

Jan Zabłocki

Consortium ercto non cito w Noctes Atticae Aulusa Gelliusa

Prawo Kanoniczne : kwartalnik prawno-historyczny 31/3-4, 271-282

1988

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

**CONSORTIUM ERCTO NON CITO
W NOCTES ATTICAE AULUSA GELLIUSA**

Rodzina w państwie rzymskim była nie tylko grupą społeczną, religijną, ale również polityczną. Na jej czele stał mąż, rodziciel i pan domu a równocześnie władca spełniający określone funkcje polityczne — *pater familias*¹. Po śmierci przodka sprawującego funkcję *patris familias* potomstwo wstępowało w jego podmiotową sferę prawa. Ten sposób dziedziczenia został z czasem przeniesiony na sytuację tworząc sztuczny stosunek rodzinny za pomocą testamentu czy adopcji².

1 Zanim, w wypadku braku *sui heredes*, doszło do stworzenia fikcyjnego pokrewieństwa w drodze adopcji i wykształcenia się dziedziczenia na podstawie testamentu, trudno cokolwiek powiedzieć o losach *hereditas*³. Dla czasów wcześniejszych można jedynie snuć przypuszczenia na podstawie przepisu ustawy XII tablic regulującego dziedziczenia *ab intestato*⁴.

¹ Por. U. Coli, „*Regnum*”, SDHI 17 (1951) s. 125 i n.; P. De Francisci, *Primordia civitatis*, Romae 1959 s. 140 i n.; P. Bonfante, *Corso di diritto romano*, I. *Diritto di famiglia*², Milano 1963 s. 11 i n.; B. Biondi, *Istituzioni di diritto romano*⁴, Milano 1965 s. 551 i n.; M. Kaser, *Das römische Privatrecht*², I, München 1971 s. 58.

² Por. S. Wróblewski, *Zarys wykładu prawa rzymskiego*, Kraków 1916 s. 510 i n.; U. Coli, *Il testamento nella Legge delle XII Tavole*, IURA 7 (1956) s. 63 uw. 141; E. Gintowt, *Rzymskie prawo prywatne w epoce postępowania legisakcyjnego (od decemviratu do lex Aebutia)*, Warszawa 1960 s. 70; M. Kaser, RPR², I, s. 64.

³ Początek sukcesji rzymskiej jest jednym z najbardziej dyskusowanych problemów antycznego prawa rzymskiego. Por. P. Bonfante, *L'origine dell' „Hereditas” e dei „Legata” nel diritto successorio romano. A proposito della regola „Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest”*, BIDR 4 (1891) = *Scritti giuridici vari*, I, Torino 1916 s. 101 i n.; E. Rabel, *Die Erbsrechtslehre Bonfantes*, ZSS(Rom.Abt.) 50 (1930) = *Gesammelte Aufsätze*, IV, Tübingen 1971 s. 409 i n.; B. Albanese, *La successione ereditaria in diritto romano antico*, Am. Pal. 20 (1949) s. 127 i n. (rec.) M. Kaser, IURA 1 (1950) s. 452 i n.; U. von Lübtow, *Die Entwicklungsgeschichtlichen Grundlagen des römischen Erbsrechts*, Studi De Francisci, I, Milano 1967 s. 86 i n.; M. Kaser, RPR², I, s. 91 oraz cytowaną tam literaturę.

⁴ Norma ustawy XII tablic została przekazana w dwóch wariantach: przez Ulpiana (Coll. 16.4.1—2; Ulp. 26.1) — w brzmieniu cytowanym w tekście — oraz przez autora *Rhetorica ad Herennium* (1.13.23) i Ci-

Tabl. 5.4—5:

Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit, gentiles familiam [habent].

Dyspozycję tego przepisu *adgnatus proximus familiam habeto* można uznać dla hipotezy *si intestato moritur* za relikw prawo zwyczajowe, istniejącego przed wprowadzeniem dziedziczenia testamentowego⁵. Wyrażenie *familiam habeto* nie jest równoznaczne z wyrażeniem *heres esse*⁶. Dziedzicem jest tylko *suius heres*⁷; jest on kontynuatorem rodziny, gdyż przejmuje władzę w rodzinie, majątek i obowiązek sprawowania kultu⁸. Agnaci zaś i gentylowie nabywają wyłącznie majątek zmarłego⁹. Inaczej mówiąc, agna-

cerona (de *inventione* 2.50.148) w brzmieniu: Si paterfamilias intestato moritur, familia pecuniaque eius adgnatorum gentiliunquę esto. Na temat różnicy między nimi por. M. Kaser, *Das Altrömische Ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen 1949 s. 167 i n.; tenże, *RPR*², I, s. 101 i n.; B. Albanese, dz. cyt., An. Pal. 20 s. 273 i n.; U. Coli, *Il testamento*, IURA 7 s. 34 i n.; P. Voci, *DER*², I, s. 8 i n.

⁵ O dziedziczeniu testamentowym świadczy natomiast Tabl. 5.3: Uti legassit suae rei, ita ius esto. Norma ta została przekazana w dwóch wersjach: Ulpiana (Ulp. 11.14): Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto, oraz autora *Rhetorica ad Herennium* (1.13.23) i Cicerona (de *inventione* 2.50.148): Pater familias uti super familia pecuniaque sua legassit, ita ius esto. Na temat tych dwóch wersji por. M. Kaser, *AJ*, s. 164 i n.; U. Coli, *Il testamento*, IURA 7 s. 34 i n.; U. von Lübtow, dz. cyt., *Studi De Francisci*, I, s. 436 i n.

⁶ Za różnym znaczeniem sformułowań *heres esse* i *familiam habere* opowiada się M. Kaser, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, Weimar 1943 s. 48; tenże, *AJ*, s. 169 a zwłaszcza S. Solazzi *L'„in iure cessio hereditatis“ e la natura dell'antica hereditas*, IURA 3(1952) s. 46 i n. Terminy te identyfikuje G. Beseler, *Glossen zum Privatrechte der römischen Republik*, ZSS (Rom. Abt.) 54 (1934) s. 323; B. Albanese, dz. cyt., An. Pal. 20 s. 331 i n., oraz po zmianie poglądów (w rec.) M. Kaser, IURA 1, s. 457; U. Coli, *Il testamento*, IURA 7, s. 74 i n. G. Franciosi, *L'„Heres extraneus“ e le dodici tavole*, LABEO 10 (1964) s. 355 uznając, że prawo zawarte w ustawie XII tablic nie nadawało agnatowi kwalifikacji *heres ab intestato*, nie widzi przeszkód by je on uzyskał w drodze dziedziczenia testamentowego.

⁷ Por. F. Leifer, *Altrömische Studien VI: Suius heres und älteres Libraltestament*, Festschrift Koschaker, II, Weimar 1939 s. 227; G. Franciosi, *L'„Heres extraneus“*, LABEO 10, s. 352 i literatura cytowana w uw. 1. Jednakże nie każdy *suius* staje się dziedzicem. Por. P. Bonfante, *Teorie vecchie e nuove sull'origine dell'eredita*, BIDR 27 (1915) = Scritti, I, s. 476 i n.; W. H. Kirk, *Suius Heres*, ZSS (Rom. Abt.) 58 (1938) s. 161 i n.; H. Lévy-Bruhl, *Heres*, RIDA² 2 = Melanges De Visscher, II, Bruxelles 1949 s. 144 i n.; U. von Lübtow, dz. cyt., *Studi De Francisci*, I, s. 416 i n.; P. Voci, *DER*², I, s. 400; M. Kaser, *RPR*², I s. 95 uw. 2.

⁸ Por. P. Bonfante, *L'origine dell'„Hereditas“*, Scritti, I, s. 102 i n.; tenże, *Le critiche al concetto dell'originaria eredita sovrana e la sua riprova*, Scritti, I, s. 188 i n.; tenże, *Corso*², I, s. 554; E. Rabel,

ci a w ich braku gentyłowie, nie stają się dziedzicami, a jedynie zgodnie z reliktem antycznej zasady własności grupowej obejmują majątek bezdzietnie zmarłego¹⁰.

Można zatem przypuszczać, iż niepozostawienie *sui heredes*, powodujące przejęcie *familia* bez obowiązku sprawowania kultu przez agnatów czy gentyłów, doprowadziło z czasem do wykształcenia się instytucji imitującej pokrewieństwo — adopcji, a także do ustanowienia dziedzica w testamencie¹¹.

Testament zatem, jak można sądzić, wykształcił się nie w tym celu, by najbardziej godne z dzieci dziedziczyło zajmowane przez zmarłego miejsce w społeczeństwie i rodzinie — *patris familias* (niegodne mogło być wyłączone), ale by w ich braku dziedziczyła osoba przewidziana na to stanowisko w testamencie i gwarantująca właściwe kontynuowanie rodziny.

Pierwotnie po śmierci *patris familias* rodzeństwo tworzyło wspólnotę zwaną *ercto non cito*¹².

dz. cyt., *Gesammelte Aufsätze*, IV, s. 412 i n.; H. Levy-Bruhl, *Heres*, *Melanges De Visscher*, II s. 142.

¹⁰ Por. P. Bonfante, *Corso*², I, s. 554; C. W. Westrup, *Introduction to Early Roman Law. Comparative Sociological Studies. The Patriarchal Joint Family, II. Joint Family and Family Property*, Copenhagen—London 1934, s. 73; S. Solazzi, *L'„in iure cessio hereditatis”*, IURA 3, s. 36 i n. Inaczej B. Albanese, dz. cyt., *An. Pal.* 20, s. 331, wg którego przedmiot sukcesji jest ten sam dla *sui heredes* jak i agnatów; U. Coli, *Il testamento*, IURA 7, s. 73 uważa, iż dla antycznych pojęcie *nomen heredis* jest nierozdzielnie związane z materialnym otrzymaniem *familia* tj. *patrimonium* zmarłego. P. Voci, *DER*², I, s. 11 i n. uw. 22 przyjmuje, iż agnat otrzymuje nie tylko *familia*, ale także *sacra* i *ius sepulcri*. Por. też M. Kaser, *RPR*², I, s. 96 i n. Na temat przedmiotu antycznej *hereditas* por. B. Biondi, *Obbietto dell'antica „hereditas”*, IURA 1 (1950) s. 150 i n.

¹¹ Por. G. Franciosi, *L'„Heres extraneus”*, LABEO 10, s. 355; tenże, *Clan gentilicio e strutture monogamiche. Contributo alla storia della famiglia romana*², Napoli 1983, s. 292 i n. Jednakże, U. von Lübtow, dz. cyt., s. 419 nie widzi przeszkód, by w przypadku braku *sui heredes sacra* kontynuował brat zmarłego.

¹² Por. P. Bonfante, *L'origine dell'„Hereditas”*, Scritti, I, s. 105 i n.; tenże, *Teorie vecchie e nuove sull'origine dell' eredita*, Scritti, I, s. 475 i n.; M. Kaser, *RPR*², I, s. 94.

¹³ Na temat różnorakich problemów etymologicznych tego zwrotu por. komentarz V. Arancio-Ruiz, *Frammenti di Gaio*, Pubblicazioni della Società Italiana per la ricerca dei Papiri greci e latini in Egitto, XI, Nr 1182, Firenze 1935, s. 35 i n. oraz cytowany tam list G. Devoto, s. 52. Por. także E. Levy, *Neue Bruchstücke aus den Institutionen des Gaius*, ZSS (Rom. Abt.) 54 (1934) s. 276 i n.; P. Frezza, *Il consortium ercto non cito e i nuovi frammenti di Gaio*, Rivista di filologia d'istruzione classica, N.S. 12 (1934) fasc. 1, s. 31 i n.; C. W. Westrup, *Introduction*, II, s. 62 i n.; C. A. Maschi, *Disertiones. Ricerche intorno alla divisibilità del consortium nel diritto romano antico*, Milano 1935 s. 7 i n.; F. Wieacker, *Societas. Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft. Untersuchungen zur Geschichte des römischen*

Gell. 1.9.12:

Sed id quoque non praetereundum est, quod omnes, simul atque a Pythagora in cohortem illam disciplinarum recepti erant, quod quisque familiae pecuniaeque habebat in medium dabat et coibatur societas inseparabilis, tamquam illud fuit antiquum consortium, quod iure atque verbo Romano appellabatur „ercto non cito”.

Z kontekstu cytowanego fragmentu wynika, że Gellius nie miał zamiaru przedstawiania *antiquum consortium*, a jedynie wspomina o nim przy omawianiu *inseparabilis societas* filozofów pitagorejskich, której przede wszystkim poświęcona jest uwaga w tym fragmencie¹³. Porównanie za pomocą *tamquam* obu tych wspólnot — *consortium* i *societas* — dalekie od precyzji nastrocza poważne problemy interpretacyjne. Mianowicie, czy *antiquum consortium* było *inseparabile* czy *inseparabilis societas* była jak antyczne *consortium*¹⁴.

Gramatycznie przymiotnik *inseparabilis* odnosi się bezpośrednio do *societas*¹⁵. Można stąd wywnioskować, że ta *societas inseparabilis* jest jak rzymskie *consortium* a nie, iż rzymskie *consortium* jest niepodzielne¹⁶. Wynika to jasno z kontekstu, jeśli się weźmie pod uwagę, iż Gellius swoje rozważania poświęca wyłącznie wła-

Gesellschaftsrecht, I, Weimar 1939 s. 186 i n.; G. Cornil, *Du Mancipium au Dominium*, Festschrift Koschaker, I, Weimar 1939 s. 429 i n.; B. Albanese, dz. cyt., *An. Pal.* 20 s. 151 i n.; M. Bretonne, „*Consortium*” e „*communio*”, *LABEO* 6 (1960) s. 199; P. Voci, *DER*², I, s. 62. Por też A. Walde — J. B. Hofmann, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*³, I, Heidelberg 1954, s.v. *Herctum*; A. Forcellini — J. Furlanetto — F. Corradini — J. Perin, *Lexicon Totius Latinitatis*, II, Patavii 1940, s.v. *Hercisco*; *Herctum*.

¹³ Por. C. A. Maschi, dz. cyt., s. 6 i n.; B. Albanese, dz. cyt., *An. Pal.* 20 s. 180.

¹⁴ Por. S. Perozzi, *Parentela e gruppo parentale*, *BIDR* 31 (1921) = *Scritti Giuridici*, III, Milano 1948 s. 35 i n., C. A. Maschi, dz. cyt., s. 5 i n., przedstawiający poglądy dawnych autorów za i przeciw podzielności *consortium*.

¹⁵ Por. B. Albanese, dz. cyt., *An. Pal.* 20 s. 180. Natomiast E. Albertario, *Der römischen Zivilprozess zur Zeit der Legisactionen*, *Postilla seconda*, *Studi di diritto romano*, V, Milano 1937 s. 482 uważa, iż *inseparabilis* odnosi się gramatycznie właśnie do *consortium ercto non cito*.

¹⁶ Tezę o niepodzielności (przed wprowadzeniem *actio familiae erciscundae* przez ustawę XII tablic) rzymskiego *consortium* głosili, w różnym zakresie, zanim odkryto w Antinoe fragmenty Instytucji Gaiusa, O. Karlowa, *Der römischen Zivilprozess zur Zeit der Legisactionen*, Berlin 1872 s. 143; Lastig, *Zeitschrift für gesammte Handelsrecht* 24 (1879) s. 427 i n.; Leist, *Zur Geschichte der römischen Societas*, 1881, s. 251 i n.; C. Fadda, *Consortium, collegia magistratum, communio*, *Studi Brugi*, Palermo 1910 s. 146 i n.; G. Coehn, *Gemeinderschaft und Hausgenossenschaft*, *Zeitschrift für vergleichene Rechtswissenschaft*

śnie szkole pitagorejczyków. Ukazuje on m. in. tę społeczność zajmującą się nauką jako związek osób oddających do wspólnego majątku (*in medium*) posiadane dobra. I oto taki nieznany bliżej związek stara się Gellius przedstawić w pojęciach zrozumiałych dla mentalności rzymskiej, porównując go z *consortium* znanym w dawnym prawie rzymskim, które zwano *ercto non cito*¹⁷.

Niestety, Gellius bliżej nie wyjaśnił, na czym polegało to rzymskie *consortium ercto non cito*, zaś odwrócenie toku jego rozumowania prowadzi do następujących rezultatów¹⁸. Każdy z członków rodziny (*quisque familiae*) jak w *societas* pitagorejczyków oddawał do wspólnoty (*in medium*) swoją własność (*quod pecunia habebat*) i wszyscy tworzyli nierozzerwalną wspólnotę (*societas inseparabilis*). I taka oto wspólnota, którą w dawnym prawie rzymskim określano (*iure atque verbo*) *ercto non cito*, stanowiła niepodzielna własność rodzinną¹⁹.

13 (1899) s. 66. Powyższe prace są mi niedostępne — poglądy wyrażone przez tych autorów przedstawia, S. Perozzi, dz. cyt., Scritti, III, s. 35 uw. 2, oraz z bliższym omówieniem C. A. Maschi, dz. cyt., s. 5 i n. Później do tezy tej nawiązał jeszcze E. Albertario, dz. cyt., Studi, V, s. 468 oraz P. Frezza, NNDI IV, Torino 1964 s. 246 i n., s.v. „Consortium”. Za tezę podzielności *consortium* opowiadali się A. Pernice, *Parerga*, I. *Zum römischen Gesellschaftsvertrage*, ZSS (Rom. Abt.) 3 (1882) s. 71 i n.; C. Ferrini, *Le origini del contratto di società di Roma*, Archivio Giuridico 38 (1887) = Opere, III, Milano 1929 s. 18 i n.; S. Perozzi, dz. cyt., Scritti, III, s. 35 i n.; C. A. Maschi, dz. cyt., s. 1 i n., który poświęca na uzasadnienie tezy o podzielności *consortium* całą powołaną monografię. Teza ta została powszechnie przyjęta w literaturze. Por. V. Arangio-Ruiz, *Frammenti di Gaio*, PSI XI. Nr. 1182, s. 35 i n.; tenże, *La società in diritto romano*, Napoli 1950 s. 6 i n.; S. Solazzi, *Societas e communio (A proposito di Gai. III, 154^a)*, Atti dell'Accademia di Scienze morali e politiche della Società reale di Napoli, 57 (1937) s. 18 i n. (estr.); F. Wieacker, *Societas*, s. 105 uw. 2; B. Albanese, dz. cyt., An. Pal. 20 s. 178 i n.; G. Broggin, *Iudex arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Köln—Graz 1957 s. 156 i n.; P. Voci, *DER*², I, s. 78 i n.; M. Kaser, *RPR*², I, s. 100.

¹⁷ Sama instytucja, a raczej jedynie wzmianka o niej w postaci nazwy, została przedstawiona głównie przez antykwarystów. Por. Festus, 72 L., s.v. *Erctum citumque*; Servius, ad Aen. 8.642—643. O nieznaności przez adwokatów tych słów por. Cicero, de orat. 1.56.237. Por. też Quintilianus, Inst. 7.3.13: *Opus est aliquando finitione obscurioribus et ignotioribus verbis, ut, quid sit clarigatio erctum citum...* W źródłach prawniczych bliżej omawia ją Gaius, PSI XI. 1182 = G. 3.154 a. Dla czasów późniejszych por. też Stephanos — scholia 26 ad D. 17. 2.52.6 (B. 12.1.50.6; Hb. I 753 = Sch. B II 483). Na temat tego komentarza por. F. Pringsheim, *Stephanos zu D. 17,2,52,6*, ZSS (Rom. Abt.) 45 (1925) s. 491 i n.; tenże, *Das basilikon-scholion zu ercto non cito*, BIDR 44 (1936—1937) s. 415 i n.

¹⁸ Na skutki takiego rozumowania zwrócił już uwagę C. A. Maschi, dz. cyt., s. 6.

¹⁹ Por. C. W. Westrup, *Introduction*, II, s. 61 i n., który korzysta ponadto z następującej lectio tekstu Gelliusa: *quod quisque familiae*,

Czy takie rozumowanie ma jednak uzasadnienie w korespondujących źródłach tak literackich jak i prawniczych?

O możliwości podziału antycznego *consortium* wspominają teksty Cicerona i Festusa.

Cic. de orat. 1.56.237:

Quod vero impudentiam admiratus es eorum patronorum, qui ... ea, quae maxima essent in iure civili, tractare audent in causis, cum ea nescirent nunquamque didicissent... Nam neque illud est mirandum, ... qui quibus verbis erctum cieri oporteat nesciat, idem erciscundae familiae causam agere non possit.

Cicero, broniąc adwokatów przed zarzutami podejmowania najważniejszych problemów prawa cywilnego bez jego znajomości, stwierdza, iż nie chodzi o to, aby ten, kto nie zna formuły prawnej stosowanej przy podziale dziedzictwa, nie mógł prowadzić sprawy o podział tego dziedzictwa. Używane przez Cicerona *erctum cieri* ma więc związek z prowadzeniem postępowania procesowego prowadzącego do podziału współwłasności²⁰; łączy on

pecuniae habebat, in medium dabat. Jednak wyrażenie *familiae pecuniaeque* jest użyte jeszcze dwa razy przez Gelliusa, 1. 14 tit: Quid dixerit feceritque C. Fabricius, magna vir gloria magnisque rébus gestis, sed familiae pecuniaeque inops, cum ei Samnites tamquam indigenti grave aurum donarent; Gell. 2.24, 11: Postea L. Sulla dictator, cum, legibus istis situ atque senio oblitteratis, plerique in patrimoniis amplis elluarentur et familiam pecuniamque suam prandiorum convivorumque gurgitibus proluisent, legem ad populum tulit.. Wydaje się więc, że rozdzielenie *familia* od *pecunia*, choć gramatycznie możliwe, jest sprzeczne z obiegowym użyciem tych słów. Co do znaczenia tych słów u Gelliusa por. B. Albanese, dz. cyt., An. Pal. 20 s. 339; F. Hernandez-Tejero, *El pensamiento juridico romano en los cuatro primeros libros de las Noches Aticas de Aulo Gelio*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid 16 (1972) s. 598.

²⁰ Skarga ta była już znana w ustawie XII tablic. Bliższe informacje na temat podziału *hereditas* podaje także Gaius, Por. D. 10.2.1 pr. (Gaius 1. septimo ad edictum provinciale): Haec actio (scil. familiae erciscundae) proficiscitur e lege duodecim tabularum...; PSI XI, 1182, ll. 195—197 = G. 4. 17 a: item de h(eredi)tate dividenda i(nter) coh(ere)des eadem lex (scil. XII tabularum) p(er) iudicis postulationem agi ius[sit]. Fragment umieszczony w Digestach mówi o tym, że *actio familiae erciscundae* została wprowadzona przez ustawę XII tablic, natomiast fragment z Antinoe, o tym, że przy podziale dziedzictwa obowiązuje *modus agendi per iudicis postulationem*. Problem wprowadzenia *actio familiae erciscundae* dopiero przez ustawę XII tablic stawiał pod znakiem zapytania A. Pernice, dz. cyt., ZSS (Rom. Abt.) 3 s. 70 uw. 2, a także C. A. Maschi, dz. cyt., s. 15 i n., który polemizował w tym względzie z E. Albertario, dz. cyt., Studi, V, s. 468, nie wykluczając dla wcześniejszego okresu możliwości stosowania inne-

bowiem słowa formuły zawierającej wyrażenie *erctum cieri* ze skargą *familiae erciscundae*, która ma zastosowanie między współdziedzicami dochodzącymi swojego działu²¹.

Festus, 72 L., s.v. *Erctum citumque*:

Erctum citumque fit inter consortes, ut in libris legum Romanorum legitur. Erctum a coercendo dictum. Unde et erciscendae et ercisci. Citum autem est vocatum a ciendo.

Słowo *erctum* wywodzi Festus od *coercendo*, które ma wspólny rdzeń z *erciscendae* i *ercisci*; zaś *citum* od *ciendo*, powstałe z *cieo* czy *cio*.

W innym fragmencie swojej pracy mówi także o podziale *patrimonium*²².

Festus, 63 L., s.v. *Disertiones*:

Disertiones divisiones patrimoniorum inter consortes.

Można przypuszczać, iż *patrimonium* zostało w tym sformułowaniu użyte zamiennie z *erctum*, które ulega podziałowi²³.

W innej części pracy Festusa zrównane zostało *erctum* z *divisum* przez użycie podwójnego zaprzeczenia.

Festus, 97 L., s.v. *Inercta*:

Inercta indivisa.

Jeśli więc wyrażenie *erctum* jest połączone z *citum* (Festus, 72 L.) a *inerctum* z *indivisum* (Festus, 97 L.), to wydaje się, iż można także połączyć *erctum* z *divisum*. *Erctum* oznacza zaś tyle co *patrimonium* (Festus, 63 L.), a *divisum* tyle co *citum*²⁴.

go środka służącego do podziału. Por. też V. Arangio-Ruiz, *Il nuovo Gaio. Discussioni e revisioni*, BIDR 42 (1935) s. 616; B. Albanese, dz. cyt., An. Pal. 20 s. 167 i n.; G. Broggin, dz. cyt., s. 162 i n.; P. Voci, DER², I, s. 78.

²¹ Słowo *ercisco* w źródłach występuje jedynie w postaci *gerundivum*. Por. D. 10.2.2 pr. (Ulpianus libro nono decimo ad edictum): Per familiae erciscundae actionem dividitur hereditas... Ulp. 19.16: Adjudicatione dominia nanciscimur per formulam familiae herciscundae, quae locum habet inter coheredes... Cicero, pro Caec. 7. 19: ... nomine heredis arbitrum familiae herciscundae postulavit.

²² Por. też Festus, 380 L., s.v. *Sors*: Sors et (patrimonium signifi)cat, unde con(sortes ... dicimus); Festus (Pauli Excerpta), 381 L., s.v. *Sors*: Sors et patrimonium significat. Unde consortes dicimus; et dei responsum et quod cuique accidit in sortiendo.

²³ Tekst ten stał się dla C. A. Maschiego, dz. cyt., s. 32 i n. podstawą do uzasadnienia tezy o podzielności antycznego *consortium*. Por. też B. Albanese, dz. cyt., An. Pal. 20 s. 182 i n., który na poparcie tezy o możliwości podziału *consortium* powołuje tekst Quintilian, Inst. 7.3.13 (cyt. w uw. 17), odnosząc go do epoki, w której podział nie następował jeszcze na podstawie *actio familiae erciscundae*.

²⁴ Por. też Nonius, 405 L., s.v. *Citum*: Citum divisum vel separatum.

A więc wyrażenie *erctum citum* będzie oznaczało to samo co *patrimonium divisum*.

Wniosek taki wysnuty na podstawie tekstów Festusa i Cicero-na wydaje się sprzeczny z odmiennymi sformułowaniami Serviusa i Gaiusa.

Serv., ad Aen. 8.642—643:

Haud procul inde citae Mettum in diversa quadrigae distulerant. Donatus hoc loco contra metrum sentit dicens: 'citae' divisae, ut est in iure 'ercto non cito', id est patrimonio vel hereditate non divisa; nam 'citus' cum 'divisus' significat, 'ci' longa est. Ergo 'citae' veloces intellegamus.

Sformułowanie *ercto non cito* wg Donatusa cytowanego przez Serviusa oznacza *patrimonium (vel hereditas) non divisum*.

Sformułowaniem *ercto non cito* posłużył się także, jako jedyny z prawników, Gaius²⁵.

G. 3.154 a = PSI XI. 1182:

... Sed ea quidem societas, de qua loquimur, id e(st) q(uae) nudo (con)sensu (con)trahitur, iuris gentium e(st), itaque i(n)ter omne[s] homines naturali ratione consistit. E(st) a(u)t(em) aliud genus societatis proprium civium Romanor[um]. Olim enim mortuo patre familias i(n)ter suos h(ere)des quaedam erat legitima simul et naturalis soci[e]t[a]s, quae appell[abatur] [ercto non cito i(d) e(st) dominio] [non diviso: erct]um enim do[mini]um e(st), un]de eru[s] dominus dicitur: ciere a(u)[t(em)] dividere e(st): unde c(a)edere et secare et dividere dicimus. Alii q(uo)q(ue), qui volebant eandem habere societatem, poterant id (con)sequi ap(ud) praetorem certa legis actione. In hac a(u)t(em) societate fratrum ceterorumve qui ad exemplum fratrum suorum societatem coierint, illud proprium [era]t, [unus] quod v(el) unus ex sociis communem servum m(anu)mittendo liberu(m) faciebat et omnibus libertum ad-

²⁵ Fragment Instytucji Gaiusa odnaleziony w Egipcie, opublikowany przez V. Arangio-Ruiza, *Frammenti di Gaio*, PSI XI, Nr. 1182, stał się powodem ożywionej dyskusji na temat consortium. Por. m. in. E. Levy, dz. cyt., ZSS (Rom. Abt.) 54 s. 258 i n.; E. Rabel, *Erben-gemeinschaft und Gewährleistung*, Mnemosyna Pappulias, Athen 1934 = Gesammelte Aufsätze, IV, s. 549 i n.; E. Albertario, dz. cyt., Studi V, s. 463 i n.; P. Frezza, *Il consortium*, Riv. Fil. 12 fasc. 1 s. 27 i n.; S. Solazzi, *Societas e communio*, Atti Napoli 57 s. 5 i n.; F. Wieacker, *Societas*, s. 126 i n.; G. Cornil, dz. cyt., Festschrift Koschaker, I, s. 404 i n.; B. Albanese, dz. cyt., An. Pal. 20 s. 127 i n.; M. Bre-tone, dz. cyt., LABEO 6, s. 163 i n.; D. Stoičević, *Gens, consortium, familia*, Studi Volterra, I, Milano 1971 s. 425 i n.

quirebat: item unus [rem co]mmunem m(an)c[ipa](n)[do eius faciebat, qui m(an) [cipio accipiebat...]

Jurysta w swoim wywodzie o *societas iuris gentium*, która powstaje w drodze umowy (*nudo consensu*) nawiązuje do innego rodzaju *societas* — *societas civium Romanorum*. Powstawała ona niegdyś (*olim*)²⁶ w sposób naturalny, z chwilą śmierci ojca rodziny, z mocy samego prawa (*legitima simul et naturalis*). Wspólnotę tę nazywano *ercto non cito*. Inni natomiast mogli założyć, tylko przy zastosowaniu odpowiedniej procedury (*certa legis actione*) *societas* wzorowaną (*ad exemplum*) na tej wspólnotcie²⁷.

Jak podaje więc Gaius, *ercto non cito* znaczy tyle samo co *dominio non diviso*, gdyż *erctum* znaczy *dominium* — stąd *erus* jest nazywany *dominus*; *ciere* zaś oznacza *dividere* — stąd *caedere* i *secare*.

Jak widać, interpretacja podana przez Gaiusa jest zgodna z tą, którą podaje Servius — dotyczy trwającej wspólnoty zwanej *ercto non cito*. Nie przeczy to jednak wnioskowi wyciągniętemu z przekazów Cicerona i Festusa, gdyż ci mówią o takiej samej wspólnotcie, ale już dzielonej pomiędzy współników.

Składnia gramatyczna zwrotu *ercto non cito* nie jest jednoznaczna, a więc nie wyklucza różnych interpretacji.

Konstrukcję frazy *ercto non cito* usiłowano wyjaśnić w oparciu o tekst Donatusa, cytowany przez Serviusa, jako *ablativus absolutus*²⁸, co możnaby przetłumaczyć — przy niepodzielonym dzie-

²⁶ *Consortium ercto non cito* popada stopniowo w *desuetudo*. W II wieku p.n.e. było ono wyjątkowe. Por. P. Voci, *DER*², I, s. 65. W czasach Gaiusa powoływane było jedynie, ze względu na szczególną konstrukcję prawną, przy omawianiu *societas*. Por. F. Cancelli, *NNDI XVII*, Torino s. 497, s.v. *Società (diritto romano)*.

²⁷ Wyrażenie *ad exemplum* wskazuje, że nie jest ona tożsama z *societas fratrum suorum*. Por. A. Guarino, *ED VIII*, Varese 1961 s. 236 i n., s.v. *Comunione*. Być może — jak przypuszczał jeszcze przed odkryciem tekstu Instytucji Gaiusa w Antinoe, C. Ferrini, dz. cyt., *Opere*, III, s. 18 — była to bądź wspólnota wielu wierzycieli, powstała na skutek wygranego procesu ze wspólnym dłużnikiem, bądź wspólnota jednej rzeczy, jak np. w przypadku legatu na rzecz wielu osób. E. Levy, dz. cyt., *ZSS (Rom. Abt.)* 54 s. 289 jest prawie pewny, że *consortium* tworzyli przede wszystkim agnaci czy gentylowie, którzy zgodnie z normą ustawy XII tablic byli powołani do dziedziczenia. B. Albanese, dz. cyt., *An. Pal.* 20 s. 141 i n., 150, twierdzi, iż tekst Gaiusa nie upoważnia do objęcia wspólnym mianem *ercto non cito* — *societas ceterorum* i *societas fratrum suorum*. Inaczej V. Arangio-Ruiz, *Società*, s. 10 uw. 2. M. Bretone, dz. cyt., *LABEO* 6 s. 169, zaś nie ma wątpliwości, że Gaius dając etymologię *ercto non cito* uwypatnia aspekt przedmiotowy *consortium* i sprowadza je do zwykłego *communio* dóbr dziedziczonych.

²⁸ Por. M. Voigt, *Geschichte und Allgemeine Juristische Lehrbuch der XII Tafeln*, II, Leipzig 1883 s. 212 w uw.; E. Levy, dz. cyt., *ZSS*

dziectwie²⁹. Jednocześnie próbowano też — wzorując się na stylistyce ustawy XII tablic — uznać *ercto* za *supinum*, *cito* za *imperativus* użyte w znaczeniu — *ad divisionem ne vocat*³⁰.

Wiadomo jednak, iż *ercto non cito* w tej formie występuje jedynie u Gelliusa i Serviusa; natomiast w tekście z Antinoe Gaiusa występująca w tym miejscu *lacuna* została uzupełniona w *editio princeps* przez *erctum non citum*³¹. Podobne sformułowanie *erctum citumque* występuje u Festusa (72 L.) i prawdopodobnie u Quintiliana (Inst. 7.3.13); Cicero zaś używa słów *erctum cieri* (de orat. 1.56.237).

Wydaje się przeto możliwe do przyjęcia — bo stosujące się do różnych wariantów sformułowań — stwierdzenie, iż *erctum* jest użyte (jako *supinum*) na oznaczenie *hereditas* przeznaczonej do podziału; natomiast *citum* (jako *participium*) — na oznaczenie czynności dzielenia *hereditas*³². Przeto zwrot *ercto non cito* oznaczałby

(Rom. Abt.) 54 s. 277; F. Wieacker, *Societas*, s. 186; B. Albanese, dz. cyt., An. Pal. 20 s. 153; M. Kaser, *RPR*², I, s. 99 uw. 31.

²⁹ B. Albanese, dz. cyt., An. Pal. 20 s. 151 i n. uważa za bardzo prawdopodobne, iż *erctum* to *participium* pełniące funkcję rzeczownika (podobnie F. Wieacker, *Societas*, s. 186 i P. Frezza, *Il consortium*, Riv. Fil. 12 fasc. 1 s. 31 natomiast V. Arangio-Ruiz, *Frammenti di Gaio*, PSI XI. Nr. 1182, s. 35; E. Levy, dz. cyt., ZSS (Rom. Abt.) 54 s. 277 uważają je za derywat od *arcere(arca)* czy *arkton*), pochodzące od *ercisci*, które oznacza *dividere* i ma znaczenie *divisione*. Jednakże *citum* mimo twierdzenia Gaiusa (PSI XI. 1182 — G. 3. 154 a) nie może być równoznaczne z *divisum*, gdyż cały zwrot *ercto non cito* miałby absurdalne brzmienie — *diviso non divisio*. Przeto B. Albanese, s. 153, nadaje słowu *citum* sens właściwy czasownikowi *ciere* tj. *provocare, springere, mettere in moto* (*participium* od *ciere* — *citum* oznacza więc *provocato*), a cały zwrot, mający składnię *ablativus absolutus*, tłumaczy *divisione non provocata*. Por. też M. Bretone, dz. cyt., LABEO 6 s. 169 uw. 8.

³⁰ Por. O. Karłowa, dz. cyt., (cyt. za A. Pernice, dz. cyt., ZSS (Rom. Abt.) 3 s. 71). C. Ferrini, dz. cyt., *Opere*, III, s. 19 ma zastrzeżenia do *supinum* i uważa, jak poprzednio A. Pernice, s. 72, za nie do przyjęcia formę *imperativus-non cito*. Por. też F. Wieacker, *Societas*, s. 186, ale argumenty jego są jednak oparte na wątpliwej *lectio Quintiliana*, Inst. 7.3.13: ... *ercti citi*. Tak też B. Albanese, dz. cyt., An. Pal. 20 s. 158 i n., ale np. G. L. Spalding, wydawca *M. Fabi Quintiliani de Institutione oratoria libri duodecim*, Lipsiae 1808, w miejsce *erctum citum* wstawia słowo *proletarius*.

³¹ Por. V. Arangio-Ruiz, *Frammenti di Gaio*, PSI. Nr. 1182. *Lectio* tę powtórzył (z pewnymi zastrzeżeniami) P. Frezza, *Il consortium*, Riv. Fil. 12 fasc. 1 s. 28 i n. oraz F. Wieacker, *Societas*, s. 127 i n., a także J. Baviera, FIRA, II, s. 133. Jednakże już w komentarzu do *editio princeps* sam Arangio-Ruiz, s. 35, wskazywał na możliwość użycia *ablativus* i za tą formą opowiedział się też E. Levy, dz. cyt., ZSS (Rom. Abt.) 54 s. 261, 266 a przyjął ją ostatecznie V. Arangio-Ruiz, *Il nuovo Gaio*, BIDR 42 s. 574, tenże, *Società*, s. 4 oraz J. Baviera, FIRA, II, s. 196. Por. też B. Albanese, dz. cyt., An. Pal. 20 s. 133, 161; M. Bretone, dz. cyt., LABEO 6 s. 168.

³² M. Wilms, *Korte Schets van het oudlatijnsche Familierecht*,

trwanie, czy nie dzielenie *hereditas*, która jest do podziału, zaś zwrot *erctum citumque* (*erctum cieri*) — *hereditas* w trakcie jej dzielenia wśród współdziedziców³³. Za takim wnioskiem przemawia też interpretacja merytoryczna cytowanego fragmentu Gaiusa, którą można przedstawić następująco.

Po śmierci ojca rodziny *sui heredes* dostają się we wspólnotę uniwersalną. Wspólnota ta polega na tym, iż stanowi ona własność solidarną. Tak więc jeżeli *consors* wyzwoli wspólnego niewolnika, to nie tylko on czyni go wolnym, lecz także pozostali *consortes*, i w rezultacie wszyscy nabywają nad nim prawo patronatu. Wspólnota ta powstaje nie w wyniku zamierzonego jej powołania, lecz na skutek śmierci *patris familias*. *Sui heredes* trwają w niej jednak dobrowolnie, jako *coheredes*, do czasu przeprowadzenia podziału *patrimonium* między siebie. Przyczyn tego stanu rzeczy Gaius nie podaje, ale mogły one być różne, najczęściej brak doświadczenia życiowego, czy chęć dalszego prowadzenia wspólnego gospodarstwa³⁴. Jeśli natomiast *coheredes* nie chcą trwać w *consortium*, każdy z nich może doprowadzić do jego podziału³⁵.

Consortium ercto non cito oznacza więc, że współnicy, mając możliwość wyboru między *dividere* i *non dividere*, wybrali pozostawanie we wspólnocie. Możliwość podziału akcentuje też terminologia mówiąca o dzieleniu bądź niedzieleniu tego, co jest przeznaczone do podziału.

Gellius, współczesny Gaiusowi, porównuje (Gell. 1.9.12) wspólnotę pitagorejczyków do *consortium ercto non cito* ze względu na jego strukturę (każdy ze współników działał w imieniu wszystkich), nie zaś do *societas* prawa klasycznego, gdyż ta powstaje wprawdzie w wyniku zawarcia umowy, lecz w czasie jej trwania

Mededeelingen van het Seminarie van Romeinsch Recht aan's Rijks Universitāt te Gent (1937) s. 39 uw. 76 — praca niedostępna mi, cyt. za G. Cornil, dz. cyt., Festschrift Koschaker, I, s. 411. Por. też B. Albanese, dz. cyt., An. Pal. 20 s. 158 i n.

³³ Oryginalną tezę wysunął G. Cornil, dz. cyt., Festschrift Koschaker, I, s. 429 i n., przyjmując *ercto non cito* za *consortium* dla *erctum* (*res mancipi*) nie dla *citum* (*res nec mancipi*). Teza jego opiera się na założeniu, że *erctum* stanowi *patrimonium*, które składa się z *res mancipi*, czyli z *familia*; *citum* zaś odnosi się do *res nec mancipi*, czyli do *pecunia* znajdujące się poza *patrimonium*. Por. też polemikę z tą tezą B. Albanese, dz. cyt., An. Pal. 20 s. 154 i n.

³⁴ Por. C. Ferrini, dz. cyt., Opere, III, s. 20; E. Levy, dz. cyt., ZSS (Rom. Abt.) 54 s. 283 i n.

³⁵ Por. E. Levy, dz. cyt., ZSS (Rom. Abt.) 54 s. 279 i n.; G. Cornil, dz. cyt., Festschrift Koschaker, I, s. 411 i n.; F. Wieacker, *Societas*, s. 106 uw. 2; B. Albanese, dz. cyt., An. Pal. 20 s. 169 i n.; V. Arangio-Ruiz, *Società*, s. 6 uw. 5; G. Broggin, dz. cyt., s. 163; M. Kaser, *RPR*², I, s. 100; P. Voci, *DER*², I, s. 62 i n.

każdy ze współników rozporządzał tylko swoim udziałem *pro parte*.

Gellius mówiąc przeto o *inseparabilis societas* ma na myśli *societas* pitagorejczyków, czyli taką sytuację, w której każdy oddawał dobrowolnie do wspólnoty swoją własność. *Consortium ercto non cito* powstawało zaś nie w wyniku zawarcia umowy, a w wyniku śmierci *patris familias* — więc i pod tym względem nie mogło być podobne do *societas* pitagorejczyków.

Porównanie więc *consortium ercto non cito* do *societas* pitagorejczyków wydaje się być nieuzasadnione, a nadto sprzeczne z korespondującymi źródłami. Traktują one bowiem *consortium ercto non cito* jako wspólnotę wprawdzie nie podzieloną, ale przeznaczoną do podziału. Służyła ona czasowo do utrzymania jedności (osób i rzeczy) istniejącej za życia ojca, także po jego śmierci.

Consortium ercto non cito in Noctes Atticae of Aulus Gellius

Initially after the death of *patris familias* siblings created a community called *ercto non cito*. The name of this institution, that is *ercto non cito* appears only in Gellius' (Gell. 1.9.12) and Servius' (ad Aen. 8. 642—643). Whereas in the corresponding text of Gaius (G. 3. 154 a) appearing in that place *lacuna* was supplemented in *editio princeps* (PSI XI. 1182) with the words *erctum non citum*. Similar wording *erctum citumque* can be found in Festus (L. 72) and is likely to be found in Quintilianus (Inst. 7.3.13), while *erctum cieri* occurs in Cicero (de orat. 1.56.237). Gellius compares *consortium ercto non cito* with *inseparabilis societas* of Pitagoreans. Such comparison gives rise to a problem whether *antiquum consortium* was *inseparabile* or *inseparabilis societas* was like ancient *consortium*. The analysis of the above mentioned sources allows us to assume that *erctum* is used to mean *hereditas* destined for division, while *citum* signifies the activity of dividing *hereditas*. Thus the phrase *ercto non cito* would signify duration, and not division of *hereditas*, which is destined for the division, whereas the phrase *erctum citumque (erctum cieri)* signifies *hereditas* in the course of its dividing.

As a result it can be stated that assimilation of *consortium ercto non cito* to *societas* of Pitagoreans seems not to be justified and moreover it is contrary to the corresponding sources, which treat *consortium ercto non cito* as community, though not divided but destined for the division. It serves temporarily the purpose of keeping the community of persons and things which existed during *patris familias* life also after his death.