

Jan Zabłocki

Iudex qui iuravit sibi non liquere

Prawo Kanoniczne : kwartalnik prawnohistoryczny 39/3-4, 215-226

1996

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, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

JAN ZABŁOCKI

IUDEX QUI IURAVIT SIBI NON LIQUERE

Na kartach *Noctes Atticae* Aulusa Gelliusa spotyka się najczęściej opisy wydarzeń prozą przeplatane raz po raz zadziwiająco piękną poezją, zarówno tą grecką, jak i łacińską. Nie brak tam również dowcipnych dialogów oraz celnych powiedzeń i ciekawych anegdot, a także trafnych komentarzy. Dotyczą one w dużej mierze wydarzeń z zamierzchłej przeszłości często pomieszanych z opisem aktualnych scenek z życia, w tym także osobistych perypetii autora. Za przykład może posłużyć choćby opowiadanie związane z powołaniem go na sędziego¹. W Rzymie nie wymagano jeszcze wtedy od sędziów znajomości prawa i praktyki procesowej. Na liście sędziów zwanej *album iudiciorum selectorum* mógł znaleźć się każdy obywatel rzymski zajmujący odpowiednią pozycję społeczną². Pierwotnie byli na niej umieszczani wyłącznie *senatores*³, później także *equites*⁴ czy przejściowo nawet *tribuni aerarii*⁵.

¹ Por. Gell.14,2. Por. też L. H o l f o r d - S t r e v e n s, *Aulus Gellius*, London 1988 s.218 i n.; M. L. A s t a r i t a, *La cultura nelle „Noctes Atticae”*, Catania 1993 s.133.

² Corocznie *selectio* dokonywali *praetores urbani* (por. Cic. pro Cluent.121) pierwotnie z pośród tych, którzy ukończyli 35 lat a od czasów Augusta 30 lat. Por. Suet. Aug.32, a także Th. M o m m s e n, *Römisches Staatsrecht*³, III, Graz 1955 (Nachdruck) s.533 i n. Por. jednak D.42,1,57 oraz G. P u g l i e s e, *Il processo civile*, II, *Il processo formulare*, I, Milano 1963 s.221 i n.; M. K a s e r, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1966 s.140, który przymuje odpowiednio wiek 30 i 25 lat.

³ Por. Th. M o m m s e n, dz.cyt., II s.229; G. B r o g g i n i, *Iudex arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Köln-Graz 1957 s.57, 90; M. K a s e r, ZPR s.35.

⁴ *Lex Sempronia iudiciaria* z 122 roku przed Chr. miała obok senatorów wprowadzić także ekwitów. Co do dyskusji o zakresie zmian por. Th. M o m m s e n, dz.cyt., III s.529 i n.; G. R o t o n d i, *Leges publicae populi Romani*, Milano 1912 s.313 i n.; G. P u g l i e s e, *Il processo formulare*, I, s.215 i n.

⁵ Zgodnie z *lex Aurelia iudiciaria* z 70 roku przed Chr. *munus iudicarium* rozdzielano między senatorów, ekwitów i trybunów skarbowych. Por. G. R o t o n d i, dz.cyt., s.369; G. P u g l i e s e, *Il processo formulare*, I, s.223 i n.; M. K a s e r, ZPR s.36. *Tribuni aerarii* byli wpisywani na listę sędziów od *lex Aurelia* z 70 roku przed Chr. do *lex Iulia iudiciaria* z 46 roku przed Chr., która zniosła tę grupę sędziów wywodzących się z *plebsu*. Por. Suet. Caes.41, a także Th. M o m m s e n, dz.cyt., III,

Autor *Noctes Atticae*, podobnie jak wielu innych, został sędzią bez żadnego teoretycznego czy praktycznego przygotowania prawniczego. Jego wiedza ograniczała się jedynie do gramatyki i retoryki. Wcześniej bowiem studiował on w Rzymie u wybitnego gramatyka Sulpiciusa Apolinarisa⁶ oraz retorów Antoninusa Iulianusa⁷ i Titiusa Castriciusa⁸. Nic więc dziwnego, że Aulus Gellius zaczął zdobywać wiedzę potrzebną do wykonywania funkcji sędziego dopiero po tym, jak został umieszczony na liście sędziów prywatnych.

Gell.14,2,1: Quo primum tempore a praetoribus lectus in iudices sum, ut iudicia quae appellantur „privata” suscipere, libros utriusque linguae de officio iudicis scriptos conquisivi, ut homo adulescens, a poetarum fabulis et a rhetorum epilogis ad iudicandas lites vocatus, rem iudicariam, quoniam „vocis,” ut dicitur, „vivae” penuria erat, ex „mutis,” quod aiunt, „magistris” cognoscerem. Atque in dierum quidem diffissionibus conperhensionibusque et aliis quibusdam legitimis ritibus ex ipsa lege Iulia et ex Sabini Masurii et quorundam aliorum iurisperorum commentariis commoniti et adminiculati sumus.

Znajomość gramatyki i retoryki okazała się niewystarczająca do sprawowania funkcji sędziego i dlatego pogłębianie wiedzy, w tej sytuacji, stało się niezbędne. Gellius nie miał jednak możliwości zaczerpnięcia wiedzy „ze źródła żywego” czyli kształcenia się u prawnika i musiał skorzystać z greckich i rzymskich „źródeł niemych”⁹. Tajniki prawa procesowego poznawał zatem bezpośrednio z *lex Iulia*¹⁰, z dzieł Masuriusa Sabinusa¹¹ oraz

s. 534 i n.; G. R o t o n d i, dz.cyt., s.422. Blżej na temat tej grupy sędziów por. J. L e n g l e, s.v. *Tribuni aearii*, RE VI A 2, Stuttgart 1937 szp.2434 i n.

⁶ Por. Gell.7,6,12; 18,4,1.

⁷ Por. Gell.9,1,2; 9,15; 15,1,1; 18,5,1; 19,9,2.

⁸ Por. Gell.11,13,1; 13,22,1.

⁹ Można stąd wnioskować o ograniczonym zasięgu działalności dydaktycznej jurystów rzymskich tego okresu. Por. P. D e F r a n c i s c i, *La prova giudiciale (A proposito di Gellio)*, N. A. 14,2), Helikon 1,1961 n.4 s.594 i n.

¹⁰ Niewątpliwie chodzi tu o *leges Iuliae iudiciorum publicorum et privatorum* z 17 roku przed Chr., które także współczesny Gelliusowi jurysta Gaius cytuje (jako jedną ustawę) w swoich *Institutiones* (G.4,104). Por. G. R o t o n d i, dz. cyt., s.448 i n.

¹¹ Gellius jednak nie podaje tytułów, z których korzystał, choć w wielu miejscach swoich *Noctes Atticae* powołuje liczne jego dzieła, np. *Memorialium libri* (Gell.7,7,8); *De coronis militaribus* (Gell.5,6); *De flamine Diali* (Gell.10,15,17–18); *De furtis liber singularis* (Gell.11,18,11–18) oraz *Iuris civilis libri III* (Gell.11,18,20–24; 4,1,21–23). Na temat tego żyjącego w czasach Tyberiusza jurysty por. D.1,2,2,53 a także F.P. B r e m e r, *Iurisprudentia antehadriana*, II 1, Leipzig 1985 (Reprint) s.313 i n.; M. S c h a n z, C. H o s i u s, *Geschichte der römischen Literatur bis zum Gesetzgebungswerk des Kaisers Justinian*, II⁴, München 1959 (Nachdruck) s.363 i n.; W. K u n k e l, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Weimar 1952 s.119 i n.

komentarzy jurystów rzymskich¹². Widocznie jednak w literaturze mu współczesnej, traktującej o obowiązkach sędziego, nie znalazł on wiele wskazówek, skoro usiłował szukać pomocy w literaturze greckiej – w dziełach z zakresu filozofii czy retoryki.

Gell. 14,2,2: In his autem, quae existere solent, negotiorum ambagibus et in ancipiti rationum diversarum circumstantia nihil quicquam nos huiusmodi libri iuverunt. 3. Nam, etsi consilia iudicibus ex praesentium causarum statu capienda sunt, generalia tamen quaedam praemonita et praecepta sunt, quibus ante causam praemuniri iudex praepararique ad incertos casus futurarum difficultatum debeat, sicut illa mihi tunc accidit inexplicabilis reperiendae sententiae ambiguitas.

Literatura, z którą zapoznawał się, była mu jednak mało przydatna, gdyż brakowało w niej niezbędnych wskazówek¹³. Dotyczyła bowiem spraw z przeszłości i nie zawierała zasad ogólnych, na których mógłby się oprzeć wyrokujący sędzia, zwłaszcza w sprawach skomplikowanych, w których trudno wydać wyrok¹⁴. A taka sprawa przypadła ledwo co zaliczonemu do grona sędziów, młodemu i niedoświadczonemu Gelliusowi.

Gell. 14,2,4: Petebatur apud me pecunia, quae dicebatur data numerataque, sed qui petebat neque tabulis neque testibus id factum docebat et argumentis admodum exilibus nitetur. 5. Sed eum constabat virum esse firme bonum notaeque et expertae fidei et vitae inculpatissimae, multaque et industria exempla probitatis sinceritatisque eius expromebantur; 6. illum autem unde petebatur hominem esse non bonae rei vitaeque turpi et sordida convictumque volgo in mendaciis plenumque esse perfidiarum et fraudum ostendebatur.

W przedstawionej sprawie rozstrzygał on – w ramach procesu formułkowego – jako sędzia prywatny spór o zwrot pożyczki pieniężnej¹⁵. Przy

¹² Wśród nich mogło też się znajdować wspomiane później (Gell. 14.2.20) dzieło *de officio iudicis* Quintusa Aeliusa Tuberon. Por. A. Dell'Orto, I „libri de officio” nella giurisprudenza romana, Milano 1960 s.8 i n.

¹³ A. M. Rabello, *Non liquet. Dal Diritto moderno al Diritto Romano*, Archivio Giuridico 85, 1973 s.43 zwraca uwagę na to, że w *Instytucjach* Gaiusa dość dokładnie został przedstawiony tok procesu *in iure* zarówno tego z okresu legisakcyjnego jak i formułkowego, a także ukazana rola pretora w procesie, natomiast postępowanie *apud iudicem* zostało potraktowane w sposób marginalny, z całkowitym pominięciem *officium iudicis*.

¹⁴ Może to wskazywać zarówno na brak współczesnej literatury prawniczej dotyczącej obowiązków sędziego, jak i na trudności w dotarciu do niej. Por. A. Steinwenter, *Rhetorik und Zivilprozeß*, ZSS 65, 1947 s.87 uw.60; P. De Francisci, dz.cyt., s.594 i n.; M. Peachin, *Iudex vice Caesaris. Deputy Emperors and the Administration of Justice during the Principate*, Stuttgart 1996 s.44 i n.

¹⁵ Natomiast inna sprawa, w której Gellius występował także jako sędzia, toczyła się w *cognitio extra ordinem*. Por. Gell. 12,13,1. W swoich *Noctes Atticae* jeszcze

okazji tego procesu przekonał się, że teoretyczna wiedza zaczerpnięta z dzieł dawnych jurystów stała się bezużyteczna. W toku postępowania dowodowego okazało się bowiem, że powód nie dostarczył dokumentów, ani też nie przywołał świadków stwierdzających zawarcie pożyczki, a na dodatek nie przedstawił nawet wątplych środków dowodowych. Równocześnie jednak był on cieszącym się nieposzlakowaną opinią, powszechnie znanym ze swej dobroci, człowiekiem godnym zaufania, w przeciwieństwie do wątpliwej reputacji, choć dobrze ustosunkowanego pozwanego, któremu wielokrotnie dowiedziono wiarołomstwo i oszustwo.

Gell.14,2,7: *Is tamen cum suis multis patronis clamitabat probari apud me debere pecuniam datam consuetis modis, „expensi latione,” „mensae rationibus,” „chirographi exhibitione,” „tabularum obsignatione,” „testium intercessionem,”* 8. *ex quibus omnibus si nulla re probaretur, dimitti iam se sane oportere et adversarium de calumnia damnari, quod de utriusque autem vita atque factis diceretur, frustra id fieri atque dici; rem enim de petenda pecunia apud iudicem privatum agi, non apud censores de moribus.*

Skoro dowody, świadczące o zawarciu pożyczki, nie zostały przedstawione, sędzia nie mógł wydać wyroku zasądzającego¹⁶. Tym bardziej, że pozwany stanowczo domagał się, wraz ze swoimi licznymi patronami¹⁷, by powód udowodnił, w sposób zwyczajowo przyjęty, czyli za pomocą jednego z wymienionych sposobów jak: *expensilatio*¹⁸, *mensae rationes*¹⁹, *chirograp-*

kilkakrotnie nawiązuje on do zagadnień procedury sądowej: powołując Gaviusa Bassusa przy analizowaniu terminu *divinatio* (Gell. 2,4); zastanawiając się nad pochodzeniem występującego w skargach cywilnych słowa *laudare* (Gell.2,6,16); cytując *contra Tiberium exulem* Marka Katona o *vadimonium* (Gell.2,14) oraz wzmiankując o sposobie postępowania przy objęciu spadku (Gell.3,16,21). Por. O. Diliberto, *Materiali per la palinogenesi delle XII tavole*, Cagliari 1992 s.131.

¹⁶ Szerzej na temat postępowania dowodowego i ciężaru dowodu por. W. Litewski, *Rzymski proces cywilny*, Warszawa-Kraków 1988 s.60 i n.

¹⁷ W procesie rzymskim strony wspomagali zarówno znajomością prawa jak i swoim autorytetem nie tylko *advocati*, lecz także *oratores* i *patroni*. Por. M. Kasera, ZPR s.161.

¹⁸ Wyraźnie nawiązuje tu Gellius do prowadzonych przez Rzymian ksiąg rachunkowych zwanych *codices accepti et expensi*, mających znaczenie dowodowe, potwierdzających istnienie jakiegoś zobowiązania, dopóki nie stały się one sposobem zaciągnięcia zobowiązania. Por. G.3,128–134 a także P. De Francisci, dz.cyt., s.597 i n.; W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, *Prawo rzymskie. Instytucje*, Warszawa 1996, s.232 i n.

¹⁹ Bankierzy tego okresu prowadzili dla swoich klientów spisy buchalteryjne i zaznaczali w nich czynności dokonane, a więc także wpłaty wnoszone na ich rachunek. Por. P. De Francisci, dz.cyt., s.297.

*hum*²⁰, *tabulae absignatae*²¹ czy zeznań *testes*²², że pieniądze zostały pożyczone²³. Gdyby zaś to nie nastąpiło, żądał uwolnienia od zarzutu niewykonania zobowiązania, a w konsekwencji za pomocą *iudicium calumniae decima partis* domagał się zasądzenia powoda ze względu na bezpodstawne prowadzenie procesu²⁴. Argumentował przy tym, że nie można tutaj brać pod uwagę sposobu jego życia i czynów, gdyż proces toczy się przed sędzią prywatnym o zwrot pieniędzy, a nie przed cenzorem w sprawie moralności²⁵.

W tej sytuacji Gellius nie wiedział jak postąpić, ponieważ był przeświadczony, że powód jest osobą godną szacunku, natomiast pozwany nie zasługuje na zaufanie. Nie chcąc jednak wydać wyroku zbyt pochopnie, zgodnie z odwieczną tradycją prywatnych sędziów rzymskich zasięgnął porady przyjaciół.

Gell.14,2,9: Tunc ibi amici mei, quos rogaveram in consilium, viri exercitati atque in patrociniis et in operis fori celebres semperque se circumundique distrahentibus causis festinantes, non sedendum diutius ac nihil esse dubium dicebant quin absolvendus foret, quam accipisse pecuniam nulla probatione sollemni docebatur. 10. Sed enim ego homines cum considerabam, alterum fidei, alterum probri plenum spurcissimaeque vitae ac defamatissimae, nequaquam adduci potui ad absolvendum.

Przyjaciele, choć mieli doświadczenie sądowe nabyte w roli obrońców czy wyrokujących, zajęci licznymi sprawami przez siebie prowadzonymi, w po-

²⁰ Skrypt dłużny spisywany w pierwszej osobie. Por. M. K u r y ł o w i c z, *Chirographa i syngrapha. Z historii antycznych zobowiązań pisemnych*, Rejent, 4, 1994 nr 10/42 s.14 i n. z cytowaną tam literaturą.

²¹ Dokumenty podpisane przez strony, juryści często nazywali też *instrumenta* dla odróżnienia ich od *tabula*, terminu zarezerwowanego dla testamentów. Por. P. De F r a n c i s c i, dz.cyt., s.298.

²² Por. U. V i n c e n t i, „*Duo genera sunt testium*”. *Contributo allo studio della prova testimoniale vel processo romano*, Padova 1989 s.99 i n.

²³ Por. P. De F r a n c i s c i, dz.cyt., s.597 i n., który zauważa, że oprócz *iuramentum apud iudicem* został przedstawiony tutaj pełen katalog środków dowodowych stosowanych w tego rodzaju sprawach.

²⁴ *Damnatus de calumnia* płacił karę, która wynosiła dziesiątą część wartości przedmiotu sporu. Por. G.4,174–179 a także M. K a s e r, ZPR, s.214; W. L i t e w s k i, dz.cyt., s.72; U. V i n c e n t i, dz.cyt., s.99 uw.19; M. P e a c h i n, dz.cyt., s.66 i n.

²⁵ Na temat *iudicium de moribus* por. K l i n g m ü l l e r, RE IX, 2, Stuttgart 1916 s.v. *Iudicium de moribus*, szp. 2483i n.; E. Volterra, NNDI IX, Torino 1965, sv. *Iudicium de moribus*, s.344 i n.

śpiechu udzielali porad w sposób mało przekonujący. Radzili przy tym, by uwolnił pozwanego, gdyż nie zostało udowodnione, że pieniądze zostały mu pożyczone²⁶. Opinii tej Gellius nie przyjął bezkrytycznie i – mając na uwadze z jednej strony szlachetnego powoda, o znanej i wypróbowanej uczciwości, z drugiej zaś pozwanego, nikczemnika bez honoru i sławy – nie wydał wyroku uwalniającego. Zawieszając sprawę²⁷ zwrócił się do słynnego już wówczas filozofa Favorinusa o pomoc w rozstrzygnięciu tego sporu zgodnie z *officium iudicis*²⁸.

Gell.14,2,11: Iussi igitur diem diffindi atque inde a subselliis pergo ire ad Favorinum philosophum, quem in eo tempore Romae plurimum sectabar, atque ei de causa ac de hominibus quae apud me dicta fuerant, uti res erat, narro omnia ac peto ut et ipsum illud in quo haerebam, et cetera etiam quae observanda mihi forent in officio iudicis, faceret me ut earum rerum essem prudentior.

Zapoznał go przy tym ze stanem faktycznym, charakterystyką stron toczących spór oraz przedstawianymi przez nie argumentami i tym wszystkim co było związane ze sprawą, a także podzielił się z nim swoimi wątpliwościami. Filozof ze zrozumieniem podszedł do rozterek Gelliusa

²⁶ Rada przyjaciół Gelliusa była bez zarzutu, gdyż opierała się na założeniu, że sędzia ma stwierdzić czy stan faktyczny przedstawiony w formule zaistniał, np.: *si paret N^m N^m A^o A^o sestertium centum dare oportere*, a następnie, zgodnie z otrzymanym poleceniem, np.: *N^m N^m A^o A^o sestertium centum condemna. si non paret absolve*, dokonać zasądzenia albo uwolnienia (Por. G.4,41;43;50). Skoro zatem w omawianym przypadku brak było dowodu na zaistnienie stanu faktycznego przedstawionego w *intentio*, sędzia na podstawie otrzymanego polecenia zawartego w *condemnatio*, zgodnie z logiką, winien dokonać uwolnienia. Por. P. De F r a n c i s c i, dz.cyt., s.597.

²⁷ O możliwości zawieszenia sporu na czas potrzebny, by zapoznać się ze sprawą, wzmiankują źródła prawnicze dotyczące sądów polubownych. Por. D.48,13,4. *Arbiter ex compromisso* mógł prosić pretora, gdy go ten ponaglał z wydaniem wyroku, o czas do namysłu, ze względu na niejasność sprawy. Potwierdzał to jednak składając przysięgę. Por. A. M. R a b e l l o, dz.cyt., s.50 i n.; M. Ż o ł n i e r c z u k, *Rzymskie sądownictwo polubowne (okres przedklasycy i klasycy)*, Lublin 1978 s.168 i n.; J. P a r i c i o, „*Iurare sibi non liquere*”, w: *Atti del III seminario romanistico Gardesano*, Milano 1988 s.417 i n.

²⁸ Termin *officium* pierwotnie był synonimem obowiązku, powinności. Por. G. C e r v e n c a, *Sull'uso del termine „officium” nella legislazione postclassico-giustiniana*, Studi in onore di Giuseppe Grosso, III, Torino 1970 s.207 i n. wraz ze wskazaną tam bibliografią.

i udzielając mu rady brał pod uwagę problemy raczej natury filozoficznej niż prawnej, przed którymi stawał sędzia mający obowiązek wydania wyroku²⁹.

Gell.14,2,12: Tum Favorinus, religione illa cunctationis et sollicitudinis nostrae conprobata: „Id quidem,” inquit, „super quo nunc deliberas, videri potest specie tenui parvaque esse. Sed si de omni quoque officio iudicis praeire tibi me vis, nequaquam est vel loci huius vel temporis; 13. est enim disceptatio ista multiugae et sinuosae quaestionis multaue et anxia cura et circumspicientia indigens.

Favorinus ograniczył się jednak do rozważenia tylko niektórych zagadnień. Podkreślał przy tym, że w *iudicia privata* istniały pewne reguły postępowania stosowane w praktyce, które sędzia winien uwzględnić przy rozpatrywaniu sporu. Wyszedł on nadto z założenia, że z różnych powodów nie czas i miejsce na to, by zająć się tym wszystkim, co dotyczyło obowiązków sędziego. Jest to bowiem zagadnienie złożone i wymagające wiele rozważań. Wskazał tylko na te z nich, które były często w jego czasach przedmiotem sporów³⁰.

Gell.14,2,14: Namque, ut pauca tibi nunc quaestionum capita adtingam, iam omnium primum hoc de iudicis officio quaeritur: si iudex forte id sciat, super qua re apud eum litigatur, eaque res uni ei, priusquam agi coepta aut in iudicium deducta sit, ex alio quodam negotio casuve aliquo cognita liquido et comperta sit, neque id tamen in agenda causa probetur, oporteatne eum secundum ea quae sciens venit iudicare, an secundum ea quae aguntur?

Przed wszystkim Favorinus rozważał czy sędzia, który znał sprawę wcześniej, zanim został wyznaczony do jej rozstrzygnięcia, winien orzekać zgodnie ze swoją wiedzą, czy brać tylko pod uwagę dowody przedstawione mu w toku postępowania dowodowego. Innymi słowy czy sędzia winien rozstrzygać na podstawie tego, co wie, czy tego, co zostało mu przedstawione w trakcie trwania procesu.

Gell.14,2,15: Id etiam,” inquit, „quaeri solet, an deceat atque conveniat iudici causa iam cognita, si facultas esse videatur componendi negotii, officio paulisper iudicis dilato communis amicitiae et quasi pacificatoris partes recipere?

Następnie Filozof zastanawiał się czy sędzia – po zapoznaniu się ze sprawą – powinien, jeśli pojawiła się szansa na polubowne załatwienie sprawy³¹,

²⁹ Por. dyskusyjnie M. L. A s t a r i t a, dz.cyt., s.134 uw.61.

³⁰ Wskazują na to takie sformułowania jak: *quaeritur* (Gell.14,2,14), *quaeri solet* (Gell.14,2,15), *ambigi ac dubitari scio* (Gell.14,2,16), *super ea quoque re dissentitur* (Gell.14,2,17). Por. L. H o l f o r d - S t r e v e n s, dz.cyt., s.134.

³¹ Por. G. B r o g g i n i, dz.cyt., s.127 uw.38, który twierdzi, że problem ten był podnoszony przede wszystkim przez retorów.

wstrzymując się chwilowo z wydaniem wyroku³², przyjąć rolę wspólnego przyjaciela i rozjemcy stron.

Favorinus zwrócił też uwagę, że zbyt aktywne zachowanie się sędziego w trakcie postępowania dowodowego może zostać uznane za stronnictwo.

Gell.14,2,16: *Atque illud amplius ambigi ac dubitari scio, debeatne iudex inter cognoscendum ea quae dicto quaesitoque opus est dicere et quaerere, etiamsi cuius ea dici quaerique interest neque dicat neque postulet? Patrocinarum enim prorsus hoc esse aiunt, non iudicare.*

Przed wszystkim miał wątpliwość czy sędzia, w trakcie postępowania dowodowego, powinien zadawać pytania i poszukiwać na nie odpowiedzi w sytuacji, kiedy zainteresowana strona była bierna. Mogło bowiem to rodzić przypuszczenia, że bierze ją w obronę, a nie sądzi.

Ponadto Favorinus zwrócił uwagę na inny kontrowersyjny problem ujawniania przez sędziego własnej opinii przed wydaniem wyroku.

Gell.14,2,17: *„Praeter haec super ea quoque re dissentitur, an ex usu exque officio sit iudicis, rem causamque de qua cognoscit interlocutionibus suis ita exprimere consignareque, ut ante sententiae tempus, ex iis quae apud eum in praesens confuse varieque dicuntur, proinde ut quoquo in loco ac tempore movetur, signa et indicia faciat motus atque sensus sui. 18. Nam qui iudices,” inquit, „acres atque celeres videntur, non aliter existimant rem qua de agitur indagari comprehendique posse, nisi is qui iudicat crebris interrogationibus necessariisque interlocutionibus et suos sensus aperiat et litigantiumprehendat. 19. Contra autem qui sedatiores et graviore putantur negant iudicem debere ante sententiam, dum causa utrumque agitatur, quotiens aliqua re proposita motus est, totiens significare quid sentiat. Eventurum enim aiunt, ut, quia pro varietate propositionum argumentorumque alius atque alius motus animi patiendus est, aliter atque aliter eadem in causa eodemque in tempore sentire et interloqui videantur.*

Zdaniem Favorinusa bowiem przed wydaniem wyroku sędzia mógł zdradzić swój stosunek do sprawy bądź poprzez nieodpowiednio sformułowane pytanie, bądź żywą reakcją w trakcie postępowania dowodowego. Filozof nawiązał przy tym do różnego typu zachowań sędziów i zwracał uwagę, że jedni z nich starali się być aktywni i dociekliwi. Uważali bowiem, że

³² Sędzia jednak uzyskując upoważnienie do rozstrzygnięcia sprawy był jednocześnie zobowiązany do wydania wyroku. Gdyby zatem jego działanie potraktowano jako naruszenie obowiązku przez zaniechanie wydania wyroku mógł odpowiadać na podstawie specjalnej skargi pretorskiej z tzw. jakby deliktu: *iudex qui litem suam fecit*. Por. G. B r o g g i n i, dz.cyt., s.54 i n.; G. P u g l i e s e, *Il processo formulare*, I, s.252 i n. Szerzej na temat *litem suam facere* por. F. D e M a r t i n o, *Litem suam facere*, BIDR 91,1988 s.2 i n.

tylko ciągłymi pytaniami i nagłymi przerywaniami wypowiedzi będą mogli poznać czy zrozumieć sprawę. W wyniku takiego postępowania jednak ich sposób rozumowania mógł zostać odkryty. Wyrażając bowiem własne myśli, dawali możliwość pojęcia ich w lot przez strony toczące spór. Inni natomiast sędziowie byli spokojni i poważni; uważali przy tym, że sędzia nie powinien ujawnić swojego zdania przed wydaniem wyroku, twierdząc, że sędzia w czasie przedstawiania różnych wniosków i argumentów powinien powstrzymać się od okazywania emocji.

Po przedstawieniu ogólnych uwag dotyczących postępowania sędziego Filozof zasugerował, że zostały one sformułowane nie tylko na bazie jego własnych przemyśleń, ale także na podstawie świeżo przeczytanej lektury.

Gell.14.2,20: „Sed de his,” inquit, „et ceteris huiuscemodi iudicialis officii tractatibus et nos posthac, cum erit otium, dicere quid sentiamus conabimur et praecepta Aelii Tuberonis super officio iudicis, quae nuperrime legi, recensebimus.

Powołał się on przy tym na *De officio iudicis* Tuberon³³. W dziele tym znajdowały się także inne wskazówki dotyczące obowiązków sędziego, a w omawianej sprawie radził uwzględnić także opinię, wyrażoną przez żyjącego w II wieku przed Chr., Marka Katona.

Gell.14,2, 21: Quod autem ad pecuniam pertinet, quam apud iudicem peti dixisti, suadeo hercle tibi, utare M. Catonis, prudentissimi viri, consilio, qui, in oratione quam Pro L. Turio contra Cn. Gellium dixit, ita esse a maioribus traditum observatumque ait, ut si quod inter duos actum est neque tabulis neque testibus planum fieri possit, tum apud iudicem qui de ea re cognosceret, uter ex his vir melior esset quaereretur et, si pares essent seu boni pariter seu mali, tum illi unde petitur crederetur ac secundum eum iudicaretur.

Zgodnie z tą opinią, powtórzoną za starożytnymi, w mowie – w obronie Luciusa Turiusa przeciw Gneiusowi Gelliusowi – wygłoszonej przez Katona, jeśli sprawa sporna między stronami toczącymi spór nie mogła być wyjaś-

³³ Oprócz wspomnianego przez Favorinusa dzieła o obowiązkach sędziego Q. Aelius Tuberon, piszącego archaicznym językiem historyka i prawnika, z okresu przełomu republiki i pryncypatu Gellius cytuje fragmenty jego *Historia* (Gell.7,3; 7,4,2; 10,28,1) oraz być może *De officio senatorio* (Gell.14,7,13; 14,8,2) oraz z książki *Ad C. Appium* (Gell.6,9,11). Tubero jest też, zdaniem Pomponiusa, autorem licznych *Libri de iure publici et privati* (D.1,2,2,46). Kilkakrotnie jego osoba pojawia się w *Digestach justyniańskich* (D.32,29,4; 33,6,7 pr.; 33,10,7,1–2). Por. E. K l e b s, s.v. *Aelianus*, Nr 156, RE I 1, Stuttgart 1894 szp.537 i n.; F.P. B r e m e r, dz.cyt., I, s.358 i n.; M. S c h a n z, C. H o s i u s, dz.cyt., I, s.321 i n.; W. K u n k e l, dz.cyt., s.37; F. W i e a c k e r, *Römische Rechtsgeschichte, Quellenkunde, Rechtsbildung, Jurisprudenz und Rechtsliteratur*, I, München 1988 s.610 i n.

niona za pomocą dokumentów czy świadków, sędzia dociekał, jaką sławą cieszyli się przeciwnicy procesowi. Ustalał zatem, który z nich jest bardziej prawym człowiekiem. W przypadku jednak, gdy to nie udało mu się, ponieważ obaj byli równie szlachetni czy niegodziwi, sędzia dawał wiarę temu, od którego dochodzono spełnienia świadczenia czyli pozwanemu³⁴.

Gellius, jak w wielu innych tego typu przypadkach, odszukał wzmiankowaną przez Favorinusa mowę Katona i przytoczył ją dosłownie. Jest ona o tyle interesująca, że dotyczy okresu, kiedy jeszcze obowiązywał proces *per legis actiones*.

Gell.14,2,26: Verba ex oratione M. Catonis cuius commemoravit Favorinus, haec sunt: „Atque ego a maioribus memoria sic accipi: si quis quid alter ab altero peterent, si ambo pares essent, sive boni sive mali essent, quod duo res gessissent uti testes non interessent, illi unde petitur, ei potius credendum esse. Nunc si sponsionem fecissent Gellius cum Turio: 'Ni vir melior esset Gellius quam Turius', nemo, opinor, tam insanus esset qui iudicaret meliorem esse Gellium quam Turium; si non melior Gellius est Turio, potius oportet credi unde petitur.”

W zacytowanym fragmencie Kato – odwołując się do świadectwa przodków – podaje, że należało raczej dać wiarę pozwanemu, jeśli, w przypadku braku świadków na okoliczność zawarcia kontraktu, nie udało się ustalić czy powód jest lepszy czy pozwany, ponieważ obaj byli bądź szlachetni, bądź niegodziwi. Nierozsądne bowiem byłoby twierdzenie, że kiedy powód od pozwanego nie jest lepszy, to jest on lepszy. Zatem, jeśli powód nie jest lepszy od pozwanego, to należy uwierzyć pozwanemu³⁵.

Favorinus, przywołując opinię Katona, zwracał uwagę, że właśnie w interesującej Gelliusa sprawie brak było świadków dokonania czynności prawnej. Radził więc posłużyć się tym dodatkowym kryterium, czyli uwzględnić sławę, jaką cieszyły strony się toczące spór.

Gell.14,2,22: In hac autem causa de qua tu ambigis, optimus est qui petit, unde petitur deterrimus, et res est inter duos acta sine testibus. 23. Eas igitur et credas ei qui petit, condemnesque eum de quo petitur, quoniam, sicuti dicis, quo pares non sunt et qui petit melior est”.

Jednak ze względu na to, że w rozpatrywanej przez Gelliusa sprawie strony nie cieszyły się taką samą sławą, gdyż powód był bardzo szlachetny, zaś pozwany niezwykle nikczemny Favorinus radził, by dać wiarę powodowi

³⁴ Por. G. P u g l i e s e, *L'onere della prova nel processo romano per formulas*, RIDA 3,1956 ser.3, s.413 i n.; P. D e F r a n c i s c i, dz.cyt., s.603; A. M. R a b e l l o, dz.cyt., s.46 i n.

³⁵ Por. D.22,5,3,2 a także E. L e v y, *Beweislast im klassischen Recht*, IURA 3,1952 s.156 i n.

i zasądzić pozwanego. Uzasadniając swoje stanowisko przekonywał, że w tym przypadku strony toczące spór nie były równe, gdyż w lepszej sytuacji, ze względu na swoją opinię, znajdował się powód. Biorąc to pod uwagę Gellius winien wydać wyrok na korzyść powoda³⁶.

Gell.14,2,24: Hoc quidem mihi tum Favorinus, ut virum philosophum decuit, suasit. 25. Sed maius ego altiusque id esse existimavi quam quod meae aetati et mediocritati conveniret, ut cognovisse et condemnasse de moribus, non de probationibus rei gestae viderer; ut absolverem tamen inducere in animum non quivi et propterea iuravi, mihi non liquere, atque ita iudicatu illo solutus sum.

Jednakże Gelliusa nie przekonały udzielane rady zwłaszcza, że nie był przekonany o udzieleniu pożyczki. W takiej sytuacji nie chciał oceniać wiarygodności stron toczących spór na podstawie ich zachowań moralnych i uchylił się od wydania wyroku³⁷. Uzasadniając swoją decyzję młodzieńczym wiekiem i niedoświadczeniem uciekł się do złożenie przysięgi *sibi non liquere*³⁸. Wydaje się, że było to jedyne możliwe wyjście, jakie mógł podjąć sędzia, który był zobowiązany do wydania wyroku, jeśli obawiał się przyjęcia odpowiedzialności za jego wydanie, ponieważ rozpatrywana sprawa była dla niego niejasna³⁹.

Można przypuszczać, że Gellius uchylając się od wydania wyroku i składając przysięgę *sibi non liquere* wziął pod uwagę przede wszystkim to, że

³⁶ Por. H. L é v y - B r u h l, *Recherches sur les actions de la loi*, Paris 1960 s.216 i n.; A. M. R a b e l l o, dz.cyt., s.47 i n.

³⁷ W procesie formułkowym, a być może już w procesie legisakcyjnym sędzia prywatny wydawał *sententia* w oparciu o własne przeświadczenie. *Iudex privatus* mógł też uchylić się od wydania *sententia*. Wtedy jednak był piętnowany notą cenzorską czy karany *multa* przez pretora. Jedynie przysięga stwierdzającą niemożność rozstrzygnięcia zwalniała go od wydania wyroku. Por. M. W l a s s a k, *Der Judicationsbefehl der römische Prozesse. Mit Beiträgen zur Scheidung des privaten und öffentlichen Rechtes*, Wien 1921 s.240; A. M. R a b e l l o, dz.cyt., s.47 i n.; B. A l b a n e s e, *Il processo privato romano delle legis actiones*, Palumbo 1987 s.137 i n.

³⁸ Por. G. L o n g o, *L'onere della prova nel processo civile romano*, Studi in onore di Emilio Betti, III, Milano 1962, s.363, który uważa, że skoro sędzia mógł uciec się do złożenia przysięgi *sibi non liquere*, to w omawianym okresie nie wykształciła się jeszcze zasada określająca na kim ma spoczywać ciężar dowodu. Por. jednak P. D e F r a n c i s c i, dz.cyt., s.414 i n.

³⁹ Źródła prawnicze potwierdzają możliwość wstrzymania się od głosu w sądach kolegiałnych. Por. D.42,1,36. Wtedy też nie miało większego znaczenia dla ważności wyroku, czy głosowano przeciw, czy wstrzymano się od głosu, jeśli tylko wyrok zapadł większością głosów. Wyroku natomiast nie można było wydać pod nieobecność jednego z sędziów. Por. D.42,1,36. Por. też. G. P u g l i e s e, *Il processo formulare*, I, s.253; A. M. R a b e l l o, dz.cyt., s.49 i n.; J. P a r i c i o, dz.cyt., s.416 i n.

powód nie dostarczył żadnych dowodów ani z dokumentów, ani ze świadków zawarcia pożyczki. Z drugiej zaś strony nie mógł nie uwzględnić też dobrej opinii, jaką cieszył się powód i złej opinii jaką napiętnowany był pozwany. W rozpoznawanej sprawie można zauważyć więc niepewność sędziego, co do katalogu i oceny środków dowodowych oraz świadomość skutków wydania wyroku uwalniającego. Gdyby bowiem wydał taki wyrok, naraziłby powoda na *iudicium de calumnia*. W zaistniałej sytuacji Gellius mógł wprawdzie, zgodnie z praktyką, skorzystać z dowodów pomocniczych, takich jak *rumores et fama* i zasądzić pozwanego. Sądził jednak, że wtedy nie byłby to wyrok w sprawie zwrotu pożyczki lecz *iudicium de moribus* sprzeczne z jego przekonaniem. Nie oznacza to bynajmniej, że inny sędzia⁴⁰ nie był w stanie rozpoznać tej sprawy i wydać wyroku zgodnego z praktyką i swoim przekonaniem.

Iudex qui iuravit sibi non liquere

In the 2nd century B.C. in ancient Rome it was not required of the judges that they were conversant with the law. Every Roman citizen who had certain social status could be enrolled on *album iudiciorum selectorum*. In *The Attic Nights* (Gell. 14.2) Gellius describes how after being chosen by the praetors among the *iudices* he sought texts in Greek as well as Latin on duties of a judge. But in complicated cases and in doubts engendered by conflicting opinions, such books simply could not help him. Aulus Gellius mentions one problem that was presented to him and that was a real conundrum. Namely a sum of money was claimed before him which was said to have been paid and counted out (*pecunia non numerata*) but the plaintiff did not support his case by witness, relying only on slender arguments. However, it was clear that he was on unimpeachable moral character while the defendant had a questionable reputation and was often convicted of mendacity, full of treachery and fraud. Since Gellius did not want to reach verdict precipitately, he consulted some friends of great legal experience. They had no doubt that the defendant should be acquitted and that it was no use retarding the proceedings since the plaintiff could not produce the legal evidence required (either *expensilatio*, *mensae rationes*, *chirographum*, *tabulae absignatae* or *testes*). But Gellius knew well that if he had returned a verdict of not guilty, the plaintiff would have been subject to *iudicium de calumnia*. Therefore author of *The Attic Nights* didn't feel satisfied and consulted Favorinus, a well-known philosopher. The latter proceeded to discuss various aspects of a judge's function. He pondered, for instance, whether a judge should reach to verdict on the basis of his full knowledge or only in accordance with what has been brought up during the trial. In the end Favorinus advised Gellius a decision in favour of the plaintiff on the ground of his creditable character. Nevertheless Gellius could not make up his mind and accordingly took oath *mihi non liquere* and in that way he was relieved from rendering a decision.

⁴⁰ Na temat problemu zmiany sędziego por. M. K a s e r, ZPR, s.142 uw.41; s.271 uw.36,37.