

BARTOSZ SZOLC-NARTOWSKI

UDZIAŁ OSÓB NIEUPRAWNIONYCH W WYDANIU ORZECZENIA W POSTĘPOWANIU CYWILNYM – UWAGI NA TLE D. 1,14,3 I D. 41,3,44 PR.

1. SPRECYZOWANIE GRANIC ZAGADNIENIA

Wymiar sprawiedliwości powinien być sprawowany przez osoby kompetentne, posiadające odpowiednie kwalifikacje i cechy charakteru. Oczywiście, istnieje szereg gwarancji prawnych mających na celu spełnienie tego postulatu. Naszych wątpliwości nie budzą zazwyczaj normy stanowiące obowiązek posiadania przez osobę sprawującą wymiar sprawiedliwości odpowiedniego wieku, umiejętności prawniczych czy nieskazitelnego charakteru. Spowodowane jest to tym, że od takiej osoby oczekujemy działania rozważnego, starannego, a przecież i uczciwego. Istnieją też odpowiednie procedury sprawdzające, czy kandydat do sprawowania funkcji sędziego wymagania te spełnia. Jeśli zaś zdarzy się w toku sprawowania urzędu, że ktoś zachowa się nieodpowiednio – co oczywiście podlega ocenie – jest rzeczą wielce prawdopodobną, iż od tego urzędu odsunięty zostanie – i tu mamy przewidziane w prawie odpowiednie normy, których *ratio* naszych wątpliwości budzić raczej nie powinna.

My jednak zastanówmy się nad rzeczą, która choć precyzyjnie uregulowana, nie jest, jak się wydaje, dostatecznie jasno wyjaśniona. Spróbujmy mianowicie odpowiedzieć na pytanie, czy orzeczenie wydane przez osobę nie spełniającą wymogów dla niej przez prawo przewidzianych, zawsze będzie wadliwe, a jeżeli nie, czy po-

winnego zostać uznane za nieważne? Zdarzyć się bowiem może, iż wyłączną przyczyną, dla której ktoś kwestionuje dane orzeczenie jest fakt, iż nie pochodzi ono od osoby uprawnionej.

Przed udzieleniem odpowiedzi na nasze pytanie należałoby jednak wyjaśnić, jakich to konkretnie wymogów osoba ta miałaby nie spełniać i co oznacza wadliwość orzeczenia brakiem tych wymogów wywołana. Czy chodziłoby nam bardziej o wadę merytoryczną orzeczenia spowodowaną brakiem kompetencji, czy też o wadę rozumianą jako niezgodność orzeczenia z prawem z innych powodów, która to w konsekwencji powodowałaby lub powodować mogłaby nieważność postępowania.

Zaznaczmy więc od razu, że nas interesować będą tylko te wymogi odnoszące się do osoby orzekającej, z którymi prawo wiąże nieważność postępowania. Wspomnieliśmy już o przymiotach, jakie musi posiadać kandydat na stanowisko sędziowskie. Nie będzie raczej sporne twierdzenie, iż należy je w trakcie sprawowania urzędu utrzymać. Ale prawo przewiduje jeszcze wymogi innego rodzaju. Zdarzyć się bowiem może, iż dojdzie do, jeśli wolno tak powiedzieć, „niebezpiecznych” dla orzeczenia związków między osobą orzekającą a podmiotami bądź też przedmiotem postępowania. Rzecz idzie z jednej strony o rozmaite powiązania rodzinne i uczuciowe między osobą orzekającą a uczestnikami postępowania, z drugiej strony – o sytuacje, w których orzekający miał już w jakiś sposób do czynienia ze sprawą, to jest prowadził postępowanie w instancjach niższych, czy też brał udział w sprawie w innych rolach: pełnomocnika, prokuratora, czy nawet samej strony. W zakresie naszego zainteresowania wchodzić będą ponadto normy stanowiące obowiązek orzekania przez sąd w określonych składach, czy to ławniczych czy rozszerzonych sędziowskich. Skoro bowiem przepisy stanowią, iż w danej sprawie sąd orzeka – dajmy na to w składzie trzyposobowym – pojedynczy sędzia (*iudex unus*) będzie osobą nieuprawnioną do wydania orzeczenia, a zresztą i do prowadzenia całego postępowania.

Przejdźmy dalej do sprecyzowania pojęcia wadliwości orzeczenia wydanego przez osobę nieuprawnioną. Zgodzimy się pewnie

ze stwierdzeniem, iż to, że w danej sprawie orzeka osoba nieuprawniona, nie oznacza wcale, że dotknięte ono być musi wadą merytoryczną. Są więc możliwe sytuacje, w których można stwierdzić, iż gdyby w sprawie orzekała osoba uprawniona, orzeczenie miałyby taką samą lub podobną treść. Nikt nie zaprzeczy, że prawo powinno przewidywać środki zmierzające do uchylenia bądź zmiany orzeczeń złych, niesprawiedliwych. Ich istnienie bowiem nie leży w interesie publicznym, co więcej, prowadzi do degradacji samej idei, dla której wymiar sprawiedliwości został powołany. Tym bardziej nikt chyba nie odważy się stwierdzić, że prawo powinno przewidywać środki zmierzające do usunięcia orzeczeń dobrych i sprawiedliwych. Należałoby więc oczekiwać, że skoro orzeczenie wydane przez osobę nieuprawnioną jest dobre i sprawiedliwe, to istnieją sposoby, by uznać to orzeczenie i całe postępowanie za ważne. Tak jednak nie jest. Przypuszczać więc należy, że dla ustawodawcy względy merytoryczne nie są tu jedynym, a w każdym razie decydującym czynnikiem. Dochodzimy więc do wyłączenia z kręgu naszych rozważań orzeczeń dotkniętych wadą merytoryczną – to kryterium nie jest bowiem rozstrzygające dla ustawodawcy, a i sami nie mamy wątpliwości co do tego, że bez względu na to, czy orzeczenie wydała osoba uprawniona, czy też nie, utrzymać się w porządku prawnym ono nie powinno.

Jakie więc inne względy decydują o nieważności postępowania? Czy chodzi o wyeliminowanie samego ryzyka funkcjonowania w obiegu złych orzeczeń? Profesorka Maria Jędrzejewska w *Komentarzu do Kodeksu postępowania cywilnego*, omawiając przepisy dotyczące wyłączenia sędziego z mocy ustawy, których niezachowanie powoduje w konsekwencji nieważność postępowania, pisze, iż wyłączenie następuje „niezależnie od odczuć osób występujących w konkretnej sprawie i od rzeczywistej sytuacji”; następuje ze względu na „dobro wymiaru sprawiedliwości”¹. Z tego wnosić moż-

¹ M. JĘDRZEJEWSKA, [w:] *Komentarz do Kodeksu postępowania cywilnego. Część pierwsza. Postępowanie rozpoznawcze*, I, Warszawa 2001, s. 144, uwaga 1 do art. 48.

na, jak się wydaje, że w określonych sytuacjach, w imię dobra wymiaru sprawiedliwości uznać należy za nieważne orzeczenie sprawiedliwe. Ta właśnie kontrapozycja, zapytamy od razu – czy nie pozorna? – jest przedmiotem naszych rozważań.

Prowadzone będą one niżej w oparciu o starożytne źródła rzymskie. Naturalnie, w starożytności trudno znaleźć bezpośrednie rozwiązanie problemów współczesnych. Antyczne prawo rzymskie daje nam jednak pomocny kontekst porównawczy. Tym bardziej, że geniusz prawny Rzymian „ujawniał się w otwartych ideach, nie dając się zamknąć w konstrukcjach dogmatycznych”². Zwracając się do świadectwa źródeł rzymskich, dotyczących oceny ważności orzeczeń wydanych przez osobę nieuprawnioną, spróbujemy poszukać odpowiedzi na pytanie, czy prawo polskie rzeczywiście w przypadkach wydawania orzeczeń przez osoby nieuprawnione przewiduje nieważność postępowania, a jeśli tak, czy jest to rozwiązanie słuszne?

2. RZYMSKIE TROPY

Na przestrzeni wieków, od czasów glosatorów po dzień dzisiejszy, europejska doktryna prawa analizowała problem ważności orzeczeń wydanych przez osobę nieuprawnioną przez pryzmat tekstu, dotyczącego sprawowania urzędu pretora przez zbiegłego niewolnika Barbariusa Philippusa. Fragment ten pochodzi z książki trzydziestej ósmej komentarza Ulpiana *ad Sabinum* i umieszczony został przez kompilatorów w księdze pierwszej Digestów justyniańskich, w rubryce czternastej *de officio praetoris*. Tekst ten również dla naszych rozważań będzie stanowił główny punkt odniesienia.

Przytaczając świadectwo źródeł rzymskich uczynić należy najpierw pewne zastrzeżenie. Zdarza się bowiem, że prawnicy współcześni posługują się tekstem lub fragmentem tekstu rzymskiego dla

² F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Nadużycie prawa w świetle rzymskiego prawa prywatnego*, Wrocław 2004, s. 9-10.

uzasadnienia określonej interpretacji instytucji dzisiejszych³. Jest to szczególnie niebezpieczne, gdy dokonuje się wykładni norm rzymskich za pomocą kryteriów współczesnych. W tych przypadkach istnieje ryzyko oderwania rozumienia tekstu źródłowego od jego rzeczywistego znaczenia. W jaki więc sposób zestawiać prawo rzymskie i prawo dzisiejsze? Wydaje się, że będzie uprawnione i pożyteczne potraktowanie tekstów rzymskich jako tropów, które podpowiadają drogę do szukanego rozwiązania. Pamiętać jednocześnie należy, że poglądy prawników rzymskich powstawały w określonym środowisku kulturowym i umysłowym, i w oderwaniu od niego trochy te mogą okazać się fałszywe.

Po tych założeniach, zakreślających nam granice interpretacji tekstu, przejdźmy do jego przytoczenia i analizy:

D. 1,14,3 (Ulp. 38 *ad Sab.*): *Barbarius Philippus cum servus fugitivus esset, Romae praeturam petiit et praetor designatus est. Sed nihil ei servitutem obstetisse ait Pomponius, quasi praetor non fuerit: atquin verum est praetura eum functum. Et tamen videamus: si servus quamdiu latuit, dignitate praetoria functus sit, quid dicemus? Quae edixit, quae decrevit, nullius fore momenti? An fore propter utilitatem eorum, qui apud eum egerunt vel lege vel quo alio iure? Et verum puto nihil eorum reprobari: hoc enim humanius est: cum etiam potuit populus Romanus servo decernere hanc potestatem, sed et si scisset servum esse, liberum effecisset. Quod ius multo magis in imperatore observandum est*⁴.

³ Żywym tego przykładem jest, dokonywane wspólnie, przywoływanie rzymskiego prawa własności jako wzoru absolutnych uprawnień właściciela, por. W. WOŁODKIEWICZ, *Święta własność prywatna*, «Palestra» 45.3-4 (2001), s. 106-116, [= *Czy prawo rzymskie przestało istnieć*, Kraków 2003, s. 211-225].

⁴ „Barbarius Philippus, gdy był zbiegłym niewolnikiem, ubiegał się o preturę w Rzymie i został desygnowany na pretora. Pomponiusz twierdzi, że jego niewola nie stała mu na przeszkodzie, by sprawował funkcje pretorskie. I rzeczywiście, pełnił on ten urząd. Jednak rozważmy, co można powiedzieć o sytuacji, gdy niewolnik tak długo ukrywał się i sprawował władzę pretorską? Czy jego edykty, dekrety będą ważne, czy

Niewolnik Barbarius Philippus⁵, po ucieczce do Rzymu podawał się za człowieka wolnego i ubiegał o urząd pretora⁶. Miało to miejsce prawdopodobnie w czasach drugiego triumwiratu (43-32 r. p.n.e.) – Barbarius, będąc faworytem Antoniusza został przezeń zaproponowany jako kandydat do urzędu⁷. Nie wiemy, czy zachował

też nie? Czy będą ważne ze względu na korzyść tych, którzy u niego działali w oparciu o prawo ustawowe albo o inne prawo? Sądzę że słuszne jest, że wszystkie te akty będą ważne: to bowiem jest bardziej ludzkie. Dlatego lud rzymski mógł nawet niewolnikowi powierzyć taką władzę. Ale też jeśli wiedziałby, że jest on niewolnikiem, uczyniłby go wolnym. To prawo tym bardziej należy stosować odnośnie cesarza” (przekł. B. S.-N.). Co do tłumaczenia zdania: *Sed nihil ei servitute obstitisse ait Pomponius, quasi praetor non fuerit* i jego rekonstrukcji w klasycznym brzmieniu, por. uwagi niżej.

⁵ Nazwisko (*nomen*) Barbarius Philippus wywołuje wątpliwości. Rzymianie nosili trzy, czasem cztery imiona: *praenomen* – właściwe imię, *nomen gentilicium* – imię rodu, *cognomen* – imię rodziny w ramach danego rodu, *supernomen* – oznaczający szczególną cechę danego człowieka. Niewolnicy mieli tylko *nomen*, ewentualnie po *nomen* mogło pojawić się imię właściciela w dopełniaczu, np. Philetus Iulii Rufinii. Na temat rzymskiego systemu imienniczego por. J. KRÓL CZYK, J. TRYNKOWSKI, [w:] *Vademecum historia starożytnej Grecji i Rzymu*², I/II, red. E. WIPSYZKA, Warszawa 2001, s. 190-195. Być może przed przybyciem do Rzymu Barbarius Philippus nosił tylko imię Philippus i zajmował się końmi, greckie znaczenie tego imienia to bowiem – „miłośnik koni”. Po przybyciu do Rzymu znalazł się w rodzinie Barbariusa lub Barbatiusa i stąd ten *praenomen*, por. M. E. LUCIFREDI PETERLONGO, ‘*Barbarius Philippus... servus fugitivus... praetor designatus est*’, [w:] M. E. LUCIFREDI PETERLONGO, R. LUCIFREDI PETERLONGO, *Contributo allo studio dell’ esercizio di fatto di pubbliche funzioni*, Milano 1965, s. 41-42. M. Barbatius Philippus, wg inskrypcji umieszczonej na monecie, w 41 r. p.n.e. był kwestorem, por. E. KLİBS, s. v. *Barbatius*, «RE» 3 (1899), szp. 2-3.

⁶ Dio Cas. 48,34,4-5 podaje, iż za konsulatu Luciusa Marcjusza i Gaiusa Sabinusa (39 r. p.n.e.), dwaj zbiegli niewolnicy ubiegali się o rzymskie urzędy. Jeden z nich, imieniem Μόλιμος, po desygnacji na kwestora został rozpoznany i zwrócony właścicielowi. Drugi, którego imienia rzymski historyk nie podaje – być może chodziło właśnie o Barbariusa Philippusa, wyznaczony został na urząd pretora. Po odkryciu, już w trakcie sprawowania urzędu, jego rzeczywistego stanu, strącono go ze skały tarpejskiej. Szerzej na ten temat G. POMA, ‘*Servi fugitivi*’ e *schia vi magistrati*, «Index» 15 (1987), s. 149-169.

⁷ M. E. LUCIFREDI PETERLONGO, *op. cit.*, s. 41. *Designatio* oprócz mianowania na urząd oznaczała także wyznaczenie kandydata na urząd, zwłaszcza skierowaną

ordo honorum, czyli porządek sprawowania urzędów, według którego karierę polityczną należało zacząć od kwestury⁸. W każdym razie został wyznaczony na pretora i urząd ten pełnił, sprawując funkcje jurysdykcyjne. Zdaniem Ulpiana pojawił się bardzo poważny problem: Czy jego orzeczenia były ważne? – *Quae edixit, quae decrevit, nullius fore momenti?* – pyta jurysta⁹.

W literaturze zwykle tekst nasz dzielono na trzy zagadnienia. Oprócz zagadnienia ważności aktów Barbariusa Philippusa, rozważano, czy w myśl tekstu sprawował on „rzeczywistą” preturę (*praetura vera*) i czy został obdarzony wolnością. Ostatni i najwybitniejszy z glosatorów Accursius pisał:

Tria quaeruntur in hac lege.

Primo an Barbarius qui praeturam petijt, fuerit praetor.

Secundo an ea quae gessit, servantur.

*Tertio an libertatem fuerit consecutus*¹⁰.

Najwięcej kontrowersji budził, rozważany zazwyczaj jako pierwszy, problem pretury Barbariusa – dający przyczynek do rozważań nad sytuacją prawną osoby faktycznie wykonującej funkcje urzędni-

do senatu cesarską prośbę wybrania na urząd danej osoby, por. J. SONDEL, *Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*², Kraków 2005, s. 275.

⁸ *Ordo honorum* zostało przyjęte przez *lex Villia* w 180 r. p.n.e., por. G. ROTONDI, *Leges publicae populi Romani*, Milano 1912, s. 278. Dodatkowym wymogiem dla kandydata na pretora było ukończenie czterdziestego roku życia.

⁹ Omawiany tekst pochodzi z księgi 38 *ad Sabinum*, w której Ulpian rozważa zagadnienia związane z opieką. Okazją więc dla rozważań Ulpiana było prawdopodobnie ustanowienie opiekuna (*datio tutoris*) przez Barbariusa w konkretnej sprawie, natomiast jurysta nie chciał ograniczać swego rozstrzygnięcia do tego przypadku, stąd używa liczby mnogiej pisząc: *quae edixit, quae decrevit*, por. M. E. LUCIFREDI PETERLONGO, *op. cit.*, s. 62.

¹⁰ „Trzy są zagadnienia w tym prawie. Po pierwsze – czy Barbarius, który ubiegał się o preturę, był pretorem. Po drugie – czy wydane przez niego akty będą ważne. Po trzecie – czy został obdarzony wolnością” (przeł. B. S.-N.). ACCURSIUS, [w:] *‘Pandectarum seu Digestorum tomus primus cum Accursii Commentariis’*, Venetiis 1569, s. 60 L. Barbarius.

cze¹¹. Zazwyczaj pytano, „czy Barbarius był pretorem?”. My pójdźmy dalej i zapytajmy także, czy odpowiedź na to pytanie ma związek z ważnością aktów przez niego wydanych?

Barbarius jako niewolnik, nie miał zdolności ani w zakresie prawa prywatnego, ani publicznego¹². W sposób oczywisty więc niewo-

¹¹ Opinie prawników średniowiecznych i późniejszych przytoczyła M. E. LUCIFREDDI PETERLONGO, *op. cit.*, s. 11-28. Na uwagę zasługują fakt, iż poglądy jurystów nie są jednomyślne. Podaję je w skrócie za autorką: ACCURSIUS, *op. cit.*, s. 61, uznaje że Barbarius był pretorem: „... fieri non debuit, factum tamen tenuit ... et sic fuit pretor; BARTOLUS DE SAXOFERRATO, ‘*Commentaria in primam Digesti Veteris partem*’, Venetiis 1593, f. 36,6 twierdzi, że Barbarius nie był pretorem i jako taki był *iudex incompetens*: *Et si dicatur Barbarius non fuit liber nec praetor ergo fuit iudex incompetens quomodo acta valent. Solve quo ad subditos iudex competens fuisse videtur... sed in seipso non potest habere dominium nec iurisdictionem*; BALDUS DE UBALDIS, ‘*In primam Digesti Veteris partem Commentaria*’, Venetiis 1540, f. 51 twierdzi, że Barbarius uciekając popełnił *furtum* i wskutek podstępu jego nominacja nie była ważna: *Dolus barbarii dedit causam electioni: quia simulavit se dignum ... Item erans non consentit ... ergo electio non valet*. Tytuł Barbariusa, zdaniem Baldusa, nie był prawdziwy, tylko pozorny – *coloratus*: *nihil videtur in Barbario reperiri nisi coloratus titulus et colorata possessio et ergo praetor quo ad alios non quod ad se*; CUIACIUS, ‘*Opera*’, IX, Prati 1849, szp. 1617, sądził, że wedle Pomponiusza Barbarius był pretorem, podczas gdy Ulpian uznawał jego preturę za pozorną – *falsa*, stąd stawiał pytanie o ważność czynności Barbariusa: *Si dicamus eum praeorem fuisse, quem postea apparuit fuisse servum, si dicamus eum vera praetura functum, quod Pomponius dixit, ut refert dicta lex ... nullus erit labor in hac specie. at si praetor non fuit, quem postea apparuit servum esse, si falsam praeturam gessit, ut Ulpianus tentat in dicta lege Barbarius dum ait ...*

¹² Właściciel niewolnika mógł nim, jako *instrumentum vocale*, posługiwać się powierzając zarząd określonym majątkiem – wszystko jednak co niewolnik nabył, przypadało panu; G. 1,52: *... et quodcumque per servum acquiritur, id domino acquiritur*; G. 2,87: *Igitur quod liberi nostri, quos in potestate habemus, item quod servi nostri mancipio accipiunt vel ex traditione nanciscuntur, sive quid stipulentur, vel ex aliquolibet causa acquirunt, id nobis acquiritur: ipse enim, qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest*. Mimo niedoskonałości swego stanu, niewolnicy na szeroką skalę byli wykorzystywani przy przedsięwzięciach o charakterze gospodarczym. Na ten temat por. A. DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo ‘menager’ in Roma antica (II sec. a. C. – II. sec. d. C.)*, Milano 1984; TENZE, ‘*Filius*’, ‘*servus*’ e ‘*libertus*’, *strumenti dell’imprenditore romano*, [w:] *Atti del Convegno interdisciplinare promosso dalla Società Italiana di Storia del Diritto*, Palermo 1992, s. 231-260.

la przeszkadzała Barbariusowi w sprawowaniu urzędu pretora. Zaskakująca więc wydaje się opinia Pomponiusza, przytoczona przez Ulpiana:

D. 1,14,3 (Ulp. 38 *ad Sab.*): ... *Sed nihil ei servitute[m] obstetisse ait Pomponius, quasi praetor non fuerit: atquin verum est praetura eum functum ...*

Pomponiusz nie mógł powiedzieć, że niewola nie przeszkadzała Barbariusowi (*nihil ei servitute[m] obstetisse*) w objęciu pretry. Stąd Theodor Mommsen, a potem Otto Lenel, próbując zrekonstruować tekst klasyczny, wyraz *nihil* proponują zastąpić przez *enim* (bowiem)¹³. Podobnie czyni Maria Emilia Lucifredi Peterlongo, która w swej pracy *Barbarius Philippus ... servus fugitivus ... praetor designatus est*, dokonała najbardziej obszernej do tej pory analizy omawianego przez nas tekstu. Słowo *nihil* zastępuje jednak przez *nilominus* (w każdym bądź razie)¹⁴. Przyjmując takie zmiany, otrzymujemy opinię jurysty wymienianego niewolę jako przeszkodę do nominacji pretorskiej. Znaczenie tekstu byłoby więc następujące: Barbarius choć został wyznaczony (*designatus*) na urząd pretora, pretorem nie był (*praetor non fuerit*). Mimo to faktycznie sprawował jego funkcje – *atquin verum est praetura eum functum*. Przyjmując taką wersję, to jest eliminując z tekstu słowo *nihil*, dzieli się go na dwie części: pierwszą – autorstwa Pomponiusza i drugą – zaczynającą się od słów: *et tamen videamus*, autorstwa Ulpiana. Alberto Agostinelli zostawia *nihil*, natomiast zwrot *quasi praetor* próbuje tłumaczyć jako zwrot oznaczający osobę, która choć nie była pretorem, funkcjonowała w miejsce pretora, faktycznie sprawowała jego

¹³ Por. *Iustiniani Digesta*¹⁶, ed. TH. MOMMSEN, Berlin 1954, s. 42, przyp. 9; O. LENEL, *Textkritische Miscelen*, «ZSS» 39 (1918), s. 122, autor ten, rekonstruując tekst klasyczny, proponuje także usunąć tekst: *quasi praetor non fuerit: atquin verum est praetura eum functum*. Podobnie B. KÜBLER, 'Atquin'. *Kritische Studien zur Interpolationenforschung*, «ZSS» 42 (1921), s. 521.

¹⁴ M. E. LUCIFREDI PETERLONGO, *op. cit.*, s. 50.

funkcje¹⁵. Znaczenie tekstu byłoby wedle badacza następujące: niewola nie przeszkadzała Barbariusowi, by pełnił funkcje pretorskie. Wersja A. Agostinelli jednak do końca nie przekonuje – słowo *atquin* (mimo to, a jednak), od którego zaczyna się następne zdanie, wskazuje bowiem na brak uprawnień do sprawowania pretury przez Barbariusa.

Co tak naprawdę myślał Pomponiusz, pisząc: *sed nihil ei servitutum obstetisse?* Wydaje się, że pozostanie to dla nas zagadką, tym bardziej że podane wyżej propozycje zmian tekstu leżą w sferze przypuszczeń. Sądzę, że Pomponiusz nie odpowiadał w cytowanym przez Ulpiana fragmencie na pytanie, czy Barbarius jako niewolnik mógł zostać pretorem. Odpowiedź na nie byłaby dla jurysty zbyt oczywista. Zdanie to byłoby albo częścią przytaczanego przez Pomponiusza stanu faktycznego (i wtedy tekst Pomponiusza zaczynałby się od słów: *Barbarius Philippus ...*, a Ulpiana od: *Et tamen videmus ...*), albo też merytoryczną oceną pracy Barbariusa – sama niewola nie miałaby mieć wpływu na jakość działań pretora.

Konkludując, dla jurystów rzymskich odpowiedź pozytywna na pytanie, czy Barbarius był pretorem, nie była przesłanką ważności

¹⁵ A. AGOSTINELLI, *Il funzionario di fatto*, Campobasso 1920, s. 29 (cyt. za M. E. LUCIFREDI PETERLONGO, *op. cit.* s. 31); Takie tłumaczenie nie jest, jak się wydaje, nieuzasadnione. Zwrot *quasi* w tym znaczeniu używany był często przez jurystów rzymskich przy opisie adopcji. por. np. D. 1,17,6 (Paul. 35 *ad ed.*): *Cum nepos adoptatur quasi ex filio natus, consensus filii exigitur*; D. 1,7,10 (Paul. 2 *ad Sab.*): *Si quis nepotem quasi ex filio natum quem in potestate habet consentiente filio adoptaverit, non adgnascitur avo suus heres, quippe cum post mortem avi quasi in patris sui reccidit potestatem*; D. 1,7,15 (Ulp. 26 *ad Sab.*): *Qui duos filios et ex altero eorum nepotem habet, si vult nepotem quasi ex altero natum sic adoptare, potest hoc efficere, si eum emancipaverit et sic adoptaverit quasi ex altero natum. Facit enim hoc quasi quilibet, non quasi avus, et qua ratione quasi ex quolibet natum potest adoptare, ita potest et quasi ex altero filio*. Przyjmując tezę L'AGOSTINELLI udałoby się utrzymać w tekście wyraz *nihil*. Pomponiusz byłby wtedy za ważnością nominacji pretorskiej. Jacobus Gothofredus rekonstruował tekst w sposób następujący: *Sed nihil ei servitutum obstetisse ait Pomponius; qua, si praetor non fuerit, atquin verum est praetura eum functum*, J. GOTHOFREDUS, *De electione magistratus inhabilis seu incapacia per errorem facta*, Geneva 1654, s. 11.

jego aktów. Luigi Aru zauważa, iż problem ważności nominacji Barbariusa nie miał większego znaczenia praktycznego¹⁶. Nie sposób odmówić autorowi racji. Sprawowanie przez Barbariusa pretury było dla Pomponiusza i Ulpiana raczej kwestią faktu, nie prawa. Być może ważność pretury Barbariusa w ich przekonaniu ocenić należało dopiero przez pryzmat ważności jego aktów. I jakkolwiek byśmy próbowali określić dzisiaj sytuację prawną osoby faktycznie wykonującej dany urząd, i tak najważniejszym zagadnieniem będzie pytanie o ważność aktów wydanych z jej udziałem¹⁷. Bowiem jak pisał Baldus de Ubaldis: ... *non interest rei publicae quod Barbarius sit praetor sed quod acta valeant propter communem errorem*¹⁸.

3. KRYTERIA ROZSTRZYGNĘCIA

D. 1,14,3 (Ulp. 38 *ad Sab.*): ... *Quae edixit, quae decrevit, nullius fore momenti? An fore propter utilitatem eorum, qui apud eum egerunt vel lege vel quo alio iure? Et verum puto nihil eorum reprobari: hoc enim humanius est: cum etiam potuit populus Romanus servo decernere hanc potestatem, sed et si scisset servum esse, liberum effecisset. Quod ius multo magis in imperatore observandum est.*

Ulpian uznaje ważność czynności jurysdykcyjnych Barbariusa. Jako kryteria rozstrzygnięcia podaje *utilitas* – korzyść osób, które w oparciu o prawo dokonały przed pretorem-niewolnikiem czynności. Jurysta epoki Sewerów dodatkowo wskazuje, że decyzja pozytywna jest zwyczajnie bardziej ludzka (*humanius*). Zauważa także,

¹⁶ L. ARU, *Una congettura su D. 1.14.3: 'Barbarius Philippus'*, [w:] *Studi Volterra*, III, Milano 1971, s. 661.

¹⁷ BARTOLUS DE SAXOFERRATO, *Commentaria*, I, Roma 1996, f. 36,4, pisał: ... *Barbarius erat in quasi possessione officii* ... Krytycznie na temat stosowania prywatnoprawnej konstrukcji *possessio iuris* do określenia sytuacji faktycznego sprawowania urzędu M. E. LUCIFREDI PETERLONGO, *op. cit.*, s. 98-100. Na ten temat por. także G. BRINI, *Posesso delle cose e possesso dei diritti*, Roma 1978.

¹⁸ BALDUS DE UBALDIS, *op. cit.*, f. 51, 8.

że lud rzymski, mógł nawet niewolnikowi powierzyć taką władzę, gdyby zaś wiedział o *status personae* Barbariusa uczyniłby go wolnym. To samo należy też odnieść do cesarza.

Wśród kryteriów przywoływanych przez Ulpiana najważniejsza jest *utilitas publica*. Utrzymanie wydanych przez Barbariusa edyktów i dekretów leżało z pewnością w interesie osób, których one bezpośrednio dotyczyły, ewentualnie jeśli wywoływały one sankcje – w interesie ogółu. I domniemywać można, iż uznanie ich za nieważne byłoby krzywdzące. Spowodowałyby też konieczność wdrażania nowych postępowań, różnego rodzaju koszty i bałagan prawny. Rozstrzygnięcie Ulpiana należy więc uznać za bardzo praktyczne i rozsądne.

Osoby działające przed „wadliwym” pretorem, działały w dobrej wierze, w zaufaniu do urzędu i autorytetu państwa rzymskiego. Trudno by ponosiły konsekwencje owego *error communis in persona iuridici*, tym bardziej, że był on niezawiniony. Należy zauważyć, że Barbarius nie był pretorem samozwańczym, działał z upoważnienia ludu rzymskiego. Istnieje przecież różnica między kimś, kto wydaje akty *per se solus auctoritate*, a osobą która działa *auctoritate populi aut principis*. I stąd Ulpian dodaje: *cum etiam potuit populus Romanus servo decernere hanc potestatem, sed et si scisset servum esse, liberum effecisset. Quod ius multo magis in imperatore observandum est*. To *populus romanus* jest zwierzchnikiem władzy w państwie i nawet niewolnika mógł uczynić pretorem¹⁹. I z pewnością, gdyby wiedział o jego stanie cywilnym, uczyniłby go wolnym. Uwagi te odnoszą się także, a może nawet bardziej – jak przekazuje tekst, do cesarza. Tu trzeba dodać, że argument dotyczący nadania wolności wydaje się być jednak kontrowersyjny²⁰. Być może juryście nie

¹⁹ Zdaniem L. ARU, *op. cit.*, s. 668 668 fragment: ... *cum ... effecisset* byłby autorstwa Pomponiusza. Uczony twierdzi jednak, iż wówczas do tekstu należałoby dodać przeczenia: ... *cum etiam «non» potuit populus Romanus servo decernere hanc potestatem, sed et si scisset servum esse, liberum «non» effecisset*.

²⁰ Stosując swobodną analogię, można by porównać sytuację Barbariusa do zawodnika reprezentacji narodowej w piłce nożnej, któremu po mistrzostwach świa-

chodziło o rzeczywiste uczynienie Barbariusa wolnym, tylko – poprzez wymienienie takiej możliwości – o podkreślenie władzy ludu rzymskiego, domagającego się uznania czynności pretora – niewolnika za ważne. Jeżeli tak, fragment *quod ius multo magis in imperatore observandum est* byłby raczej dopiskiem kompilatorów, którzy opacznie interpretowali myśl Ulpiana w kierunku efektywnego uczynienia Barbariusa wolnym²¹.

Ulpian za podstawę rozstrzygnięcia na rzecz ważności aktów podaje, jak wspomnieliśmy, jeszcze inny argument – uznaje je za bardziej ludzkie (*humanius*)²². Czy wobec powołania się wcześniej na *utilitas*, uzasadnienie to nie jest zbędne? Uważam, że jurysta klasyczny uznał ten zwrot za potrzebny, by przekonać zwolenników rygorystycznego pojmowania prawa, którzy uważali akty wydane przez Barbariusa za nieważne, ewentualnie uznawali kryterium *utilitas* za niewystarczające bądź niejasne. W uzasadnieniu tym można też zobaczyć ślad myśli tak celnie sformułowanej przez Modestyna:

D. 1,3,25 (Mod. 8 resp.): *Nulla iuris ratio aut aequitatis benignitas patitur, ut quae salubriter pro utilitate hominum introdu-*

ta, w których strzelił bramki, wytknięto, że nie miał obywatelstwa kraju, który reprezentował. Prezydent tego kraju, gdyby o tym wiedział z pewnością nadałby mu obywatelstwo.

²¹ Ulpian, żyjąc w II/III w n.e., mógł już uczynić wzmiankę o cesarzu. Tym samym rozszerza jednocześnie znaczenie swego rozstrzygnięcia do przypadku nominacji urzędnika przez cesarza, tak np. M. E. LUCIFREDI PETERLONGO, *op. cit.*, s. 82.

²² Według M. E. LUCIFREDI PETERLONGO, *op. cit.*, s. 67, Ulpian przywołuje tu abstrakcyjną ideę *humanitas*. Byłby to więc dowód na stosowanie tego typu argumentacji już w okresie klasycznym. Na s. 64-67 autorka zestawia literaturę dotyczącą idei *humanitas* w prawie rzymskim. Zdaniem natomiast L. ARU, *op. cit.*, s. 666, fragment ten jest późniejszego pochodzenia, bowiem dla prawnika klasycznego powołanie tego argumentu byłoby, wobec powołania się na *utilitas*, już niepotrzebne. Por. też H. KRÜGER, *Die 'humanitas' und die 'pietas' nach den Quellen des römischen Rechtes*, «ZSS» 19 (1898), s. 35-36; *Vocabularium iurisprudentiae romanae*, s. v. *humanus* II, III. 1, Berolini 1931, szp. 278.

*cuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem*²³.

Przy ocenie i interpretacji danych norm należy więc pamiętać o tym, dla jakich celów zostały one wprowadzone²⁴. Jeżeli miały przynieść określony pożytek, ich interpretacja pozbawiająca korzyści adresatów norm, jest nie tylko nieuzasadniona, lecz niesprawiedliwa i leżąca w sprzeczności z samymi „zasadami”, fundamentami, na których prawo, wedle Modestyna się opiera. W moim przekonaniu, Ulpian uznał, że skoro Barbarius wydawał akty i udzielał ochrony procesowej z korzyścią dla osób przed nim występujących, decyzja o nieważności aktów Barbariusa byłaby zbyt surowa. Tym bardziej, że nie mamy żadnej informacji dotyczącej

²³ „Żadna *ratio* prawa ani dobrodziejstwo *aequitas* nie pozwalają, aby rzeczy, które zostały z korzyścią wprowadzone dla pożytku ludzi, było przez nas interpretowane w sposób surowy. W ten sposób doprowadzilibyśmy do czegoś przeciwnego względem, dla których zostały one wprowadzone” (przekł. B. S.-N.).

²⁴ Przykład takiej argumentacji dał ostatnio Trybunał Konstytucyjny (wyrok z 20 sierpnia 2004 r., SK 19/02, «OTK-A» 2004 nr 7, poz. 67), stwierdzając, że art. 48 § 1 pkt 5 w zw. z art. 401 pkt 1 i art. 379 pkt 4 Kodeksu postępowania cywilnego w zakresie, w jakim ogranicza wyłączenie sędziego z mocy samej ustawy tylko do spraw, w których rozstrzygnięciu brał udział w instancji bezpośrednio niższej, jest niezgodny z art. 45 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Przed wyrokami Trybunału, Sąd Najwyższy, a w ślad za nim praktyka stosowania prawa, przyjęły takie rozumienie art. 48 § 1 pkt 5 k.p.c., które zawężyło wyłączenie od rozpoznawania sprawy w sądzie drugiej lub trzeciej instancji jedynie co do sędziego, który wydawał zaskarżone orzeczenie w instancji bezpośrednio niższej. W uzasadnieniu do wyroku czytamy: „*Ratio legis* zakwestionowanego przepisu art. 48 § 1 pkt 5 k.p.c., jak też podobnych rozwiązań w innych postępowaniach, zwłaszcza w karnym, jest oczywista i sprowadza się do eliminowania wszelkich przyczyn, mogących skutkować w otoczeniu jakimikolwiek wątpliwościami co do bezstronności i obiektywizmu sędziego w rozpoznawaniu określonej sprawy. Trudno zanegować, że wątpliwości takie mogą zawsze powstać, gdy instancyjną kontrolę orzeczenia miałby przeprowadzać sędzia, który je wydał. ... Nie da się bowiem przekonująco uzasadnić, że potencjalne wątpliwości co do bezstronności sędziego nie zaistnieją, gdy będzie orzekał w sprawie, w której uprzednio orzekał w instancji niższej, nie konieczne bezpośrednio niższej ...”.

braku „fachowości” Barbariusa, a uwaga Pomponiusza: *sed nihil ei servitute obstetisse* – jak wcześniej wspomniałem – być może wskazuje wręcz na to, że niewola nie wpływała na jakość jego pracy. Sądzę, iż Ulpian zdawał sobie sprawę, że norma *iuris civile* przewidująca określone wymogi dla objęcia urzędu miała charakter gwarancyjny. Jej niezachowanie, w przypadku Barbariusa Philippusa, nie oznaczało wcale zaprzepaszczenia celów, dla których została ustanowiona i wobec tego *acta valuerunt*. Konkludując, należy utrzymać orzeczenia, które są dobre, mimo że wydane przez osobę nieuprawnioną, w myśl reguły ogólnej: *quod bene gestum est non debet ex alio eventu resuscitari*²⁵.

4. GRANICE ROZSTRZYgniĘCIA

Czy rozstrzygnięcie Ulpiana można odnieść do współczesnych przypadków *iudex incompetens*? Polska procedura cywilna nie przewiduje środków umożliwiających kontrolę merytoryczną orzeczenia i postępowania wydanego z udziałem nieuprawnionego sędziego. Zawsze będzie ono uznane za nieważne, choćby innych jego wad nie można było znaleźć. Rozwiązanie rzymskie należy więc uznać za rozsądniejsze, tym bardziej, że uniemożliwia stronom działającym w złej wierze składanie nieuzasadnionych środków odwoławczych. I może ono stanowić dla nas ów wspomniany trop na ścieżce refleksji nad ulepszaniem dzisiejszego prawa, czy praktyki jego stosowania.

Powstaje jednak pytanie dalsze. Współcześnie istnieje szereg norm gwarancyjnych, nakazujących nieważność czynności wykonanych przy niedopełnieniu określonych wymogów prawa. Są to czynności nie tylko o charakterze procesowym, ale i materialnym. I tak na przykład z uwagi na niedopełnienie bezwzględnie obowiązujących wymogów czynności prawnych, w procesie o ustalenie sądu uznana nieważność czynności wykonanej, to znaczy takiej, w której strony spełniły wynikające z niej świadczenia, co więcej, na której

²⁵ Por. C. 5,37,25,1.

podstawie osoby trzecie nabyły prawa, mimo że nie doszło do naruszenia dóbr przez prawo chronionych. Czy nie byłoby usprawiedliwione rozciągnięcie rozwiązania kazusu Barbariusa Philippusa także na te czynności? Jeżeli tak, to czy z kazusu Barbariusa Philippusa wyciągnąć można normę o charakterze ogólnym, dotyczącą wszystkich norm o charakterze gwarancyjnym? Nie chodzi tu oczywiście o mechaniczne odwzorowywanie norm, tylko o zastosowanie samej metody myślenia i argumentacji.

Odpowiedź na to pytanie nie jest prosta, głównie ze względu na złożoność życia i bogactwo instytucji prawnych. Nie była także prosta, jak się wydaje, dla samych Rzymian. Przyjrzyjmy się innemu rozstrzygnięciu rzymskiemu, dotyczącemu ważności czynności, których w imieniu ojca dokonał syn, jak się później okazało, adoptowany (adrogowany) niezgodnie z wymogami prawa:

D. 41,3,44 pr. (Pap. 23 *quaest.*): *Iusto errore ductus Titium filium meum et in mea potestate esse existimavi, cum adrogatio non iure intervenisset: eum ex re mea quaerere mihi non existimo. non enim constitutum est in hoc, quod in nomine libero qui bona fide servit placuit: ibi propter adsiduam et cottidianam comparationem servorum, ita constitui publice interfuit, nam frequenter liberos animus, non autem tam facilis frequens adoptio vel adrogatio filiorum est*²⁶.

Pater familias dokonał adrogacji syna. Nieświadomy niezachowania obowiązujących przy tej czynności norm, uważał adrogowanego za syna, podlegającego jego władzy. Ponieważ błąd domniemanego ojca był usprawiedliwiony, powstało pytanie, czy rzeczy, które na-

²⁶ „Będąc pod wpływem usprawiedliwionego błędu sądziłem, że Titius był moim synem i podlegał mojej władzy. Tymczasem adrogacja nie była dokonana zgodnie z wymogami prawa. Nie sądzę, że Titius posługując się moim majątkiem nabywał rzeczy dla mnie. Nie obowiązuje tu bowiem zasada przyjęta w przypadku osoby wolnej, która w dobrej wierze służyła jako niewolnik. W tym przypadku leżało w interesie publicznym, by tak postanowić ze względu na częste i powszechne nabywanie niewolników. Często bowiem kupujemy nieświadomie ludzi wolnych, adopcji zaś i adrogacji nie dokonujemy tak łatwo i często” (przekł. B. S.-N.).

bywał syn, przypadły ojcu, czy też nie. Odpowiedź Papiniana jest negatywna. Przeciwnie rozwiązanie podaje on dla licznych jak wskazuje przypadków, w których osoby nabyte jako niewolnicy dokonywali przysporzeń na rzecz swych panów, po czym okazało się, iż są to osoby stanu wolnego²⁷.

Papinian opowiadając się za nieważnością czynności dokonanych przez domniemanego syna, kładzie nacisk na znaczenie instytucji adrogacji i złożoność samej czynności oraz na fakt, że tego typu czynności dokonuje się rzadko: *non autem tam facilis frequens adoptio vel adrogatio filiorum est*.

Jurysta podkreśla znaczenie samej instytucji adrogacji, wydając opinię, iż nawet usprawiedliwiony błąd ojca nie jest wystarczającą przesłanką do uznania ważności czynności syna (*iustus error non excusat*). Przypuszczać można, iż wymagano tu działania o najwyższym zakresie staranności, wykraczającego poza zakres „zawinienia”.

Pojedynczy wypadek, który zdarzył się ojcu, nie uzasadnia wprowadzenia wyjątku od normy ogólnej²⁸. Poszkodowanemu ojcu przysługują najprawdopodobniej inne środki prawne – prowadzące bądź to do nabycia rzeczy (*usucapio*), bądź też do zwrotu ceny (*restitutio in integrum*).

Częste zaś przypadki występowania błędu przy czynnościach prawnych usprawiedliwiają – *error communis facit ius* – tak w przypadku *homo liber bona fide serviens*. Ochrona nabywców takich niewolników, wobec tego że transakcje niewolnikami były w Rzymie rzeczą codzienną, urasta do rangi interesu publicznego.

Jak widzimy, zestawiając rozstrzygnięcie Papiniana z D. 41,3,44 pr. z kazusem Barbariusa Philippusa, trudno o wyciągnięcie reguły, dającej się zastosować do wszystkich norm o charakterze gwarancyjnym. Zostajemy w każdym razie z pytaniami o relację między ochroną interesów stron dokonujących czynności w zaufaniu do

²⁷ Por. R. REGGI, 'Liber homo bona fide serviens', Milano 1958, s. 128.

²⁸ Por. D. 1,3,5 (Cel. 17 dig.): *Nam ad ea potius debet aptari ius, quae et frequenter et facile, quam quae perraro eveniunt*.

prawa, lecz będących w błędzie co do ważności swoich czynności, a innymi dobrami, takimi jak: autorytet określonych instytucji prawnych, zakres staranności osób działających, interes publiczny. Jak się wydaje, odpowiedzi na pytanie czy czynność jest ważna – udzielić można tylko *in casu*.

5. KONKLUZJE

Bogactwo życia prawnego powoduje, że istniejące normy prawne często z trudem dają się zastosować do nieco tylko odmiennych, niż ustawodawca przewidział, stanów faktycznych. Normy polskiej procedury cywilnej stanowiące o nieważności postępowania toczącego się z udziałem osoby nieuprawnionej mają swój oczywisty sens, wyrażający się w trosce o zapewnienie stronom prawa do bezstronności i fachowego sądu. Prawo jednakże jest jak narzędzie, które niewłaściwie użyte spowoduje, że rezultat może być odmienny od zamierzonego. Automatyczne stwierdzenie nieważności orzeczenia merytorycznie prawidłowego z uwagi na udział osoby nieuprawnionej nie tylko nie jest rozsądne, ale staje się nieuzasadnioną dolegliwością dla uczestników postępowania.

O ile „dobro wymiaru sprawiedliwości”, jako wartość instytucjonalna, godne jest niewątpliwie ochrony, to należy jednak pamiętać, że prawo jest ściśle związane z życiem, nie z instytucjami. W tym też duchu należałoby pomyśleć o tych, którzy w zaufaniu do autorytetu sądu podejmują przed nim czynności. Rzecz w tym, by sędziowie, chroniąc się autorytetem przepisów proceduralnych, nie podejmowali wobec nich obiektywnie krzywdzących decyzji²⁹.

Rozwiązanie kazusu Barbariusa Philippusa, tak długo przecież obecne na mapie prawniczej Europy, daje nam cenne wskazówki i zmusza do refleksji. Juryści rzymscy, podpowiadają nam, że nie jest nierozumne odwoływanie się do interesu społecznego jako

²⁹ Jako środek temu zapobiegający *de lege ferenda* wysunąć można postulat wprowadzenia możliwości kontroli przez sąd wyższego rzędu wartości merytorycznej postępowania i orzeczenia wydanego z udziałem *iudex incompetens*.

uzasadnienia decyzji sądowej. Nie jest to nierozumne nawet wtedy, gdy decyzja jest sprzeczna z przyjętą praktyką stosowania prawa.

PARTICIPATION OF UNAUTHORISED PERSONS IN ISSUANCE
OF DECISIONS IN CIVIL PROCEEDINGS – REMARKS ON THE BASIS
D. 1,14,3 AND D. 41,3,44 PR.

Summary

According to Polish civil procedure a sentence given by an unauthorized person is invalid. This was not always the case in ancient Roman law. Ulpianus declared that when a slave, who escaped from his master, became a praetor, his acts were valid. He took into consideration serious problems of those who had put their trust in the praetor's office as well as the respect for *humanitas*. A basic common sense requires that what was well decided, should be considered valid. According to the author, Ulpianus realized that the rule of *ius civile* which determined the requirements for entering in a praetor's duties had the character of a guarantee. If the purpose, for which this rule was established, was achieved, such acts should be accepted as valid.

The question arises whether that approach could be applied to contemporary cases of *iudex incompetens*. Furthermore, whether it would be justifiable to extend this solution to other – not only procedural – but also material, guarantee rules?

The answer is not easy. In D. 41,3,44 pr., a *pater familias* conducted the procedure of adrogation (adoption) improperly. Papinianus decided that, although *pater familias* made a justifiable mistake, all that the son enacted in the name of the father, was invalid. Nevertheless a different rule, as the jurist says in D. 41,3,44 pr., must be observed in the case of *homo liber bona fide serviens* – a person, who being unaware of his free man status, served as a slave. Actions taken by such a person were valid (the purchaser of a slave had to be protected), since transactions of that kind happened very often. More importantly, any other solution would

be against the public interest. On the other hand, it was very rare for a *pater familias* to wrongly adrogate, therefore the example of *pater familias* did not create a general rule.

It seems quite difficult to indicate one principle which could be applied to all the guarantee rules. As far as the case of an unauthorized person giving sentence is concerned, the Roman private law shows that the regard for the public interest may sometimes justify solutions different from those preferred by Polish law.