sesterców; *lex specialis* dotyczyła zaś, np. *ossis fractio* i wtedy kara wynosiła w przypadku wolnego, 300, a w przypadku niewolnika 150 sesterców.

Jakkolwiek przytoczone źródła dotyczą *iniuria* w jej trojkiej postaci, to zasadniczo różnią się między sobą. O karze talionu za *ossis fractio* i *membri ruptio* mówi Cato, nie wspomina jednak o możliwości zawarcia ugody, podobnie jak Gaius, (który jednak wzmiankuje o karze talionu tylko przy *membri ruptio*). Paulus mówił jedynie o karze pieniężnej zarówno w przypadku *ossis fractio* jak i *iniuria*, choć wyrażonej w sestercach, a nie jak Gaius w asach<sup>16</sup>.

Mimo, że przebogata problematyka dotycząca *iniuria* zajmowała w ostatnich dziesięcioleciach wiele uwagi romanistów<sup>17</sup>, warto jeszcze raz zatrzymać się bliżej nad jedną z jej postaci – *membri ruptio*, za którą przewidziana była w ustawie XII tablic kara talionu i przyjrzeć się, jak kara ta była oceniana z perspektywy sześciu wieków przez przedstawicieli ówczesnych elit intelektualnych: filozofa Favorinusa z Areate i prawnika Sextusa Caeciliusa.

Gell. 20,1,12: Quod vero dixi videri quaedam esse inpendio molliora, nonne tibi quoque videtur nimis esse dilutum quod ita de iniuria poenienda scriptum est: 'Si iniuriam alteri faxsit, viginti quinque aëris poenae sunt?' Quis enim erit tam inops, quem ab iniuriæ faciendæ libidine viginti quinque asses deterreant? 13. Itaque cum eam legem Labeo quoque vester in libris, quos Ad duodecim tabulas conscripsit, non probaret: 'Quidam', inquit, 'L. Veratius fuit egregie homo improbus atque inmani vecordia. Is pro delectamento habebat, os hominis liberi manus suae palma verberare. Eum servus sequebatur ferens crumenam plenam assium; ut quemque depalmaverat, numerari statim secundum duodecim tabulas quinque et viginti asses iubebat. Propterea', inquit, 'praetores postea hanc abolescere et relinquere censuerunt iniuriisque aestumandis recuperatores se daturos edixerunt'.

Przedstawienie przez Filozofa *iniuria* i drobnej, w jego mniemaniu, kary za nią było niewątpliwie zabiegiem retorycznym. Miało ono na celu podkreślenie paradoksalnych rozwiązań i tym samym zdyskredytowanie ustawy XII tablic. Wprawdzie Filozof przytacza dosłownie przepis ustawy XII tablic: 'Si

<sup>16</sup> Por. F e s t u s, s.v. *Viginti quinque poenae*, L. 508: *Viginti quinque poenae in XII significat viginti quinque asses, a także L. A m i r a n t e, XII Tavole: prima e dopo, La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana*, Padova 1987 s. 199 i n.

<sup>17</sup> Przeglądu koncepcji, związanych z deliktem *iniuria*, dokonuje M. K u r y ł o w i c z, *Ochrona nietykalności cielesnej we wczesnym prawie rzymskim. Uwagi w związku z książką Artura Völk, CPH 39, 1987 z. 1 s. 197 i n.*

*iniuriam alteri faxsit, viginti quinque aeris poenae sunt*<sup>18</sup> i nie uchodzi jego uwagi, że już Labeo w swoim komentarzu do ustawy XII tablic<sup>19</sup>, mówił o uchyleniu tego przepisu przez pretorów, którzy postanowili w *edictum de iniuriis aestimandis*<sup>20</sup>, by w przypadku *iniuria* rekuperatorzy ustalali karę<sup>21</sup>, ale z jednej strony oczekuje potwierdzenia oponenta, że kara jest zbyt łagodna, z drugiej zaś sam to ilustruje przykładem Luciusa Veratiusa<sup>22</sup>. Ten bowiem policzkował przygodnie napotkanych obywateli, a za nim podążał niewolnik z sakiewką i wypłacał im przewidzianą przez ustawę karę 25 asów. Fakt, że Lucius Veratius świadomie i celowo uderzał przechodniów, Favorinus tłumaczy tym, że zbyt niska kara nie odstraszała skutecznie od popełniania podobnych czynów<sup>23</sup>.

Wydaje się jednak, że przedstawienie przez Filozofa tak niskiej i tak ośmieszającej kary pieniężnej za naruszenie nietykalności cielesnej, miało głównie na celu przeciwstawienie jej okrutnej karze talionu za uszkodzenie ciała.

Gell.20,1,14: Nonnulla autem in istis legibus (scil.XII tab.) ne consistere quidem, sicuti dixi, visa sunt, velut illa lex talionis, cuius verba, nisi memoria me fallit, haec sunt: 'Si membrum rupit, ni cum e pacto, talio esto'.

Favorinus przytoczył z pamięci słowa ustawy XII tablic, zastrzegając wyraźnie: *nisi memoria me fallit*, jakby chciał wyrazić wątpliwości co do ich dokładnego zapamiętania, by uniknąć ewentualnie zarzutu celowego przekręcenia<sup>24</sup>. W tym przypadku jednak prawnik Sextus Caecilius nie prostuje cytowanego przepisu tak, jak to uczynił odnośnie do *morbus aevitas*<sup>25</sup>.

<sup>18</sup> Szerzej na temat pierwotnego brzmienia i znaczenia tej normy por. B. Albenese, *Una congettura sul significato di „iniuria” in XII tab.8.4*, Iura 31, 1980 s. 21 i n.

<sup>19</sup> Nie dziwi, że w rozmowie z prawnikiem Favorinus nawiązywał do przeczytanych dzieł: *de legibus* Platona (Gell. 20.1.4) czy *ad duodecim tabulas* Labeona (Gell. 20.1.13), choć nie można wykluczyć, że przy komponowaniu tej dyskusji Gellius wykorzystał tak, jak w innych przypadkach (np. Gell. 1,12,18; 6,15,1) fragment tego, dostępnego mu, dzieła Labeona.

<sup>20</sup> Por. R. Maschke, *Die Persönlichkeitsrechte des römischen Inuriensystems*, Breslau 1903 s. 36 i n.; O. Lenel, *Das Edictum Perpetuum*<sup>3</sup>, Leipzig 1927 s. 397 i n.

<sup>21</sup> Por. P.B.H. Birks, dz. cyt., s. 196 i n.

<sup>22</sup> Por. M. Ducos, *Favorinus et la loi des XII tables*, Revue des Études Latines 62, 1984 s. 292 i n. Szerzej na temat tej anegdoty P. Birks, *Lucius Veratius and the lex Aebutia*, Daube noster, Essay in Legal History for D. Daube, Edinburgh-London 1974 s. 39-48.

<sup>23</sup> Por. O. Dilberto, *La pena tra filosofia e diritto nelle Noctes Atticae di Aulo Gellio*, Atti del deuxième colloque de philosophie pénale Cagliari, Napoli 1993 s. 161 i n.

<sup>24</sup> Stąd wątpliwość czy fraza *ni cum e pacto* została zniekształcona przez niego czy przez Gelliusa. Por. A. Manfredini, dz. cyt., s. 59.

<sup>25</sup> Por. Gell. 20, 1, 25 w związku z Gell. 20, 1, 10. Por. też. J. Zabłocki, *Si morbus aevitas vitium escit*, Prawo Kan. 37, 1994 nr 3-4 s. 47 i n.

Można przeto przyjąć, że nie istniały zasadnicze rozbieżności co do brzmienia tego przepisu, skoro także antykwarysta Pomponius Festus w *de verborum significatione* podaje go w podobnej wersji.

Festus, s.v. Talionis, L.496: Talionis mentionem fieri in XII ait Verrius hoc modo: „Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto”. Neque id quid significet, indicat, puto quia notum est; permittit enim lex parem vindictam.

Jak wynika ze słów *Si membrum rup < s > it*<sup>26</sup>, *ni cum eo pacit, talio esto*<sup>27</sup>, kara talionu była wymierzana, tylko w przypadku dokonania *membri ruptio*, jeśli nie nastąpiło zawarcie ugody. Powstaje jednak wątpliwość do kogo należał wybór: do sprawcy czy do poszkodowanego<sup>28</sup>. Gramatycznie możliwa jest zarówno interpretacja: jeśli Numerius dokonał odcięcia części ciała Aulusowi, i nie zawarł on ugody z Aulusem, poniesie Numerius karę talionu; jak i: jeśli Numerius dokonał odcięcia części ciała Aulusowi i Aulus z nim nie zawarł ugody, niech Numerius poniesie karę talionu. O rozstrzygnięcie tej wątpliwości można pokusić się analizując dokładniej argumentację obu dyskutantów dotyczącą interpretacji i oceny omawianego przepisu.

Gell. 20,1,15: 'Praeter enim ulciscendi acerbitatem ne procedere quoque executio iustae talionis potest. Nam cui membrum ab alio ruptum est, si ipsi itidem rumpere per talionem velit, quaero, an efficere possit rumpendi pariter membri aequilibrium? In qua re primum ea difficultas est inexplicabilis. 16. Quid si membrum', inquit, 'alteri imprudens ruperit? Quod enim imprudentia factum est, retaliari per imprudentiam debet. Ictus quippe fortuitus et consultus non cadunt sub eiusdem talionis similitudinem. Quonam igitur modo imprudentem poterit imitari, qui in exequenda talione non licentiae ius habet, sed imprudentiae? 17. Sed et si prudens ruperit, nequaquam patietur aut altius se laedi aut latius. Quod cuiusmodi libra atque mensura caveri possit, non reperio. 18. Quin etiam, si quid plus erit aliterve commissum, res fiet ridiculae atrocitatis, ut contraria actio mutuae talionis oriatur et adolescat infinita quaedam reciprocatio talionum'.

Filozof starał się wykazać, że talion nie tylko jest okrutny, lecz ponadto praktycznie niemożliwy do sprawiedliwego wymierzenia. Rozwazał przy

<sup>26</sup> Mimo, iż w Gell. 20, 1, 14 występuje *rupit*, to W.M. Lindsay w krytycznym wydaniu *de verborum significatione* Festusa preferuje *rup < s > it*, a nie *rapit*, jak podają inne kodeksy.

<sup>27</sup> Tabl. 8. 2

<sup>28</sup> Por. D.V. Simon, dz. cyt., s. 165 i n.



tym, czy poszkodowany, czyli ten, komu została odcięta<sup>29</sup> jakaś część<sup>30</sup> może okaleczyć sprawcę przez odcięcie mu, w równej mierze, takiej samej części ciała, zwłaszcza w przypadku, gdy czyn został popełniony z winy nieumyślnej. Równa miara bowiem nie może mieć miejsca wtedy, gdy sprawca działał nieumyślnie, a poszkodowany odpłaca z rozmysłem. Trudno sobie nawet wyobrazić, by przy wymierzaniu kary talionu można było naśladować nieumyślnie czyn sprawcy. Innego rodzaju problemy mogą powstać natomiast przy wymierzaniu talionu za czyn umyślny. Nie ma bowiem żadnej gwarancji, że przy wymierzaniu kary talionu nie okaleczy się sprawcy bardziej, niż samemu zostało się okaleczonym. A wtedy powstanie roszczenie o wyrównanie, co z kolei może uruchomić nieprzerwany łańcuch wyrównywania.

Z przytoczonej wypowiedzi Favorinusa z jednej strony, można wnioskować, że *membri ruptio* obejmowała uszkodzenia ciała, które były wymierzalne, gdyż wyraźnie wskazuje na trudności ekwiwalentnego wymierzenia tego, co zostanie odcięte<sup>31</sup>, z drugiej zaś, że wybór kary należał do poszkodowanego, gdyż to on *itidem rumpere per talionem velit*.

Sextus Caecilius, ustosunkowując się do zarzutów podniesionych przez filozofa Favorinusa, przedstawił karę za *iniuria* na tle ówczesnych warunków ekonomicznych, zaś a karę talionu ukazał w nieco innym świetle.

Gell. 20,1,31: 'Iniurias factas quinque et viginti assibus sanxerunt. Non omnino omnes, mi Favorine, iniurias aere isto paucio diluerunt, tametsi haec ipsa paucitas assium grave pondus aeris fuit; nam librariis assibus in ea tempestate populus usus est. 32. Sed iniurias atrociores, ut de osse fracto, non liberis modo, verum etiam servis factas, in pensiore damno vindicaverunt, quibusdam autem iniuriis talionem quoque adposuerunt'.

Według argumentacji jurysty, chociaż kara 25 asów za *iniuria* była uważana już w czasach Labeona za niską, to nie była taką wtedy, gdy ją

<sup>29</sup> Wyjaśnienie znaczenia słowa *rumpere* znajduje się w *de verborum significatu* Festusa, s.v. *Rupitias*, L.320: *Rupitias... XII significat damnum dederit; Paulus - Festus*, s.v. *Rupitia*, L. 321: *Rupitia damnum dederit significat; D. 9, 2, 27, 17 (Ulp. libro 18 ad edictum): Rupisse eum utique accipiemus, qui vulneraverit, vel virgic vel loris vel pugnibus cecidit, vel telo vel quo alio, ut scinderet alicui corpus, vel tumorem fecerit...* Na temat etymologii słowa *rumpere* por. A. Walden - J.B. Hoffman, s.v. *Rumpo*, dz. cyt., s. 451, a także P. Hovelin, dz. cyt., s. 9 i n.; A. Völkl, dz. cyt., s. 42 i n.

<sup>30</sup> Por. Cic. *de fin.* 3, 18: *...iam membrorum, id est partium corporis, alia videntur propter eorum usum a natura esse donata, ut manus, crura, pedes, ut ea, quae sunt intus in corpore, quorum utilitas quanta sit a medicis etiam disputatur, alia autem nullam ob utilitatem quasi ad quendam ornatum, ut cauda pavoni, plumae versicolores columbis, viris mammae atque barba.* Na temat etymologii słowa *membrum* por. A. Ernout - A. Meillet, s.v. *Membrum*, dz. cyt., s. 395; A. Watson, *Personal Injuries in the XII Tables*, TR 43 1975 s.218; A. Völkl, dz. cyt., s. 47 i n.

<sup>31</sup> Por. D.V. Simon, dz. cyt., s. 167 i n.

stanowiono<sup>32</sup>. Zwrócił on również uwagę na to, że nie za każdy przypadek iniuria przewidziana była tak niska kara 25 asów, choć nawet i ta niewielka ilość asów zawierała spory ciężar kruszcu, gdyż w owym czasie obywatele posługiwali się jeszcze kruszczem odważanym<sup>33</sup>. Za cięższe przypadki *iniuria* wynosiła ona znacznie więcej. A do nich należała np. *ossis fractio* dokonana nie tylko na wolnych, lecz także na niewolnikach<sup>34</sup>. Za niektóre przypadki *iniuria* przewidziana była nawet kara talionu<sup>35</sup>.

W opinii Sextusa Caeciliusa stosowanie kary talionu wyglądało jednakże nieco inaczej, niż przedstawił to Favorinus.

Gell. 20,1,33: Quam quidem tu talionem, vir optime, iniquius paulo insectatus es ac ne consistere quidem dixisti lepida quadam sollertia verborum, quoniam talioni par non sit talio neque rumpi membrum facile possit ad alterius rupturae, ut ais tu, 'aequilibrium'.

Filozof ukazał bowiem karę talionu w sposób tendencyjny, sugerujący niemożliwość ekwiwalentnego jej wymierzenia. Caecilius natomiast przyznając, że rzeczywiście trudno byłoby taki sam talion wymierzyć, nie tylko jeśli idzie o świadome czy nieświadome jego wykonanie, ale także o właściwą „wagę i miarę” starał się szerzej naświetlić problem<sup>36</sup>.

Gell. 20,1,34. Verumst, mi Favorine, talionem parissimam fieri difficillime. Sed decemviri minuere atque extinguiere volentes huiusemodi violentiam pulsandi atque laedendi talione, eo quoque metu coercendos esse homines putaverunt neque eius qui membrum alteri rupisset et pacisci tamen de talione redimenda nollet, tantam esse habendam rationem arbitrati sunt, ut an prudens inprudensne rupisset spectandum putarent aut talionem in eo vel ad amussim aequiperarent vel in librili perpenderent; sed potius eundem animum eundemque impetum in eadem parte corporis rumpenda, non eundem quoque casum exigi voluerunt, quoniam modus voluntatis praestari posset, casus ictus non posset.

W swoim wywodzie jurysta wskazuje przede wszystkim na to, że Decemwirowie poprzez karę talionu chcieli zapobiec stosowaniu przemocy polegającej na niepohamowanym biciu czy okaleczeniu. Uważali bowiem, że sama

<sup>32</sup> Sextus Caecilius wykazał przy tym, że zna nie tylko archaiczne prawo, ale też potrafi analizować jego przepisy w kontekście historycznym. Por. D. N ó r r, dz. cyt., s. 85 i n.

<sup>33</sup> Por. F. C a s a v o l a, *Cultura e scienza giuridica nel secondo secolo d.C. il senso del passato*, Giuristi adrianei, Napoli 1980 s. 18 i n.

<sup>34</sup> Por. tab. 8, 3.

<sup>35</sup> Sformułowanie *quibusdam autem iniuriis talionem quoque adposuerunt* może sugerować, że oprócz *membri ruptio*, jeszcze za inne przypadki *iniuria* ustawa XII tablic przewidywała karę talionu na co zdaje się wskazywać także wypowiedź Catona w *origines* zacytowana przez Prisc. w inst. 6, 69. Por. C. G i o f r e d i, *In tema di „iniuria” (sui fattori di formazione del diritto romano in et à preclassica)*, Nuovi studi di diritto greco e romano, Romae 1980 s. 149 i n.; A. M a n f r e d i n i, dz. cyt., s. 29.

<sup>36</sup> Por. D. V. S i m o n, dz. cyt., s. 168 i n.

groźba talionu będzie odstraszała od popełnienia czynu, za który miałyby być odcięta jakaś część ciała. Widać tu zatem element wybitnie prewencyjny<sup>37</sup>. W przypadku zaś popełnienia takiego czynu przewidzieli możliwość zawarcia ugody. Jest to niewątpliwie ograniczenie bezwzględnej, niczym niehamowanej zemsty, skoro właśnie sprawca miał możliwość wyboru, czy chce ponieść karę talionu, czy ugodzić się z poszkodowanym<sup>38</sup>. Wynika to wyraźnie ze słów: *qui membrum alteri rupisset et pacisci tamen de talione redimenda nollet* (Gell. 20,1,34). Decemwirowie nie brali pod uwagę tego, czy czyn, za który groził talion, był popełniony umyślnie czy nieumyślnie, a także tego, by skutek popełnionego czynu był dokładnie wyważony czy wymierzony. Chcieli raczej zachować pewną proporcję tak, by przy wymierzaniu kary zamiar i siła odcięcia dotyczyły tej samej części ciała, która została uszkodzona<sup>39</sup>. Nie chcieli jednak, by karano talionem za czyn z przypadku, gdyż odpowiadać można jedynie za działanie zwinione, a nie za przypadek.

Wreszcie Sextus Caecilius zastanawia się czy biorąc to wszystko pod uwagę rzeczywiście kara talionu była taka okrutna, jak ją przedstawił Favorinus.

Gell. 20,1,35: 'Quod si ita est ut dico, et ut ipse aequitatis habitus demonstrat, taliones illae tuae reciprocae argutiores profecto quam veriores fuerunt. 36. Sed quoniam acerbum quoque esse hoc genus poenae putas, quae, obsecro te, ista acerbitas est, si idem fiat in te quod tute in alio feceris? praesertim cum habeas facultatem paciscendi et non necesse sit pati talionem, nisi eam tu elegeris'.

Przed wszystkim jurysta uznaje pomysł wyrównywania przedstawiony przez Filozofa (Gell. 20,1,18) bardziej za retoryczny niż prawdziwy. Ponadto przy ocenie surowości kary talionu zwraca uwagę, iż w najgorszym wypadku kara ta polega na zastosowaniu wzajemności<sup>40</sup>. Jest to tym bardziej istotne, że sprawca miał możliwość zawarcia ugody i karze talionu poddawał się z własnego wyboru. Możliwość wyboru, jak wynika z kontekstu frazy *cum habeas facultatem paciscendi* miał sprawca czynu<sup>41</sup>. To on mógł przyjąć bądź

<sup>37</sup> F. Casavola, dz. cyt., s. 19 i n., dostrzega tu nie rzeczywistą sankcję karną, tylko oddziaływanie na sferę psychiczną. Por. jednak M. Talamanca, *Per la storia della giurisprudenza romana*, BIDR 80, 1977 s. 283 uw. 184; O. Diliberto, *La pena nelle Noctes Atticae*, dz. cyt. s. 164 i n.

<sup>38</sup> Por. D.V. Simon, dz. cyt., s. 168 i n.; M. Talamanca, dz. cyt., s. 283 uw. 184.

<sup>39</sup> Por. M. Ducos, dz. cyt., s. 294; O. Diliberto, *La pena nelle Noctes Atticae*, dz. cyt., s. 162 i n.

<sup>40</sup> Por. F. Casavola, dz. cyt., s. 19 i n.

<sup>41</sup> Por. F. Casavola, dz. cyt., s. 20; A. Manfredini, dz. cyt., s. 60.

odrzuć *pactio*<sup>42</sup>. Jeśli zatem wymierzano już karę talionu, to następowało to z wyboru sprawcy<sup>43</sup>. Inaczej bowiem kara ta nie mogła zostać wymierzona, co zresztą znalazło odzwierciedlenie później w edyktie pretorskim<sup>44</sup>.

Gell. 20,1,37: 'Quod edictum autem praetorum de aestimandis iniuriis probabilius esse existimas, nolo hoc ignores, hanc quoque ipsam talionem ad aestimationem iudicis redigi necessario solitam. 38. Nam si reus, qui depecisci noluerat, iudici talionem imperanti non parebat, aestimata lite iudex hominem pecuniae damnabat, atque ita, si reo et pactio gravis et acerba talio visa fuerat, severitas legis ad pecuniae multam redibat'.

Jeśli zatem sprawca czynu uznał, że żądane odszkodowanie było za wysokie czy kara talionu wydawała mu się zbyt surowa wtedy, po przeprowadzeniu postępowania procesowego, wyrok wydawał sędzia. On też po oszacowaniu wyrządzonej szkody dokonywał zasądzenia na karę pieniężną. W rezultacie, zdaniem prawnika, surowość ustawy XII tablic, przewidująca w przypadku *membri ruptio* karę talionu, sprowadzała się w końcu i tak do kary pieniężnej<sup>45</sup>.

Z przedstawionej w *Noctes Atticae* przez Aulusa Gelliusa dyskusji między Filozofem i prawnikiem można wnioskować, że według Sextusa Caeciliusa już w czasach ustawy XII tablic kary talionu była przeżytkiem i w praktyce została zastąpiona karą pieniężną. Działalność pretora natomiast przyczyniła się do odejścia od sztywnych stawek katalogu kar ustawy XII tablic i wprowadzenia wymiaru kary za *iniuria* na podstawie oceny wyrządzonej szkody dokonywanej przez sędziego tak, jak to miało miejsce już wcześniej w razie uszkodzenia ciała poprzez *membri ruptio*, kiedy sprawca chciał uniknąć kary talionu<sup>46</sup>. Favorinus przyjmując jednak, że to poszkodowany ma możliwość wyboru kary talionu dostrzegał nie tylko jej okrucieństwo, ale też trudności ze sprawiedliwym wymierzaniem (Gell.20,15). Nic dziwnego,

<sup>42</sup> Przy *membrum ruptio* odszkodowanie, ustalone przez poszkodowanego i sprawcę, uznawał *magistratus* za wiążące: tab. 1,6: Rem ubi pacunt, orato. Por. O. Behrens, *Der Zwölfstafelprozess*, Göttingen 1974 s.77 i n. Natomiast w innych przypadkach naruszenia nietykalności cielesnej kara kompozycyjna była przewidziana w ustawie, np. tab. 8,3-4. Por. J.M. Albuquerquę, *Historia del „pactum” antes del „edictum”*: „pactum” como acto de paz en las XII tablas, Estudios en homenaje al Juan Iglesias, III, Madrid 1988 s. 1110 i n.

<sup>43</sup> Co do procedury przy wymierzaniu kary talionu por. O. Karłowa, *Der römische Civilprozess zur Zeit der Legisactionen*, Berlin 1872 s. 116 i n.; U. von Lübtow, dz. cyt., s. 136 i n.; O. Manfredini, dz. cyt., s. 60 uw. 143 i literaturę tam cytowaną.

<sup>44</sup> O tym, że *edictum praetorum de aestimandis iniuriis* (Gell.20.1.37) nie wprowadził nowej regulacji przypadków *iniuria*, lecz obowiązujący system kar uczynił bardziej elastycznym por. R. Maschke, dz. cyt., s. 36 i n.; E. Pólay, dz. cyt., s. 101.

<sup>45</sup> Por. M. Voigt, dz. cyt., II, s. 662 i n.; A. Watson, dz. cyt., s. 219; F. Casavola, dz. cyt., s. 20; E. Pólay, dz. cyt., s. 100 i n.

<sup>46</sup> Por. A. Romano, *Economia naturale ed economia monetaria nella storia della condanna arcaica*, Milano 1986 s. 28 i n.

sকoro dyskutując o humanitaryzmie ustawy XII tablic abstrahował on nie tylko od miejsca i czasów w jakich została wydana, ale też od czasów w jakich sam żył i kar jakie w tym czasie były stosowane<sup>47</sup>.

Natomiast prawnik Caecilius broniąc humanitarności ustawy XII tablic, starał się analizować jej przepisy w szerszym kontekście kulturowo-prawnym. Nie twierdził on, że kara talionu jest humanitarna, ale starał się wyjaśnić, że była ona ograniczona wyłącznie do osoby sprawcy i możliwa do zastosowania tylko na jego „życzenie”.

Na podstawie zaś przedstawienia kary talionu w kontekście zawierania ugody i toczącego się procesu można nadto zastanawiać się, czy kara talionu za *membri ruptio* znajdowała się w ustawie XII tablic rzeczywiście wśród przepisów dotyczących deliktów<sup>48</sup>, czy też, co wydaje się bardziej prawdopodobne, wśród przepisów dotyczących procesu<sup>49</sup>.

Kara talionu przewidziana w ustawie XII tablic była pewnym reliktem z zamierzchłych czasów<sup>50</sup>. Wyrażała ona ideę odwetu, ale odwetu ujętego już w ściśle określone ramy prawne. Sama idea odwetu jest stara jak ludzkość, bowiem odruch pchający do odwetu odpowiada doskonale wrodzonemu czy naturalnemu poczuciu sprawiedliwości. Rzec można: jest to praktyczne zastosowanie zasady miłości od strony negatywnej: „nie czyni drugiemu co tobie niemiłe”. Odwet, prymitywna zemsta, u wielu ludów przekształcił się w karę przewidzianą prawem<sup>51</sup>. W Kodeksie Hammurabiego<sup>52</sup> był znany bądź jako odwet, kiedy sprawcy czyniło się taką samą krzywdę jaką on sam uczynił poszkodowanemu, bądź też jako kara, która odzwierciedlała, choćby symbolicznie, rodzaj popełnionego przestępstwa<sup>53</sup>. Talion przewidziany też był w prawie mojżeszowym<sup>54</sup>, w prawach państw greckich<sup>55</sup> i ludów germańskich<sup>56</sup>.

<sup>47</sup> Dyskusja toczyła się w połowie II wieku, kiedy dopiero co została zmodyfikowana *poena cullei*, kara polegająca na zaszczytu skazanego w worku skórzanym wraz z małpą, żmiją, psem i kogutem, i topieniu w morzu. Por. A. Dębiński, *Pena cullei w rzymskim prawie karnym*, Prawo Kan. 37, 1984 nr 3–4 s. 142 i n.

<sup>48</sup> Por. A u g u s t. de civ. Dei 21, 11, 6: octo genera poenarum in legibus esse scribit Tullius: damnnum, vincula, verbera, talionem, ignominiam, exilium, servitutem, mortem a także C. C a s t e l l o, *Raffronti testuali in tema di „genera poenarum” desunti dalle XII Tavole*, Atti del III seminario romanistico gardesano, Milano 1988 s. 435 i n.

<sup>49</sup> Por. O. D i l i b e r t o, *Le „sequenze” nei testi gelliani*, dz. cyt., s. 262.

<sup>50</sup> Por. N. T a m a s i a, *La vendetta nell'antica società romana*, Scritti di storia giuridica, Padova 1964 s. 179 i n.

<sup>51</sup> Por. J. K l i m a, *Intorno al principio del taglione nelle leggi pre-hammurapiche*, Studi in onore di Pietro De Francisci, III, Torino 1956 s. 3 i n.

<sup>52</sup> Por. zwłaszcza §§ 196–198, 200, 210, 229–230.

<sup>53</sup> Por. P. B o n f a n t e, *Il codice di Hammurabi e le XII Tavole*, Mélanges de droit romain dédiés a Georges Cornil, I, Paris 1926 s. 121 i n.; J. K l i m a, *Prawa Hammurabiego*, Warszawa 1957 s. 262 i n.

<sup>54</sup> Por. *Exodus* 21, 23–25.

<sup>55</sup> Por. E. G e n z m e r, *Talion im klassischen und nachklassischen Recht?*, ZSS Rom. Abt. 62, 1942 s. 124 i n.

<sup>56</sup> Por. A. V ö l k l, dz. cyt., s. 59 i n.

Za utrzymywaniem się przekonania o słuszności kary talionu wymierzanej nawet samowolnie wskazuje przedstawiony przez Gelliusa, za *factorum et dictorum memorabilium* Valeriusa Maximusa, samosąd kobiety nad mężem i synem za zabicie przez nich jej syna z pierwszego małżeństwa.

Gell. 12,7,1: Ad Cn, Dolabellam, proconsulari imperio provinciam Asiam obtinentem, deducta mulier Smyrnaea est. 2. Eadem mulier virum et filium eodem tempore venenis clam datis vita interfecerat atque id fecisse se confitebatur dicebatque habuisse se faciendi causam, quoniam idem illi maritus et filius alterum filium mulieris, ex viro priore genitum, adulescentem optimum et innocentissimum, exceptum insidiis occidissent. Idque ita esse factum, controversia non erat. 3. Dolabella retulit ad consilium. 4. Nemo quisquam ex consilio sententiam ferre in causa tam ancipiti audebat, quod et confessum veneficium, quo maritus et filius necati forent, non admittendum inpunitum videbatur et digna tamen poena in homines sceleratos vindicatum fuisset. 5. Dolabella eam rem Athenas ad Ariopagitas, ut ad iudices graviores exercitatioresque, reiecit. 6. Ariopagitae, cognita causa, accusatorem mulieris et ipsam quae accusabatur centesimo anno adesse iusserunt. 7. Sic neque absolutum mulieris veneficium est, quod per leges non licuit, neque nocens damnata poenitaque quae digna venia fuit. 8. Scripta haec historiast in libro Valerii Maximi Factorum et dictorum memorabilium nono.

Z przytoczonego tekstu wynika, że fakt odwetu kobiety na mężu i synu za zabicie przez nich jej syna z pierwszego małżeństwa był bezsporny. Do zabójstwa przyznawała się sprawczyni. Dolabella sprawujący wówczas urząd prokonsula sprawę odesłał do *concilium*. Nikt jednak nie odważył się wydać wyroku, ponieważ nie podlegało wątpliwości, że mąż i syn winni być zabici i słuszną ponieśli karę. Dlatego też sprawa trafiła do Areopagu. Rozstrzygnięcie Areopagitów, choć teoretycznie sprawy nie przesądziło, to praktycznie uwolniło kobietę od kary na skutek wyznaczeniu terminu rozprawy za sto lat.

### The Talon in the Light of Noctes Atticae by Aulus Gellius

Aulus Gellius presented a discussion between a philosopher and a lawyer in his *Noctes Atticae*. According to Sextus Caecilius who was the lawyer the talon had been antiquated in the days of the Law of the Twelve Tables and it was substituted by pecuniary penalties. However, the praetor's activity affected the abandonment of fines with amounts fixed in the Twelve Tables in favour of a penalty for *iniuria* which was estimated by a judge. It was similar the case of *membri ruptio*, when an offender had decided to avoid the talon. Yet Favorinus who was the philosopher emphasized that choice of talon belonged to a sufferer. Nevertheless, he noted its cruelty and problems with the just execution of the talon. His attitude did not surprise: he took no account of

social and legal circumstances not only of the time of the Twelve Tables, but of his own days as well.

Defending the humanitarianism of the Twelve Tables, the lawyer analyzed their clauses in the broad cultural and legal context. He did not allege that the talon had been humanitarian, but he tended to clarify that the penalty had to be accepted by the offender and it was executed only on himself.