

UNIwersytet Wroclawski
Biblioteka Wydziału Prawa

44446

PRACE
STWA NAUKOWEGO WARSZAWSKIEGO
II. NAUK HISTORYCZNYCH, SPOŁECZNYCH
I FILOZOFICZNYCH.

TRAVAUX
DE LA SOCIÉTÉ DES SCIENCES ET DES LETTRES
DE VARSOVIE
II. CLASSE D'HISTOIRE, DES SCIENCES SOCIALES
ET DE PHILOSOPHIE.

Nr. 20

IGNACY KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI

RATIO NATURALIS

W PRAWIE RZYMSKIM KLASYCZNYM



WARSZAWA
NAKŁADEM TOWARZYSTWA NAUKOWEGO WARSZAWSKIEGO
Z ZASIŁKU MINISTERSTWA WYZNAŃ RELIGIJNYCH I OŚWIECENIA
PUBLICZNEGO.

1930.

PRACE
TOWARZYSTWA NAUKOWEGO WARSZAWSKIEGO
WYDZIAŁ II. NAUK HISTORYCZNYCH, SPOŁECZNYCH
I FILOZOFICZNYCH.

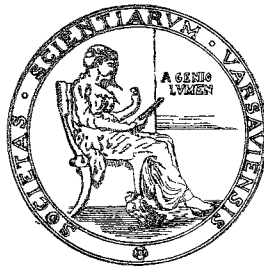
TRAVAUX
DE LA SOCIÉTÉ DES SCIENCES ET DES LETTRES
DE VARSOVIE
II. CLASSE D'HISTOIRE, DES SCIENCES SOCIALES
ET DE PHILOSOPHIE.

Nr. 20

IGNACY KOSCHEMBAHR-ŁYSKOWSKI

RATIO NATURALIS

W PRAWIE RZYMSKIM KLASYCZNEM



WARSZAWA
NAKŁADEM TOWARZYSTWA NAUKOWEGO WARSZAWSKIEGO
Z ZASIŁKU MINISTERSTWA WYZNAŃ RELIGIJNYCH I OŚWIECENIA
PUBLICZNEGO.
1930.



44446

Nauka prawa nie przestaje zajmować się zagadnieniem prawa naturalnego. Podwaliny do rozwiązania zagadnienia położyła starożytna filozofja grecka, a prawnikom rzymskim koncepcja prawa naturalnego (*ius naturale*) nie była obcą. W nowszych czasach zagadnienie zajmowało stanowisko wybitne w końcu XVIII w. i w pierwszych dziesięcioleciach XIX wieku, a wielkie ustawodawstwa z początku XIX wieku były ujęte z stanowiska prawa naturalnego. Przy tej sposobności wystąpiły jednakże na wierzch słabe strony koncepcji. Albowiem kiedy chodziło o ujęcie zasad prawa naturalnego w ściśle określone przepisy, okazało się, że zasady prawa naturalnego nie są znane w tym stopniu, aby można na ich podstawie ułożyć ściśle określone przepisy prawa. Uciekano się więc do prawa rzymskiego, mając jego zasady za zasady prawa naturalnego.¹⁾ Tą drogą zaczęła się chylić ku upadkowi koncepcja prawa naturalnego, a w drugiej połowie XIX wieku odwrócono się od niej całkiem, głosząc zasadę, że prawem jest to, co ustawa nakazuje.²⁾ Ale ta koncepcja również zadowolić nie mogła.³⁾ Nie można było przeoczyć, że nie wszystkie ustawy są sprawiedliwe. Powrócono więc do koncepcji prawa naturalnego, ale starano się pogłębić badania nad niem, aby tą drogą dojść do ściślejszego

¹⁾ Zob. I. Koschimbahr-Łyskowski, *O stanowisku prawa rzymskiego w powszechnej ustawie cywilnej austriackiej w Przeglądzie prawa i administracji*. Lwów 1911 (także po niemiecku w *Festschrift zur Jahrhundertfeier des allg. bürgerl. Gesetzbuches*, Wien, Manz, 1911).

²⁾ Zob. Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, 1891.

³⁾ Zob. E. Jaria *Ogólna teoria prawa*, 2 wyd., Warszawa 1922, str. 30

ujęcia prawa naturalnego.⁴⁾ Równoległe z tem dążeniem starano się również pogłębić jakie było pojmowanie prawa naturalnego u prawników rzymskich.⁵⁾

W nauce prawa rzymskiego przyjmuje się dotychczas, że *ratio naturalis* i *ius naturale* są określeniami równoznacznymi.⁶⁾ Temu to zagadnieniu poświęcone jest niniejsze badanie.

I. W znaczeniu etymologicznem *ratio* pochodzi od słowa *reor*, *rerī*, *ratus sum* i oznacza „robić obrachunek“.⁷⁾ *Ratio* oznacza więc „obrachunek“.⁸⁾

W tem znaczeniu spotykamy wyraz u *Plautusa* i w prawie domowem, zwłaszcza w przypadku obrachunku z zarządzenia, z zawiadowstwa.

Plaut. Pseud. 626 *qui res rationesque eri Ballionis curo rel. G 1, 191 tutores — rationem reddunt.*

Pomp. D 50, 16, 166 *potest enim aliquis dispensator*⁹⁾ *non esse servorum urbanorum numero: veluti is, qui rusticarum rerum rationes dispenset rel.*

Callistr. D 35, 1, 82 *ut rationes reddat, quomodo servus reddere solet.*¹⁰⁾

Paul. Sent. 3, 6, 59 *rationesque servorum legato cedunt.*

Ulp. D 2, 13, 6, 3 *Rationem autem esse Labeo ait ultro citro dandi accipiendi, credendi [debendi], obligandi solvendi sui causa negotiationem rel.*

W tem samym znaczeniu wyraz *ratio* zachodzi w dawnym ustawodawstwie:¹¹⁾ *Lex Tarentina (aetatis Ciceroniana) 12 eiusque rei rationem redditurum ita ut ei senatus censuerit.*

⁴⁾ Do tego dąży pomnikowe dzieło *François Geny, Science et technique en droit privé positif*, t. I — IV, Paris (Librairie du Recueil Sirey) 1919 — 1924. Porówn. przykład znamieny t. III, str. 514/515.

⁵⁾ Zob. *Th. Kipp, Geschichte u. Quellen des römischen Rechts* (3 wyd., Leipzig 1909), str. 5 n., str. 15 n.

⁶⁾ Zob. *M. Voigt, Römische Rechtsgeschichte* II (1899) str. 208; p. *S. Perozzi, Istituzioni di diritto romano* (2 wyd., Roma, Athenaeum, 1928) str. 94 uw. 1 przypuszcza, że określenie *ratio naturalis* odpowiada określeniu greckiemu: *ἄγραφος νόμος*, prawu niepisanemu.

⁷⁾ Zob. *A. Walde, Lateinisches etymologisches Wörterbuch* (2 wyd., 1910) pod wyrazem *reor*.

⁸⁾ Zob. *Darembert et Saglio, Dictionnaire des antiquités grecques et romaines* IV, 2, str. 812 pod wyrazem *ratio*.

⁹⁾ Porówn. *Festus* pod wyrazem *dispensatores*, oraz *G. 1, 122 nak.*

¹⁰⁾ Porówn. *D 11, 3, 16, D 33, 8, 6, 4, fr. 23, 1, D 34, 3, 12* i inne.

¹¹⁾ Porówn. *O. Grandenwitz, Index do Bruns, Fontes iuris romani antiqui, Pars prior* (1912) pod wyrazem *ratio*.

Lex Ursonensis (a. 44 ante Chr.), Tab. II col. 3, 9 eius rei rationem decurionibus reddito.

Wspomnieć też należy pradawną *actio de rationibus distrahendis*.

Ratio zachodzi też w znaczeniu „mieć na oku“, „uwzględnić“ coś lub kogoś.

Lex Ursonensis, Tab. III, col. 5, 25 n. Isque decurio, qui iudicio condemnatus erit, postea decurio ne esto — neve aeditatatem petito neve quis II vir comitis suffragio eius rationem habeto rel.

Lex Malacitana (a. 81—84 post Chr.), col. 1, 5 pauciores erunt quorum hac lege comitiis rationem habere oportent, quam tot [quot] creari oportebit rel.; col. 2, 14 se rationem suffragiorum fide bona habiturum rel.

G. 4, 63 Liberum est — iudici nullam omnino invicem compensationis rationem habere, rel.

G. 74a in tributoria eius solius peculii ratio habetur, rel.

Paul. D 48, 20, 7 pr. rationem haberi liberorum rel.

Jest tylko wynikiem podstawowego znaczenia wyrazu ratio, że on oznacza także cel (*causa*), co podnosi już Brissonius.¹²⁾

Mając więc na oku znaczenie wyrazu ratio, powiedzieć należy, że *ratio naturalis* oznacza „obrachunek naturalny“, t. j. obrachunek, który uwzględnia naturę, który zatem ujmuje zasadę prawną na podstawie natury rzeczy (*rerum natura*) w stosunku prawnym, jaki zachodzi pomiędzy stronami.¹³⁾

Gaius D 44, 7, 1, 9 Si id, quod dari stipulemur, tale sit, ut dari non possit, palam est naturali ratione inutilem esse stipulationem, veluti si de homine iam mortuo — facta sit stipulatio inter eos, qui ignoraverint eum hominem — mortuum esse rel.

Gaius bierze przypadek z stanowiska całkiem praktycznego. Z natury rzeczy przypadku przytoczonego wynika, że niewolnik stypulowany nie może być dostarczony, skoro był umarł bez wiedzy stron.¹⁴⁾

A. Natura rzeczy (*rerum natura*) danego stosunku pomię-

¹²⁾ *De verborum significatione* pod wyrazem *ratio* Nr. 1. Porówn. P. Bonfante, *Histoire du droit romain* I (Paris, 1928), str. 291/292.

¹³⁾ Tęgo samego zdania jest P. Bonfante, *Histoire du droit romain*, j. w. I str. 303. Porówn. powyżej uw. 6.

¹⁴⁾ Tak samo rozumuje Justynian J. 3, 19, 1

dzy stronami nie jest sama w sobie zasadą prawną, lecz ona stanowi podstawę dla ustalenia zasady.

Paul. D 45, 1, 73 pr. Jeżeli kto, będąc w Rzymie, stypulował wierzytelność płatną w Kartaginie, z natury rzeczy tego stosunku wynika, że dług jest płatny w dniu, w którym dłużnik przybyć może do Kartaginy (*tacite tempus complecti videtur, quo parveniri Carthaginem potest*). Jeżeli kto stypulował pracę wyzwolenca, z natury rzeczy tego stosunku wynika, że dzień pracy zaczyna się z chwilą, kiedy wierzyciel zażąda tej pracy (*non ante dies earum [sc. operarum] cedit, quam indictae fuerint nec sint praestitae*).

Paulus w przytoczonym fragmencie (D 45, 1, 73 pr.) poprzedza to rozumowanie uwagą

Interdum pura stipulatio *ex re ipsa* dilationem capit, — tunc enim incipit actio, cum ea *per rerum naturam* praestari potest.

Wyraźnie, określenie *per rerum naturam* utożsamione jest z określeniem *ex re ipsa*, i z natury rzeczy prawnik wywodzi wspomnianą zasadę prawną.

Ta sama zasada jest uznana nawet jako zasada ogólna przez

Celsusa D 50, 17, 186 *Nihil peti potest ante id tempus, quo per rerum naturam persolvi possit: rel.*

Innym przykładem jest zasada ogólna, że pozwany nie jest obowiązany dać dowód, że nieprawdą jest twierdzenie powoda.

C 4, 19, 23 (a. 294) *cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit.*¹⁵⁾

Wyraz *natura* często używany jest w tem samem znaczeniu co określenie *rerum natura*. Przytoczę tylko kilka przykładów.¹⁶⁾

Z natury rzeczy danego stosunku pomiędzy stronami zostaje ustalona zasada, że kilka osób nie może posiadać równocześnie tej samej rzeczy.

¹⁵⁾ Porówn. C 2, 1, 4 nak. (a. 212); Dioclet et Max. C 4, 30, 10.

¹⁶⁾ O. Gradenwitz, *Natur und Sklave bei der naturalis obligatio* (Festgabe für J. Th. Schirmer 1900) daje przegląd wszystkich miejsc, w których znajduje się wyraz *natura* w Dygestach Justiniana, w Instytucjach Gaiusa, w Regulae Ulpiana, w Sentencjach Paulusa, w Fragmenta Vaticana, oraz w Collatio i w Consultatio. Porówn. poniżej uw. 65.

Paul. D 41, 2, 3, 5 contra naturam quippe est, ut cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris, — non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris.¹⁷⁾

Nieważna jest stipulatio z warunkiem tego, co jest niemożliwe.

Venul. D 45, 1, 137, 6 nullius momenti fore stipulationem— quae natura impossibilis est rel.

Paul. D 45, 1, 83, 5 ea dumtaxat, quae natura sui possibilia sunt, deducuntur in obligationem.

Nadmienić także można

Paul. D 50, 17, 84, 1 Is natura debet, quem iure gentium dare oportet, cuius fidem secuti sumus.

Paulus chce uzasadnić zobowiązanie naturalne udzieleniem słowa, na którym myśmy polegali. Justinian pragnie jeszcze podkreślić, że w tej kwestji *ius gentium* pokrywa się z stanowiskiem, wynikającym z natury (porówn. poniżej Nr. III) i z tego powodu drogą interpolacji¹⁸⁾ wsunął zdanie „quem iure gentium dare oportet“, które jest zbędne. Jeżeli osoba, która dała słowo, jest zobowiązana według zasad *iuris gentium*, odwołanie się do zasad wynikających z natury, już nie jest potrzebne.¹⁹⁾ Wobec tego Justinian w innym miejscu (J 2, 1, 40) nie odwołuje się do *ius gentium*, lecz do *naturalis aequitas*.

B. Warto zwrócić uwagę na to, że nie znamy żadnego tek-

¹⁷⁾ Sabinus (eod. D 41, 2, 3, 5) robi zastrzeżenie na korzysć prekarysty: *eum qui precario dederit et ipsum possidere et eum qui precario acceperit*.

¹⁸⁾ Za przyjęciem interpolacji oświadcza się także *F. Senn, De la justice et du droit* (Paris, Sirey, 1928), str. 28 uw. 2.

¹⁹⁾ *Zobowiązaniem naturalnem* jest takie, które powstaje zupełnie niezależnie od wpływu prawa pozytywnego. Porówn. Mod. 38, 10, 4, 2 (poniżej str. 22). Można powiedzieć również, że zobowiązanie naturalne opiera się na samym *fakcie*, jak to sformułował *S. Perozzi, Interpretazione di Gaio III, 119 a*, w *Studi in onore di P. Bonfante* (Pavia, Fratelli Fusi, 1929), Vol. I, str. 73 n. Zob. również *F. Desserteaux, Capitis deminutio maxima et media. Fideiussio. Obligation naturelle et confiscation, w Mélanges Cornil* (Paris, Sirey, 1926) t. I, str. 184 n.

stu u prawników okresu klasycznego, któryby wskazywał, jaką drogą należy znajdować zasadę, wskazaną przez naturę rzeczy stosunku zachodzącego pomiędzy stronami. Prawnicy pozostawiają sędziemu rozwiązywanie tego zagadnienia.

C. Prawnicy klasyczni podkreślają, że natura rzeczy (*rerum natura*) może wskazać na ustalenie takiej lub innej zasady prawnej (porównaj poniżej Nr. E.). Aby ominąć tej niepewności, prawnicy zaznaczają, że ustalenie zasady prawnej nastąpić musi *na podstawie natury rzeczy danego stosunku pomiędzy stronami z uwzględnieniem prawa pozytywnego*.

Stosunek pomiędzy stronami musi być oceniony na podstawie natury rzeczy w ramach prawa pozytywnego, on musi *et ius et naturam recipere*.

Jav. D 11, 1, 14, 1 In totum autem confessiones (sc. in iure) ita ratae sunt, si id quod in confessionem venit, et ius et naturam recipere potest.

Tem prawnicy rzymscy tłumaczą, że ustawa nie może zawierać zasady, która byłaby przeciwną naturze rzeczy (*contra rerum naturam*) danego stosunku prawnego pomiędzy stronami.

Cels. D 50, 17, 188, 1 Quae rerum natura prohibentur, nulla lege confirmata sunt.

Celsus nie mówi „confirmari possunt” lecz stwierdza ten fakt (confirmata sunt).

*Natura rzeczy stosunku pomiędzy stronami jest zatem podstawą dla stosowania ustawy.*²⁰⁾

D. *Ratio naturalis* również nie jest sama w sobie zasadą prawną, lecz ona przedstawia „obrachunek”, „sposób”, ustalenia zasady prawnej. Ona jest więc *czynnością ludzką, skierowaną na ustalenie zasad prawnych*.

Stąd prawnicy klasyczni zaznaczają przy poszczególnych zasadach prawnych, że one odpowiadają *rationi naturali*, że one ustalone zostały *ratione naturali*, że *ratio naturalis* na nie zgła-

²⁰⁾ Porówn. Paul. D 49, 8, 3 impossibile praeceptum iudicis nullius esse momenti. Idem respondit ab ea sententia, cui pareri rerum natura non potuit, sine causa appellari. Porówn. *Cuiacius, Comment. in lib. XVI Respons. Julii Pauli*. Ad L ult. D quae sent. sine appellat. rescind. 49, 8 (Opera, Prati, 1862, t. VI str. 926).

dza się i podobnie. Przez to prawnicy chcą podkreślić, że dana zasada prawna ustalona została na podstawie natury rzeczy stosunku pomiędzy stronami.

G 1, 189 *inpuberes — in tutela esse omnium civitatum iure contingit; quia id naturali rationi conveniens est, ut is, qui perfectae aetatis non sit, alterius tutela regatur, rel.*

Gaius D 9, 2, 4 pr. *adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere.*

Gaius D 13, 6, 18, 2 nam *cibariorum impensae naturali scilicet ratione ad eum pertinent, qui utendum accepisset.*

Paul. D. 5, 3, 36, 5 *Fructus intelliguntur deductis impensis,— quod — naturalis ratio expostulat rel.*

Paul. D 17, 2, 83 *Illud quaerendum est, arbor quae in confinio nata est, — an, cum succisa — pro ea quoque parte singulorum esse debeat, pro qua parte in fundo fuerat? an pro indiviso communis fit, — ? sed naturali convenit rationi rel. (porówn. poniżej str. 13).*

Ulp. D. 25, 3, 5, 16 *Parens quamvis alii a filio ratione naturali debeat rel.*

E. Prawnicy klasyczni poszukują, jakiej zasady prawnej domaga się *ratio naturalis*, t. j. *obrachunek z natury rzeczy danego poszczególnego stosunku pomiędzy stronami.*

G 2, 79 *In aliis quoque speciebus naturalis ratio requiritur: proinde — quaeritur (w przypadku przeistoczenia) ²¹⁾ — idque maxime placuit Sabino et Cassio; alii vero rel.*

Gaius D 41, 1, 7, 7 *Sabinus et Cassius magis naturalem rationem efficere putant (w przypadku przeistoczenia) rel. Wiemy, że Prokuljanie byli innego zdania.*

Ponieważ można mieć wątpliwości, jakiej zasady domaga się *ratio naturalis*, należy ustalić zasadę prawną z *uwzględnieniem prawa pozytywnego*, z uwzględnieniem tego, co mówi *ratio civilis*. ²²⁾

Gaius D 3, 5, 38 *naturalis enim simul et civilis ratio suavitatem alienam conditionem meliorem quidem etiam ignorantis et invitum nos facere posse, deteriores non posse.*

²¹⁾ Również jeszcze Justinian J 2, 1, 25 *quaeri solet, quis eorum naturali ratione dominus sit.*

²²⁾ Porówn. Jav. D 11, 1, 14, 1 *et ius et naturam recipere (powyżej str. 8)*

Ratio naturalis domaga się również, aby uwzględnioną została *wola stron*.

Gaius D 44, 7, 1, 9 (powyżej str. 5).

Paul. D 45, 1, 73 pr. (powyżej str. 6).

Widzimy zatem, że *prawnicy klasyczni pragną ustalić zasadę prawną ratione naturali, to znaczy na podstawie natury rzeczy (rerum natura) danego stosunku pomiędzy stronami* (zob. powyżej Nr. A), z drugiej strony, wobec niepewności takiej podstawy, starają się oni o *oparcie na prawie pozytywnem i na woli stron*.

Ale to nie znaczy, że ratio naturalis, t. j. obrachunek z natury rzeczy danego stosunku pomiędzy stronami musi być wynikiem prawa pozytywnego. Gdyby tak było, taki obrachunek (ratio naturalis) byłby zbędny, lub, co najwyżej, przedstawiałby środek dla wykładni ustawy. Przeciwnie, nie ustawa, lecz *ratio naturalis jest podstawą dla ustalenia zasady prawnej*, ale przytem uwzględnia się prawo pozytywne, które wszakże wpływa na ukształtowanie się „natury rzeczy”. Stąd *zasada, ustalona na podstawie natury rzeczy, a więc ratione naturali, jest obowiązująca, o ile prawo pozytywne nie głosi zasady przeciwniej*.

Ulp. D 1, 5, 24 Lex naturae haec est²³⁾ — nisi lex specialis aliud induxit.

Stąd prawnicy klasyczni czasami podkreślają, że danej zasady domaga się ratio civilis, kiedy drogą ratio naturalis zasada zostaje ustalona na podstawie natury rzeczy danego stosunku, na którego ukształtowanie nie wpłynęło prawo pozytywne (zob. D 38, 10, 4, 2, poniżej str. 22).

G 2, 110 peregrini — ratione civili prohibentur capere hereditatem legataeque rel.

G 3, 153 civili ratione capitis diminutio mortis coaequatur;²⁴⁾ rel.

Wydaje się, że prawnicy klasyczni, podkreślając potrzebę ustalania zasad prawnych *et ratione naturali et ratione civili*, pragnęli uzyskać pomost od natury rzeczy (rerum natura) danego stosunku pomiędzy stronami do prawa pozytywnego.

²³⁾ Ulpian pewnie powiedział: naturali rationi conveniens est (zob. poniżej uw. 104)

²⁴⁾ Porówn. głębokie badania w dziele F. Desselreux. *Etudes sur la formation historique de la capitis deminutio II* (Paris, Sirey, 1926) Nr. 345 i n.

W razie wątpliwości, czego domagają się *ratio naturalis* lub *ratio civilis*, sędzia ma dać rozstrzygnięcie sprawiedliwe t. j. z uwzględnieniem interesów obu stron.²⁵⁾

Paul. D 50, 17, 85, 2 *Quotiens aequitate desiderii naturalis ratio aut dubitatio iuris moratur, iustis decretis res temperanda est.*

F. Wobec tego, że zasadę prawną ustalać należy *ratione naturali et ratione civili* ustawa nie może zawierać zasady, która byłaby przeciwną *rationi naturali*.

Użytkowanie może odnosić się tylko do rzeczy niezusuwalnych. Taka zasada wyprowadzona jest z natury rzeczy wobec tego, że użytkowanie jest *ius utendi fruendi salva rerum substantia* (D 7, 1, 1, J 2, 4 pr. § 2).

Mimo to, uchwała Senatu z czasów Augusta lub Tyberjusa²⁶⁾ postanowiła, że drogą zapisu użytkowanie ustanowione być może na każdego rodzaju rzeczy. Prawnik Gaius zaznacza, że ta uchwała Senatu nie mogła zmienić zasady, która wynika z natury rzeczy stosunku pomiędzy stronami, opartej o istotę użytkowania.²⁷⁾

Gaius D 7, 5, 2, 1 *nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit.* (Porówn. J. 2, 4, 2 nak.).

Słowo *potuit* (czas przeszły) wskazuje na to, że chodzi o zastosowanie uchwały Senatu. Dla pogodzenia sprzeczności wytworzono instytucję *quasi ususfructus* (D 7, 5, 2, 1; J 2, 4, 2 nak.).

Inny przykład jest następujący:

Capitis deminutio znosi agnację.²⁸⁾ Agnacja jest instytucją prawa obywatelskiego (*iuris civilis*); zniesienie agnacji mogło więc nastąpić tylko drogą innej instytucji prawa obywatelskiego, a taką instytucją wytworzoną w prawie obywatelskiem jest właśnie *capitis deminutio*. Ponieważ zaś *cognatio*

²⁵⁾ Takie sformułowanie *sprawiedliwości* odpowiada najtrafniej zapatrywaniom filozofii greckiej, skąd ono przeszło do prawników rzymskich. Zob. F. Senn, *De la justice*, j. w., str. 29 uw. 1 — str. 32 uw. 1. Zreszta ono ugruntowane jest w umysłowości łacińskiej (*aequum*) i całej ludzkości. Zob. Fr. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, I (2 odbicie, Paris, Sirey, 1922), str 111 n.

²⁶⁾ Zob. P. F. Girard, *Manuel de droit romain* (7 wyd. 1924) str. 381 uw. 1.

²⁷⁾ Porówn. Ulp. Reg. 24, 27.

²⁸⁾ Porówn. F. Desserteaux, *Capitis deminutio*, j. w. II Nr. 396 bis.

tio znajduje się w innej dziedzinie, w dziedzinie pokrewieństwa naturalnego, zasada prawa obywatelskiego (*iuris civilis*) nie może być zastosowaną w dziedzinie pokrewieństwa naturalnego. Prawnik ujmuje to w zdanie

G 1, 158 quia civilis ratio civilia quidem iura corrumpere potest, naturalia vero non potest.²⁹⁾

To samo mówi

Pomp. lib. IV ad Sab. D 50, 17, 8 Iura sanguinis nullo iure civili dirimi possunt.

Prawdopodobnie chodzi o spadkobranie dzieci niepodwładnych,³⁰⁾ w związku z fragmentem.

Pomp. lib. IV ad Sab. D 38, 8, 5, Legitimis capite deminutis non datur bonorum possessio iure heredis legitimi, quia non eadem causa eorum est quae liberorum: sed gradu cognitorum iursus vocantur.

Pomponius tłumaczy, czemu dziedzice powołani z prawa obywatelskiego (*legitimi*), którzy ponieśli *capitis deminutionem*, nie mogą uzyskać posiadania spadku w kolei dziedziców powołanych z prawa obywatelskiego; ale oni powołani będą w kolei dziedziców z prawa krwi.

G. W wyniku ostatecznym należy powiedzieć, że w prawie rzymskim okresu klasycznego *ratio naturalis* oznacza metodę ustalania zasad prawnych drogą obrachunku na podstawie natury rzeczy danego stosunku pomiędzy stronami, ocenionej w ramach prawa pozytywnego. *Ratio naturalis* jest podstawą dla stosowania prawa pozytywnego i stanowi czynnik twórczy w rozwoju prawa pozytywnego. Wiemy, że prawnicy dawni (*veteres*) tworzyli zasady prawne na podstawie danego przypadku życia praktycznego.. Zasadę prawną w ten sposób ustaloną prawnicy nazywali *regula iuris*. Reminiscencją tego sposobu ustalania zasad prawnych jest prastara definicja pojęcia *regulae iuris*, przekazana nam w fragmencie.

Paul. D 50, 17, 1 Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. — per regulam igitur brevis rerum narratio traditur,

²⁹⁾ Zob. także Gaius D 4, 5, 8, 9 i jeszcze Justynian J 1, 15, 3. Porówn. Ulp. Reg. 28, 9 nak. natura tamen cognati manent (sc. agnati capite deminuti).

³⁰⁾ Zob. O. Lenel, *Paltingenesia iuris civilis* II (1889) pod nazwiskiem Pomponius, Nr. 430.

et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitata est, perdit officium suum. ³¹⁾

Z danego przypadku praktycznego prawnicy wysnuwali zasadę prawną. Jeżeli nowe przypadki wymagały ustalenia nowej zasady, zasada poprzednia straciła swe zadanie i swą moc.

Metoda ustalania zasad prawnych *ratione naturalis* wchodzi więc w zakres ogólnej metody ustalania zasad prawnych (*regulae iuris*).

W istocie, zauważyć możemy, że prawnicy klasyczni, ustalając zasady prawne *ratione naturalis*, stosują tę samą metodę, jaką u nich spotykamy przy tworzeniu *regulae iuris*. ³²⁾

Prawnicy ustalają zasadę prawną *ratione naturalis*, w celu rozstrzygnięcia danego przypadku praktycznego. To jest *pierwszy okres w ustalaniu zasad prawnych ratione naturalis*.

Gaius D 13, 6, 18, 2 nam *cibarium impensae naturalis scilicet ratione ad eum pertinent, qui utendum accepisset*.

Paul. D 5, 3, 36, 5 *Fructus intelliguntur deductis impensis, — quod non solum in bonae fidei possessoribus naturalis ratio exposulat, verum etiam in praedonibus, sicut Sabino quoque placuit*.

Paul. D 17, 2, 83 (powyżej str. 9) roztrząsa pytanie, w jakiej części współwłasności powinny znajdować się drzewo zakorzenione w miedzy granicznej, lub kamień leżący na obu gruntach sąsiadów, po ścięciu drzewa lub wywiezieniu kamienia, i rozstrzyga

naturali convenit rationi et postea tantam partem utrumque habere tam in lapide quam in arbore, quantam et in terra habebat.

W *drugim okresie ustalania zasady prawnej ratione naturalis*, prawnicy zasadą ustaloną obejmować pragną większą ilość przypadków.

G 1, 189 (powyżej str. 9).

G 2, 69 *quae ex hostibus capiuntur naturali ratione nostra fiunt*.

Gaius D 41, 1, 3 pr. *Quod enim nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur*.

³¹⁾ Porówn. P. Jörs, *Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik* (1888), str. 292 uw. 3.

³²⁾ O metodzie prawników rzymskich przy tworzeniu *regulae iuris* zob. P. Jörs, j. w., str. 283 n.

Gaius D 44, 7, 1, 9 (powyżej str. 5).³³⁾

Paul. D 48, 20, 7 pr. Cum ratio naturalis — liberis parentium hereditatem addiceret (porówn. poniżej str. 25).

Ulp. D 25, 3, 5, 16 (powyżej str. 9).

W trzecim okresie prawnicy starają się ustalić ogólną zasadę prawa.³⁴⁾

Gaius D 9, 2, 4 pr. (powyżej str. 9)³⁵⁾.

Gaius D 3, 5, 38 (powyżej str. 9).

Ratio naturalis doprowadziła prawników do zasady ogólnej, że nieważna jest stypulacja o treści niemożliwej (Gaius D 44, 7, 1, 9, powyżej str. 5; Venul. D 45, 1, 137, 6 i Paul. D 45, 1, 83, 5, powyżej str. 7), a już Celsus ustalił tę zasadę ogólną w krótkim sformułowaniu

D 50, 17, 185 Inpossibilium nulla obligatio est.

II. Pod wpływem filozofji greckiej, zwłaszcza stoików, metoda ustalania zasad prawnych ratione naturali zaprowadziła prawników klasycznych do idei prawa naturalnego (*ius naturale*). Możemy śledzić dosyć wyraźną linię ewolucyjną, którą tutaj tylko w zarysie pragnę przedstawić.

A. Pod wpływem filozofji greckiej³⁶⁾ już w okresie klasycznym prawa rzymskiego prawnicy przypuszczali istnienie prawa naturalnego (*ius naturale*), które włożyło te same popędy w wszystkie istoty żyjące (ludzi i zwierzęta).

— To wyraźnie wywodzi

Ulp. D 1, 1, 1, 3³⁷⁾ Jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mare nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc libero-

³³⁾ Porówn. Venul. D 45, 1, 137, 6 (powyżej str. 7).

³⁴⁾ Porówn. poniżej str. 24 do Pomp. D 50, 17, 206.

³⁵⁾ O okresach ewolucji tej zasady prawa (o obronie koniecznej) zob. poniżej str. 20.

³⁶⁾ Zob. F. Senn, *De la justice et du droit. Explication de la définition traditionnelle de la justice, suivie d'une étude sur la distinction du ius naturale et du ius gentium* (Paris, Sirey, 1928) str. 57 n. Porówn. G. Castelli, *Intorno a una fonte greca del fr. 1 § 3 D 1, 1* dans les *Studi in onore di Silvio Perozzi* (Palermo, G. Castiglia, 1925) str. 56/57.

³⁷⁾ Przyjęte przez Justyniana J 1 2 pr. (poniżej str. 27). Porówn. F. Senn, j. w., str. 66 uw. 1

rum procreatio, hinc educatio: videmus etenim, cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris peritia censi.

Tekst ten mówi, że prawem naturalnym jest prawo, które natura nauczyła wszystkie istoty żyjące, ludzi i zwierzęta;³⁸⁾ poczem tekst wymienia jako przykłady: kojarzenie się obu płci, płodzenie dzieci i ich wychowanie.³⁹⁾

Należy jednakże zaznaczyć, że w przykładach przytoczonych przez Ulpiana nie można mówić o „prawie“, w znaczeniu technicznym;⁴⁰⁾ raczej chodzi o „prawo natury“ w znaczeniu fizjologicznym, a dla społecznego życia ludzkiego w znaczeniu socjologicznym.. To „prawo natury“ włożyło te same popędy w wszystkie istoty żyjące, ludzi i zwierzęta, poczem Ulpian daje trzy przykłady.

W ten sposób tekst (przejęty także przez Justyniana J. 1, 2 pr.) zrozumiany jest jeszcze w Parafrazie, przypisanej zwykle Teofilowi, do J 1, 2 pr., gdzie powiedziane jest, że prawem natury (φυσικὸν νόμιμον) jest to, co obejmuje (τὸ — ἐπεκταίνου νου) wszystkie istoty (πάντων ζώων). Albowiem natura (ἡ φύσις) włożyła swe siły nietylko w ludzi, ale ona unormowała co jest w niebie, ona ustanowiła co jest na ziemi, a z swej opatrności nie wypuściła co jest w wodach.

Poczem Parafraza podaje powyżej wymienione trzy przykłady, mówiąc o wychowaniu dzieci i opiece nad nimi, zamiast o płodzeniu dzieci i ich wychowaniu.

Chodzi zatem o „prawo natury“, które włożyło te same popędy w wszystkie istoty żyjące, ludzi i zwierzęta. *Te popędy są więc wytworem „prawa natury“.* My nie znamy tego „prawa natury“, ale my możemy przypuścić jego istnienie, wnosząc to istnienie z faktu tych samych popędów u wszystkich istot żyjących. Można powiedzieć, że *te popędy odzwierciedlają, chociaż w minimalnej części, owo nieznanne nam „prawo natury“.*⁴¹⁾ Wobec tego, że my nie znamy owego prawa natury, które wło-

³⁸⁾ O tej idei porówn F Senn, j. w., str. 59 uw. 2.

³⁹⁾ O tej idei porówn F. Senn, j. w., str. 67.

⁴⁰⁾ To podnosi słusznie Th Kipp, *Geschichte der Quellen des römischen Rechts* (3 wyd. 1909) str. 6 do uw. 5.

⁴¹⁾ Może prawnicy w wspomnianych trzech przykładach upatrują prawo natury o nieśmiertelności rasy. Albowiem Paul. D 28, 2, 9 mówi o popędzie tworzenia (natura — in homine generandi et consuetudo spectanda est rel.), a Parafraza, przypisywana zwykle Teofilowi, w miejscu przytoczonym

żyło wspomniane popędy w wszystkie istoty żyjące, można powiedzieć, że *wspomniane odzwierciedlenia prawa natury odbywają się w naszej umysłowości.*

Takie same wnioski wyciągnąć można dla „prawa natury“, które rządzi społecznym życiem ludzkim, albowiem mówiąc o prawie naturalnym (*ius naturale*), prawnicy rzymscy na oku mają przede wszystkim życie społeczne ludzi, które ich, jako prawników, oczywiście w pierwszym rzędzie interesuje.⁴²⁾

Opierając się na wnioskach powyżej przytoczonych, można powiedzieć, że również *w życiu społecznym ludzi natura rzeczy (rerum natura) odzwierciedla, chociaż w minimalnej części, nieznanne nam prawo naturalne.* Stąd dalej wnosić można, że również *zasada prawna, ustalona ratione naturali*, t. j. przez obrachunek na podstawie natury rzeczy (*rerum natura*) poszczególnych danych stosunków pomiędzy ludźmi, *odzwierciedla i przedstawia w naszej umysłowości chociaż w minimalnej części nieznanne nam prawo naturalne*, obowiązujące społeczne życie ludzkie. Takie rozumowanie przyjąć musi jednakże jedno *zastrzeżenie*, a mianowicie, że *obrachunek na podstawie natury rzeczy stosunków ludzkich jest trafny!* A pod tym względem żadnego nie posiadamy sprawdzianu.

Zdaje się, że *prawnicy rzymscy okresu klasycznego*, idąc, pod wpływem filozofii greckiej, za powyżej przytoczonym rozumowaniem, *czasami wspominają o prawie naturalnym (ius naturale).*

Ale podkreślić należy, że oni nie uważają owego prawa naturalnego za źródło prawa i nie wyprowadzają z niego żadnych zasad prawnych. Przeważnie, jak starałem się wykazać powyżej, prawnicy klasyczni ustalają zasady prawne całkiem praktycznie na podstawie natury rzeczy (*rerum natura*) w danych poszczególnych stosunkach pomiędzy ludźmi, i o *tych naturali*

uzasadnia wspomniane popędy słowami (według tłumaczenia łacińskiego Ferrini'ego w wydaniu Parafrazy str. 5, wiersz 16 n.): cum enim natura singularia animalia mortis absumpta videret, per nuptias liberorumque procreationem atque erga natos amorem et curam immortalitatem ipsis comparavit.

⁴²⁾ To podnosi słusznie także *F. Senn*, j. w., str. 58, 59, 76 n. Wyraźnie poświadczą to Hermog. D 1, 5, 2 hominum causa omne ius constitutum est, rel.

*ratione ustalonych zasadach prawnych mówią oni czasami, że one przedstawiają prawo naturalne (ius naturale).*⁴³⁾

Rozpatrzenie odnośnych wywodów u prawników potwierdzi takie zdanie.

Gaius w swoich Institutiones nie wymienia prawa naturalnego pomiędzy źródłami prawa, lecz zalicza (1, 1) do źródeł prawa tylko ius civile i ius gentium. Pozatem pojęcie *ius naturale* zachodzi w Instytucjach tylko trzy razy.⁴⁴⁾

G 2, 65 mówi o wyzbyciu naturali iure. przytaczając wręczenie (quaedam naturali iure alienari. qualia sunt ea, quae traditione alienantur, quaedam civili; rel.).

G 2, 73 quod in solo nostro ab aliquo aedificatum est, — iure naturali⁴⁵⁾ nostrum fit, quia superficies solo redit.

Zdaje się jednakże, że w tych trzech przypadkach Gaius chce tylko wyrazić, iż wymienione zasady prawne odzwierciedlają prawo naturalne. On zdaje się używać określenia *ius naturale* w znaczeniu *ratio naturalis*, aby zaznaczyć, że wymienione zasady prawne są wyprowadzone z natury rzeczy danych stosunków pomiędzy stronami. Albowiem o wręczeniu (traditio) mówi on

G 2, 66 Nec tamen ea tantum quae traditione nostra fiunt, naturali nobis ratione adquiruntur, sed etiam [quae] occupando rel.

Tak samo

G 2, 69 (powyżej str. 13). Zgodnie z tem mówi Gaius D 41, 1, 1 pr. o nabyciu iure gentium (zob. poniżej uw. 91).

Gaius mówi jeszcze kilka razy o *ratio naturalis*, i w wszystkich tych przypadkach *ustala on zasadę prawną na podstawie natury rzeczy danego przypadku.*

G 1, 89 si ancilla ex cive Romano conceperit, deinde matumissa pepererit, qui nascitur, liberum nasci, naturali ratione

⁴³⁾ Trafnie wywodzi Ed. Cuq, *ius naturale* w *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines* III, 1 str. 737. „Ius naturale pozostało dla prawników raczej koncepcją filozoficzną, niż źródłem prawa”. Porówn. Ed. Cuq, *Manuel des institutions juridiques des Romains* (2 wyd., Paris, Plon, 1928) str. 12 do uw. 6 i 7.

⁴⁴⁾ Zob. P. P. Zanzucchi, *Vocabolario delle Istituzioni di Gaio* (Milano, Vallardi, 1910) pod wyrazem *naturalis*.

⁴⁵⁾ Gaius D 43, 18, 2 mówi w tym samym przypadku: *et civili et naturali ratione.*

fit; ⁴⁶⁾ nam hi, qui illegitime concipiuntur, statum summunt ex eo tempore, quo nascuntur;

Ponieważ stan dziecka nieprawego ustalony zostaje według chwili urodzenia, z natury rzeczy tego stosunku wynika, że wolne jest dziecko urodzone z wyzwolonej. Gaius nie odwołuje się do prawa naturalnego, lecz do natury rzeczy, do ratio naturalis jako do obrachunku opartego na naturze rzeczy, jako do wynku z zasady o stanie dziecka nieprawego.

G 1, 189 (powyżej str. 9).

G 2, 79 (powyżej str. 9).

G 3, 154 nak. (o societas quae consensu contrahitur nudo) iuris gentium est; itaque inter omnes homines naturali ratione consistit.

Prawnik Tryfon mówi o *ius naturale*, porównywując podstawę kondykcji z zasadą prawa naturalnego, głoszącą, że wszyscy ludzie są wolni.

Tryph. D 12, 6, 64 ut enim libertas naturali iure continetur et dominatio ex gentium iure introducta est, ita debiti vel non debiti ratio ⁴⁷⁾ in conditione naturaliter intellegenda est.

Ale Tryfon daje swe wywody z całkiem praktycznego stanowiska, opierając zasadę na naturze rzeczy przypadku danego; tak Tryfon zwykle postępuje. ⁴⁸⁾

Wiadomo, że *condictio* nie służy jeżeli dłużnik zapłacił zobowiązanie naturalne. ⁴⁹⁾

Tryfon (D 12, 6, 64) zaznacza, że należy ocenić „naturalnie“, t. zn. według natury rzeczy danego przypadku, czy zachodzi zobowiązanie naturalne. ⁵⁰⁾

W fragmencie osławionym

Tryph. D 16, 3, 31 pr. Bona fides quae in contractibus exigitur aequitatem summam desiderat: sed eam utrum aestimamus ad merum ius gentium an vero cum praeceptis civilibus et praetoriis? veluti reus capitalis iudicii deposuit apud te centum: —

⁴⁶⁾ Ulp. Reg. 5, 10 wymienia tylko zasadę, nie dając jej uzasadnienia; tak samo Paul. Sent. 2, 24, 1.

⁴⁷⁾ To jest „obrachunek“. Zob. D 2, 13, 6, 3 (powyżej str. 4).

⁴⁸⁾ Zob. P. Krüger, *Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts* (2 wyd. 1912) str. 225 do uw. 90.

⁴⁹⁾ Zob. A. Pernice, *Labeo III* (1892) str. 254 do uw. 4.

⁵⁰⁾ O sto unku: „naturalnym“ pomiędzy stronami mówi Mod. D 38, 10, 4, 2 (poniżej str. 22).

ut umne haec reddenda an in publicum deferenda sint? Si tantum naturale et gentium ius intuemur, ei qui dedit restituenda sunt: si civile ius et legum ordinem, magis in publicum deferenda sunt: nam male meritis publice, ut exemplo aliis ad deterrenda maleficia sit, etiam egestate laborare debet.

ius naturale jest już utożsamione z pojęciem *ius gentium*. Ale to jest dopiero idea Justyniana.⁵¹⁾ Stąd powszechnie przyjmujemy znaczne interpolacje⁵² w tym fragmencie.⁵³⁾

Prawnicy Paulus i Ulpianus w swych zarysach (*Libri quinque sententiarum* i *Liber singularis regularum*) nie wspominają ani o *ratio naturalis*, ani o *ius naturale*. Nic w tem dziwnego, gdyż w tych zarysach obaj prawnicy przytaczają tylko krótko zasady prawne obowiązujące i nie wchodzą ani w uzasadnienie tych zasad, ani nie roztrząsają metody ich ustalania.

W innych dziełach, prawnik *Paulus szasami* już wywodzi zasady prawne z prawa naturalnego,⁵⁴⁾ lub przynajmniej zaznacza, iż uwzględnić należy prawo naturalne.

Paul. D 23, 2, 14, 2 in contrahendis matrimoniis naturale ius et pudor inspiciendus est: rel.

Wogóle, prawnik Paulus (początek III wieku po Chr.) już więcej zbliża się do koncepcji filozofji greckiej o prawie naturalnem. Albowiem, mówiąc o znanej definicji prawa, danej przez Celsusa,⁵⁵⁾ wspomina on o *ius naturale* jako o prawie zawsze dobrem i sprawiedliwym, a zatem jako o prawie idealnem.

Paul. D 1, 1, 11 Ius pluribus modis divitur: uno modo, cum id quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est *ius na-*

⁵¹⁾ Zob. poniżej Nr. III.

⁵²⁾ Zob. A. Pernice, *Labeo* II, 1 (1895) str. 171 uw. 1 II, 2 (1900) str. 215, 2; F. Senn, *De la justice*, j. w., str. 45 uw. 1 w drugiej połowie.

⁵³⁾ S. Perozzi, *Istituzioni di diritto romano* (2 wyd., Roma, Athenaeum, piazza Montecitorio 127, 1928) str. 92 w uw. 2 u góry, słusznie przyjmuje, że Tryfon mówił: si tantum gentium ius intuemur, a dopiero Justynian dodał: „naturale et” gentium.

⁵⁴⁾ To uznaje również Ed. Cuq, *Manuel*, 2 wyd., j. w., str. 12 do uw. 5, mówiąc o podstawie zasady, wymienionej przez Paul. D. 48, 20, 7 pr. (poniżej str. 25).

⁵⁵⁾ Ulp. D 1, 1, 1, pr. ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi. Porówn. F. Senn, *De la justice*, j. w., str. 33, 34, a o etymologii wrazu *ius* str. 25 uw. 1.

turale. Altero modo, quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est, ut est ius civile.

Zaś prawnik Ulpian (początek III wieku po Chr.) wywodzi z prawa naturalnego zasadę prawną, że wszyscy ludzie są równi, jak to prawnicy klasyczni wogóle często podnoszą.

Ulp. D 50, 17, 32 quod ad *ius naturale* attinet, omnes homines aequales sunt.

Także zasadę o *obronie koniecznej* (zob. poniżej Nr. III). Ulpian wywodzi z prawa zgodnego z naturą.

Ulpian D 46, 16, 1, 27 idque ius natura comparatur.

podczas gdy Gaius (początek II wieku po Chr.) tę zasadę był wywodził z natury rzeczy stosunków pomiędzy stronami w życiu społecznem ludzi.

Gaius D 9, 2, 4 adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere.

Widzimy zatem, że *prawnicy klasyczni od koncepcji o naturze rzeczy danych stosunków poszczególnych pomiędzy stronami doszli*, pod wpływem filozofji greckiej, *do koncepcji o prawie naturalnem*, na razie tylko jako koncepcji filizoficznej, w dalszym rozwoju zaś już o koncepcji prawnej, wywodząc niektóre zasady prawne bezpośrednio z prawa naturalnego, jako prawa idealnego.

Możnaby przypuścić, że już u Ulpiana *ius gentium*, — wyrosłe u wszystkich narodów z natury rzeczy (*rerum natura*) stosunków pomiędzy stronami, a zatem z *ratio naturalis*, opierającej się na tej naturze rzeczy — *identyczne* jest z prawem naturalnem (*ius naturale*), jako z tem prawem, które wspólne jest (*ius commune*) wszystkim narodom.

Ulp. D 1, 1, 6 pr. Ius civile est, quod neque in totum a naturali vel gentium recedit nec per omnia ei servit: itaque cum aliquid addimus vel detrahimus iuri communi, ius proprium, id est civile, effcimus.

Co prawda, możnaby określenie „*naturali vel gentium*“ zrozumieć w znaczeniu rozdzielnem, a mianowicie, że *ius civile* różni się tak od *ius naturale*, jak od *ius gentium*. Mielibyśmy więc również tutaj *trychotomję*, przytoczoną u Ulp. D 1, 1, 1, 2 nak. Ale to jest niedopuszczalne ze względu na to, że w dalszym ciągu Ulpian mówi *ei servit i iuri communi*. Według brzmie-

nia tekstu pojęcie *ius naturale* stanowi zatem jedność z pojęciem *ius gentium*.

Biorąc więc tekst Ulpiana (D 1, 1, 6 pr.) dosłownie, należałoby powiedzieć, że u Ulpiana, w istocie, pojęcie *ius gentium* już jest identyczne z pojęciem *ius naturale*. Sądzę jednakże, że tekst jest interpolowany, i że Ulpian mówił tylko o *ius gentium*.⁵⁶⁾ Albowiem prawnicy klasyczni nazywają wprawdzie *ius gentium* prawem powszechnem (*ius commune*), ale nie mówią tego o *ius naturale*:

G 1, 1 quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id — vocaturque *ius gentium* — populus itaque Romanus — partim communi omnium hominum utitur, rel.⁵⁷⁾

Przeciwnie, prawnicy klasyczni nawet podkreślają, że *ius gentium* różni się od *ius naturale*.⁵⁸⁾

Dopiero Justinian dąży do jednolitości prawa, utożsamia ius naturale i ius gentium,⁵⁹⁾ oraz także prawu naturalnemu nadaje charakter prawa powszechnego (*ius commune*: J 1, 2, 11, poniżej Nr. III).

Natomiast prawnik Marcjan (na początku III wieku po Chr.) idzie już bardzo za idejami filozofji greckiej, zwłaszcza filozofa Chryzypa, z końca III wieku przed Chr., wybitnego stoika, i stara się ideje filozofji greckiej wprowadzić do prawa rzymskiego pozytywnego.⁶⁰⁾ Przedewszystkiem usiłuje Marcjan wprowadzić z prawa naturalnego pojęcie rzeczy wszystkim wspólnych (*res communes omnium*).⁶¹⁾

Marcjan lib. 3 Instit. D 1, 8, 2,⁶²⁾ Quaedam naturali iure communia sunt omnium—. Et quidem naturali iure omnium communia sunt illa: aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris.

⁵⁶⁾ Tęgo samego zdania jest S. Perozzi, *Istituzioni* (2 wyd. 1928) I str. 92 uw. 2.

⁵⁷⁾ Porówn Ulp. D 1, 1, 1, 4 (poniżej str. 39) i Ed. Cuq. Manuel 2 j. w., str. 13, uw. 1.

⁵⁸⁾ Zob. poniżej Nr. III.

⁵⁹⁾ Zob. poniżej Nr. III.

⁶⁰⁾ Zob. Marcjan D 1, 3, 2 (poniżej str. 26). Porówn F. Senn, *De la justice*, j. w., str. 60 uw. 6, str. 62 uw. 1.

⁶¹⁾ Porówn. A. Pernice, *Die sog. res omnium communes* (Festgabe für H. Dernburg 1900), odbitka str. 3. n.

⁶²⁾ W treści, częściowo, przyjętej przez Justiniana pr. § 1 I 2, 1. Porówn A. Pernice, j. w., str. 5 uw. 9, str. 6 uw. 10.

Marcjan zatem czyni prawo naturalne już źródłem prawa, kiedy Celsus⁶³⁾ (z II wieku po Chr.) tej koncepcji jeszcze nie zna.⁶⁴⁾

Prawnik Modestinus (połowa III wieku po Chr.) nie wymienia prawa naturalnego pomiędzy źródłami prawa.

Mod. D 1, 3, 40 Ergo omne ius aut consensus fecit aut necessitas constituit aut firmavit consuetudo.

On mówi o ius naturale zwłaszcza w materji pokrewieństwa (cognatio). Według niego stosunkiem naturalnym pomiędzy stronami jest stosunek, na którego ukształtowanie nie miało wpływu prawo pozytywne.⁶⁵⁾

Tak pojmuje Modestinus synów domowych:

Mod. D 1, 7, 1 pr. Filios familias non solum natura, verum et adoptiones faciunt.

Syn domowy jest zrodzony z małżeństwa; prawo pozytywne nie ma żadnego wpływu na to urodzenie. Natomiast kto staje się synem domowym przez adopcję, zawdzięcza to stanowisko wyłącznie przepisom prawa pozytywnego o adopcji.

To szeroko tłumaczy jeszcze

Mod. D 38, 10, 4, 2 Cognationis substantia bifariam apud Romanos intellegitur: nam quaedam cognationes iure civili, quaedam naturali conectuntur, nonnumquam utroque iure concurrente et naturali et civili copulatur cognatio. et quidem naturalis cognatio per se sine civili cognatione intellegitur quae per feminas descendit, quae volgo liberos peperit. Civilis autem per se, quae etiam legitima dicitur, sine iure naturali cognatio consistit per adoptionem. utroque iure consistit cognatio. cum

⁶³⁾ D 43, 8, 3, 1.

⁶⁴⁾ Zob. L. Debray, *Les doctrines de Celsus sur les res communes omnium et la composition du livre 39 de ses Digesta*. w *Annuario dello Istituto di storia del diritto romano vol. XV|XVI (R. Università di Catania 1925)*, str. 187 n. Porówn. A. Pernice, j. w. str. 19 n.

⁶⁵⁾ O. Gradenwitz, *Natur und Sklave*, j. w., słusznie zaznacza, że *cognatio* oznacza pokrewieństwo fizyczne. Analogję mamy w *possessio naturalis*, która przedstawia fizyczne dzierżenie. Zob. S. Riccobono, *Zur Terminologie der Besitzverhältnisse*, w *Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Romanistische Abteilung*, t. 31, (1910) str. 325, 326 (*possessio naturalis*). O *obligatio naturalis* zob. S. Perozzi, *Interpretazione di Gaio III 119 a* w *Studi in onore di P. Bonfante* (Pavia, 1929) Vol. I, odb. str. 1 n. Porówn. także G 3, 194 o *furtum natura manifestum*, a o wyrazie *natura* wogóle Ed. Cuq, *Manuel* (2 wyd. j. w.) str. 13 do uw. 4 i 8.

iuſtis nuptiis contractis copulatur. ſed naturalis quidem cog-
natio hoc ipſo nomine appellatur. civilis autem cognatio licet ipſa
quoque per ſe pleniffime hoc nomine vocetur, proprie tamen
adgnatio vocatur, videlicet quae per mares contingit.

B. Zaznaczyć jednakże należy, że prawnicy rzymscy okre-
su klasycznego tylko z *pewnem wahaniem się ogłaszają jakąś*
zasadę prawną za zasadę prawa naturalnego.

Wyprowadzając zasadę prawną z natury rzeczy (*rerum*
natura) danych poſzczególnych ſtoſunków pomiędzy ſtronami,
prawnicy zadawalniają się ſtwierdzeniem tego ſposobu uſtalenia
zasady prawnej.

Czasami zaznaczają oni, że zasada uſtalona przedſtawia
prawo naturalne (*ius naturale*).

Aby jednakże uzyskać ten charakter prawa naturalnego,
czasami uſtalona zasada prawna przechodzi różne okresy uza-
sadnienia.⁶⁶⁾ Nie mamy doſyć materiałów, aby wykazać to
w licznych przypadkach. Ale w niektórych przypadkach ta ewo-
lucja charakteru danej zasady prawnej przedſtawia się doſyć
wyraźnie.

Wskażę np. na ewolucję charakteru, jaki przypisywali
prawnicy rzymscy *zasadzie o obronie koniecznej*.⁶⁷⁾

Bardzo wyraźnie przedſtawia się ewolucja, dotycząca zasa-
dy o *zwrocie bezpodſtawnego wzbogacenia drogą kondykcji*
(*condictio*).

Dawni prawnicy (*veteres*) i prawnicy z pierwszej połowy
okresu klasycznego tłumaczą podſtawę prawną dla *condictio*
*nieuſłusznym celem (iniusta causa)*⁶⁸⁾ *wzbogacenia*:

Ulp. D 12, 5, 6 Perpetuo *Sabinus* probavit veterum opinio-
nem exiſtimantium id, quod ex iniusta causa apud aliquem ſit,
poſſe condici: in qua ſententia etiam *Celsus* eſt.

Gaius D 24, 1, 6 quia quod ex non conſeſſa donatione reti-
netur, id aut ſine causa aut ex iniusta causa retineri intellegitur:
ex quibus cauſis condictio naſci ſolet.

Ulp. D 12, 7, 2 nak. niſi forte quaſi ſine causa datum ſic pu-
tamus condici poſſe; rel.

⁶⁶⁾ Porówn. poniżej ſtr. 51 n.

⁶⁷⁾ Zob. poniżej Nr. III.

⁶⁸⁾ Porówn. głębokie wywody w dziele *Ed. Cuj, Manuel²*, j. w., Notes
complementaires ſtr. 919, 920

W innym miejscu *Celsus* odwołuje się już do słuszności, która domaga się, aby zwrócone było, co komu doszło bez uzasadnionego celu:

Cels. D. 12, 1, 32 Sed quia pecunia mea [quae] ad te peruenit (choć nie doszło do prawidłowej pożyczki), eam mihi a te reddi bonum et aequum est.⁶⁹⁾

Pomponius upatruje podstawę dla *condictio* już w *naturalnej słuszności*:

Pomp. D 12, 6, 14 Nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletioem.

Pomp. D 50, 17, 206 Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletioem.

Może jednakże w ostatnim fragmencie wyrazy „Iure naturae” są interpolowane. Justynian umieścił sentencję *Pomponiusza* w *Dygestach* w rozdziale o zasadach ogólnych prawa (D 50, 17 de diversis regulis iuris antiqui) i pragnął ją dostosować do swej koncepcji prawa naturalnego (poniżej str. 26 n.). Z tych samych powodów może również w fragmencie D 12, 6, 14 wyraz „natura” jest interpolowany. Prawnicy klasyczni mówią o *aequum*, o *bonum et aequum*, ale nie o „*natura aequum*“.⁷⁰⁾

Papinian wywodzi kondykcję z *aequitas*:

Pap. D 12, 6, 66 Haec condictio ex bono et aequo introducta, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit.

— *Prawnik Paulus* uważa za „naturalne” żądanie zwrotu zapłaty nienależnej (*indebitum*).

Paul. D 12, 6, 15 pr. *Indebiti soluti condictio naturalis est rel.*

Również *Marcjan* ogłasza kondykcję za instytucję *iuris gentium*, które wszakże *Marcjan* uważał za identyczne z prawem *naturalnem*⁷¹⁾

Marcian lib. III regularum D 25. 2, 25. nam iure gentium condici posse res ab his, qui non ex iusta causa possident.

W uznaniu kondykcji za instytucję *iuris gentium* leży już

⁶⁹⁾ Porówn. *A. Pernice, Labeo* III (1892), str. 218.

⁷⁰⁾ Pragnę przytoczyć tylko terminologję w Instytucjach Gaja: *aequum*: 1, 190; 3, 7; 3, 149; 4, 89; *ex bono et aequo*: 3, 137; *aequissimum*: 4, 71; wyraz *aequitas* wcale nie zachodzi, natomiast znajduje się wyrażenie *iuris iniquitas*: 3, 41.

⁷¹⁾ Porówn. *Marcian*. D 1, 8, 2 (powyżej str. 21)

ogromny postęp; albowiem *condictio* pochodzi z prawa obywatelskiego (*ius civile*); może jednakże wyrazy „*iure gentium*” są interpolowane, jak przypuszcza p. S. Perozzi (*Istituzioni*, 2 wyd., 1928, I str. 98 uw. 1).

C. Sądząc, że odzwierciedlania prawa naturalnego odbijają się w naszej umysłowości (powyżej str. 14 n.), prawnicy klasyczni pod wpływem filozofji hellenistycznej, doszli do koncepcji, że nasza umysłowość jako taka, przedstawia „prawo naturalne”; nasza *ratio*⁷²⁾ jest częścią rozumu powszechnego⁷³⁾ (*communis ratio*),⁷⁴⁾ który rządzi światem, a więc także życiem społecznym ludzi.⁷⁵⁾

Z tego „rozumu powszechnego”, z tego „prawa naturalnego” (*ius naturale*), odwiecznego i niezmiennego,⁷⁶⁾ wywodzą się przepisy prawa ludzkiego, które rządzą życiem społecznym ludzkim.⁷⁷⁾

Może taka koncepcja znajduje się już u Pap. D 38, 6, 7, 1 *parentes ad bona liberorum ratio miseracionis admittit, liberos [sc. admittit ratio] naturae, simul et parentium commune votum.*⁷⁸⁾

Paul. liber sing. de portionibus, quae liberis damnatorum conceduntur D 48, 20, 7 pr. *Cum ratio naturalis quasi lex quaedam tacita liberis parentium hereditatem addiceret rel.*

⁷²⁾ Zob. F. Senn, *De la justice*, j. w., str. 21 do uw. 1. Porówn. Ed. Cuq, *Manuel*², j. w., str. 13 do uw. 3.

⁷³⁾ Zob. F. Senn, j. w., str. 21 do uw. 1, str. 59 n. Porówn. Marcian D 1, 3, 2 i A. Pernice, *Die sog. res communes*, j. w., str. 9 do uw. 19 i 20

⁷⁴⁾ Theophilo tributa Paraphrasis ad J. 1, 1, 1, (w tłumaczeniu łacińskim podanem w wydaniu Parafrazy przez Ferrini'ego, Berlin 1884, str. 7 wiersz 17 n: *quaecumque autem naturalis seu communis ratio inter omnes homines introduxit, ea — ius gentium appellatur* (porówn. poniżej Nr. III).

⁷⁵⁾ Zob. F. Senn, *De la justice*, j. w., str. 64 do uw. 1, str. 75 do uw. 2. Porówn. E. Weiss, *Griechisches Privatrecht* I (1923) str. 17 n

⁷⁶⁾ J 1, 2, 11 *Sed naturalia quidem iura — semper firma atque immutabilia permanent*: rel. Theophilo trib. Paraphrasis, j. w. ad J. 1, 2, 11 (Ferrini str. 17, w. 15 n.): *iura gentium — divina quadam providentia constituta, unde firma et immutabilia sunt.*

⁷⁷⁾ Zob. F. Senn, *De la justice*, j. w., str. 64 do uw. 2, str. 65 do uw. 1. Ed. Cuq, *Manuel*², j. w., str. 12 do uw. 5.

⁷⁸⁾ Porówn. Pap. D 5, 2, 15 pr.

Paulus pragnie uzasadnić zasadę prawną, że dzieci skazańców są powołane do spadkobrania po swych rodzicach. Prawnik zwraca uwagę na to, że nawet według prawa obywatelskiego (*ius civile*) dzieci skazańców mogą mieć z swej strony dziedziców. Z tego, co prawda, jeszcze nie wynika, aby oni sami powołani byli do spadku po swych rodzicach. Z „natury rzeczy” zatem nie wolno jeszcze wyprowadzić zasady prawnej, korzystnej dla dzieci skazańców. Określenie „*ratio naturalis*” nie może więc w tym przypadku wskazywać na „naturę rzeczy” danego stosunku, w zrozumieniu tego określenia przez prawników klasycznych (zob. powyżej). Nie znajdując więc uzasadnienia dla swej tezy ani w prawie obywatelskiem (*ius civile*), ani w „naturze rzeczy” danego stosunku, Paulus odwołuje się do *ratio naturalis*, w znaczeniu jakiejś „domniemanej ustawy” (*lex quaedam tacita*), i do słuszności (*aequissimum aestimatum est*).⁷⁹⁾

„Rozum powszechny”, *ratio* w tym znaczeniu, objawia się w „powszechnej woli”, w milczącej umowie ludzi. Albowiem prawo jest rzeczą ludzką, ustanowioną przez ludzi dla ludzi.⁸⁰⁾

Marcjan D 1, 3, 2, (w tłumaczeniu łacińskim) *Nam et Demosthenes orator sic definit: Haec lex est, cui omnes homines convenit obtemperare cum propter alia pleraque tum maxime, quod omnis lex est inventio et donum dei* (w tem już zachodzi różnica w porównaniu do Hermog. D 1, 5, 2. powyżej uw. 42), *placitum vero sapientium hominum — civitatis autem pactum commune, secundum quod convenit vivere quicumque in ea sunt.*

Marcjan dodaje jeszcze definicję Chryzypa, która opiewa w tłumaczeniu łacińskim: *Lex est omnium regina rerum divinerum humanarumque — indeque normam esse iusti et iniusti rel.* (porówn. scholję do Bas. 2. 1, 14).

D. Jednakże, zdaje się, że dopiero Justynian⁸¹⁾ podjął się przeprowadzenia w całości koncepcji prawa naturalnego.

⁷⁹⁾ Stanowiskiem prawnym dzieci skazańców zajmowali się także mówcy greccy. Zob. G. Castelli, *Intorno a una fonte greca del fr. 1 § 3 D 1, 1 w Studi in onore di Silvio Perozzi* (Palermo, G. Castiglia, 1925) str. 55, 56.

⁸⁰⁾ Hermog. D 1, 5, 2 *Hominum causa omne ius constitutum est, rel.* Porówn. powyżej uw. 42.

⁸¹⁾ Jest zasługą p. Silvio Perozzi, *Istituzioni di diritto romano*, 1 (Florencja, 1906) str. 66 uw. 1, (2 wyd., Rzym, Athenaeum, 1928^o, str. 91 uw. 2), że pierwszy zwrócił uwagę na rolę Justyniana w tem zagadnieniu.

Aby wykazać stanowisko Justyniana, biorę Instytucje Justyniańskie za podstawę mych wywodów.

Justynian idzie za dawniejszą koncepcją, iż prawem naturalnem (*ius naturale*) jest to prawo, które natura nauczyła wszystkie istoty żyjące (ludzi i zwierzęta).⁸²⁾

J 1, 2 pr. *Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit, nam ius istud non humani generis proprium est, sed omnium animalium, rel.*

Wobec tego, że prawo naturalne obejmuje wszystkie istoty żyjące (ludzi i zwierzęta), jedna część tego prawa naturalnego dotyczyć musi ludzi.⁸³⁾ Tem tłumaczy się, że Justynian (J 1, 2 pr.) nie wraca już do ogólnego pojęcia prawa naturalnego, lecz przechodzi bezpośrednio do prawa obywatelskiego (*ius civile*, J 1, 2 pr.).

Wypada jednakże zwrócić uwagę na to, że Justynian nie mówi o *ius civile* w znaczeniu *ius proprium civium Romanorum*, lecz w znaczeniu prawa „prywatnego“ (*ius privatum*), o którym był wspomnian na końcu rozdziału poprzedniego (J 1, 1, 4).⁸⁴⁾

Justynian *ujmuje prawo prywatne jako jedność, nazywając je ius civile* i nie odróżniając prawa obywatelskiego i prawa pretorskiego. Tem tłumaczy się, że Justynian *utożsamia pojęcia ius civile i ius gentium*.⁸⁵⁾

J 1, 2, 1 *Ius autem civile vel gentium rel.*

Można zrozumieć tę koncepcję. Ponieważ, według Justyniana, *ius gentium* jest *ius commune omnium hominum*,⁸⁶⁾ *ius civile* stanowi część *iuris gentium*.⁸⁷⁾

⁸²⁾ Porówn. powyżej str. 14 n.

⁸³⁾ Porówn. powyżej uw. 42.

⁸⁴⁾ *dicendum est igitur de iure privato.*

⁸⁵⁾ Prawnicy klasyczni, przeciwnie, podkreślają, że *ius civile* bynajmniej nie jest tem samem, co *ius gentium*, chociaż oba prawa mogą mieć niektóre równe zasady prawne: G 1, 83 *Animadvertere tamen debemus, ne iuris gentium regulam vel lex aliqua vel quod legis vicem optinet, aliquo casu commutaverit.*

⁸⁶⁾ G 1, 1 nak. (powyżej str. 21). To samo w *Theoph. trib. Paraphrasis ad J 1, 1, 2* (w tłumaczeniu łacińskiem Ferrini'ego, str. 8 w. 9n): *ius autem gentium humano generi commune est; rel. Porówn. E. Senn, De la justice, j. w., str 77 do uw. 3, str. 78 do uwag 1 i 2.*

⁸⁷⁾ Myśl ta ogłoszona jest, jako życzenie, już u Cycerona, *De off. 3 17, 69 quod civile, non continuo gentium, quod autem gentium, idem civile esse debet*

Zdaje się, że Justynian kierował się myślą, którą spotykamy już na końcu okresu klasycznego, a mianowicie, że prawem jest to, co jest sprawiedliwe⁸⁸⁾ i co obowiązywać powinno u wszystkich narodów.⁸⁹⁾

Mimo to, Justynian zdaje sobie sprawę z tego, że owo *ius civile vel gentium* wyrosło z różnych korzeni. Z tego powodu, nie porzucając swej koncepcji o jedności prawa, dzieli on to jednolite prawo na dwie części, na *ius civile* w znaczeniu ściślejszem, i na *ius gentium*.

J 1, 2, 1 *Ius autem civile vel gentium ita dividitur: — et populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utitur.*

Wspólnem źródłem tego prawa jednolitego, dzielącego się na *ius civile* i *ius gentium*, jest prawo naturalne (*ius naturale*), o którym Justynian był mówił poprzednio (J 1, 2 pr.).

Stąd pochodzi, że Justynian z jednej strony utożsamia *ius gentium* i *ius civile* (J 1, 2, 1 *Ius autem civile vel gentium*), z drugiej strony utożsamia on *ius gentium* i *ius naturale*.

J 2, 1, 11 *iure naturali, quod, sicut diximus, appellatur ius gentium, rel.*

J 2, 1, 41 *iure gentium, id est iure naturali, rel.*

Prawo naturalne (*ius naturale*) jest zatem, według Justyniana, *najwyższym źródłem prawa*, z którego wywodzą się *ius gentium* i *ius civile*, inaczej: *ius gentium* i *ius civile* są objęte przez *ius naturale*, stanowią jego części.⁹⁰⁾

Że Justynian pojmuje prawo naturalne, jako najwyższe źródło prawa, wynika z jego zdania, według którego *ius naturale*, identyczne z *ius gentium*, jest dawniejsze od *ius civile*.

J 2, 1, 11 *quarundam enim rerum dominium nanciscitur iure naturali, quod, sicut diximus, appellatur ius gentium, quarundum iure civili. commodius est itaque avetustiore iure incipere. Palam est autem vetustius esse naturale ius, quod cum ipso genere humano rerum natura prodidit: civilia enim iura tunc coeperunt*

⁸⁸⁾ Paul. D 1, 1, 11 (powyżej str. 19).

⁸⁹⁾ Porówn. F. Senn, *Dela justice*, j. w., str. 77 do uw. 3, str. 78 do uw. 1 i 2.

⁹⁰⁾ Trafnie mówi p. F. Senn, *De la justice*, j. w., str. 80 n. o „hierarchji“ w źródłach prawa

esse, cum et civitates condi et magistratus creari et leges scribi coeperunt. ⁹¹⁾

Stąd Justynian wywodzi z prawa naturalnego nabycie własności przez wręczenie.

J 2, 1, 40 Per traditionem quoque iure naturali res nobis adquiruntur: nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transfere ratam haberi. ⁹²⁾

W ten sposób *dochodzi Justynian do trychotomji*, że jednolite prawo prywatne składa się: 1) z nakazów naturalnych, które stanowią najwyższe źródło prawa i obowiązują we wszystkich innych częściach prawa (ius gentium i ius civile), 2) z nakazów iuris gentium, które obowiązują wszystkich ludzi (J, 1, 2, 1 nak. communi omnium hominum iure), 3) z nakazów prawa obywatelskiego (ius civile), które obowiązuje tylko naród rzymski (J 1, 2, 1 nak. populus itaque Romanus partim suo proprio — iure utitur).

J 1, 1, 4. Justynian był poprzednio (§ 3) mówił o prawie (ius), przytaczając sentencję Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere i t. d., poczem mówi o podziale nauki prawa na naukę prawa publicznego i na naukę prawa prywatnego, i kończy: dicendum est igitur de iure privato, quod est tripartitum: collectum est etenim ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus.

Trychotomja u

Ulp. D 1, 1, 1, 2 nak. privatum ius tripartitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus.

⁹¹⁾ Gaius D 41, 1, 1 pr. mówi o sposobach nabycia własności w formach iuris gentium. Justynian w swej kodyfikacji zostawił to zdanie, ponieważ według niego ius gentium jest identyczne z prawem naturalnym, i dodał tylko w zakończeniu tego fragmentu: et quia antiquius ius gentium rel. (identyczne z prawem naturalnym, które Justynian uważa za dawniejsze źródło prawa). Interpolacja tego zakończenia jest powszechnie przyjęta. O G 2, 65 zob. powyżej str. 17.

⁹²⁾ Stąd Justynian nie zmienił nic w fragmencie D 41, 1, 9, 3 Hae quoque res, quae traditione nostrae fiunt, iure gentium nobis adquiruntur: rel. Zakończenie jest interpolowane, zgodnie z J. 2, 1, 40. O G 2, 66 zob. powyżej str. 17.

jest więc zgodna z koncepcją podstawową Justyniana, wypowiedzianą w J 1, 1, 4, mimo, że Ulpian nie znał jeszcze koncepcji podstawowej o prawie naturalnem, jaką spotykamy u Justyniana.⁹³⁾

Jest więc rzeczą najzupełniej uzasadnioną, jeżeli przyjmuje się *interpolację*⁹⁴⁾ trychotomji w D 1, 1, 1, 2 nak. Za interpolacją przemawia, że prawnicy klasyczni, mówiąc o *ius naturale*, *ius gentium* i *ius civile*, nie pojmują tych trzech rodzajów prawa, jako jedności; przeciwnie, oni rozróżniają te trzy rodzaje prawa i podnoszą, że o prawie mówić można albo w znaczeniu *ius naturale*, albo w znaczeniu *ius civile*, albo w znaczeniu *ius gentium*.⁹⁵⁾ Kiedy Ulpian mówi o *iuris praecepta*,⁹⁶⁾ ma on na myśli ideę podstawową prawa, o której był wspominał poprzednio.⁹⁷⁾ Tryfon⁹⁸⁾ wspomina wprawdzie o *praecepta civilia* i o *praecepta praetoria*, ale jako o nakazach, wypływających z różnych rodzajów prawa. Określenie u Ulpiana (D 1, 1, 1, 2 nak): *ius collectum — ex praeceptis*, przedstawia figurę *ἄπαξ λεγόμενον* w Dygestach Justyniana i zachodzi tylko w tem miejscu,⁹⁹⁾ skąd przeszło do Instytucji Justyniana (J 1, 1, 4 nak).

Z drugiej strony Justynian zdawał sobie sprawę z tego, że przeprowadzenie jego koncepcji nie jest łatwe, zważywszy, że *nakazy prawa obywatelskiego (ius civile) i iuris gentium nie są zawsze zgodne z nakazami prawa naturalnego*.

⁹³⁾ Zob. powyżej str. 7.

⁹⁴⁾ Jako pierwszy zwrócił uwagę na interpolację p. *S. Perozzi, Istituzioni di diritto romano* I (1906) str. 66 uw. 1, w drugim wydaniu (Roma, Athenaeum 1928) str. 92 uw. 1. Porówn. *F. Senn, De la justice*, j. w., str. 66 uw. 1, str. 69 uw. 2. Żałuję, że nie mogłem otrzymać rozprawy p. *C. Longo, Note critiche a proposito della Tricotomia, Ius naturale, gentium, civile*, ogłoszonej w *Rend. del R. Ist. Lomb. di Scienze e Lettere*, Ser. II, Vol. XL (Milano 1907) str. 632 — 640. Porówn. *S. Perozzi, Istituzioni*, 2 wyd., j. w., str. 93 uw. 2.

⁹⁵⁾ G. 1, 1; D 1, 1, 11 (powyżej str. 19, 21).

⁹⁶⁾ D1, 1, 10, 1 (przyjęte przez Justyniana J 1, 2, 3).

⁹⁷⁾ D 1, 1, 10 pr. Porówn. *F. Senn, De la justice*, j. w., str. 41 n.

⁹⁸⁾ D 16, 3, 31 pr. Fragment ten uległ znacznym *interpolacjom*. Zob. powyżej str. 25.

⁹⁹⁾ Zob. *Vocabularium iurisprudentiae romanae*, t I (Berolini 1903) str. 804 w. 25 n.

J. 1, 2, 11 Sed *naturalia* quidem *iura*, quae apud omnes gentes peraeque servantur, divina quadam providentia constituta *semper firma atque immutabilia permanent*: ea vero quae ipsa sibi quaeque civitas const tuit, saepe mutari solent rel.¹⁰⁰).

Justynian przytacza przykład *niewolnictwa*, które wprowadzone zostało przez *ius gentium*, kiedy według prawa naturalnego wszyscy ludzie rodzą się wolnymi¹⁰¹).

J 1, 5 pr. quamdiu quis in servitute est, manui et potestati suppositus est, et manumissus liberatur potestate. quae res a iure gentium originem sumpsit utpote cum iure naturali omnes liberi nascerentur nec esset nota manumissio cum servitus esset incognita: ¹⁰²) sed posteaquam iure gentium servitus invasit, rel.

W celu *przewyciężenia tych trudności*, Justynian starał się wrócić do *metody prawników klasycznych*, którzy wywodzili zasadę prawną z natury rzeczy (*rerum natura*) danego poszczególnego stosunku pomiędzy stronami. Ale, kiedy *prawnicy klasyczni* stosowali tę metodę na podstawie *danego poszczególnego stosunku* pomiędzy stronami, *Justynian*, pod wpływem filozofji hellenistycznej i zapatrywań kilku prawników rzymskich z okresu poklasycznego,¹⁰³) głosi ideę, że natura rzeczy (*rerum natura*) pomiędzy stronami, pojęta w *całokształcie życia ludzkiego społecznego*, jako taka przedstawia prawo naturalne (*ius naturale*).

J 2, 1, 11 naturale *ius* quod cum ipso genere humano rerum natura prodidit: rel.

Idąc po tej linii, Justynian sądził, że mu nawet nie potrzeba licznych *interpolacyj*¹⁰⁴); wystarczyło podkreślenie koncepcji

¹⁰⁰) Porówn. tekst znamieny C 1, 17, 2, 18 (a 533).

¹⁰¹) Zob. poniżej str. 39.

¹⁰²) W tem zdaniu przebija myśl o *okresie złotym w dziejach ludzkości*, rozpowszechniona także u pisarzy rzymskich. Zob. A. Pernice, *Die sog. res communes*, j. w., str. 7 i 8.

¹⁰³) Zob. powyżej str. 14 n., str. 19.

¹⁰⁴) Czasami Justynian mówi o *ius naturale*, gdzie prawnik klasyczny pisze o *ratio naturalis* np. J 1, 20, 6 Impuberes — in tutela esse *naturali iuri* conveniens est rel, kiedy pisze Gaius 1, 189 inpuberes — in tutela esse— *naturali rationi* conveniens est rel.

Ulp. D 1, 5, 24 (Lex naturae haec est, ut qui nascitur sine legitimo matrimonio matrem sequatur, nisi lex specialis aliud inducit) pewnie rów-

podstawowej i pojmowanie w znaczeniu szerszym idei, jaką prawnicy klasyczni mieli o „naturze rzeczy“ (*rerum natura*) danych poszczególnych stosunków pomiędzy stronami¹⁰⁵), oraz o *ratio naturalis*¹⁰⁶).

W wyniku ostatecznym należy powiedzieć:

Prawnicy *klasyczni* stosują *metodę induktywną* i opierają się na naturze rzeczy (*rerum natura*) danych poszczególnych *stosunków* pomiędzy stronami, nazywając czasami „prawem naturalnym“¹⁰⁷) zasady prawne, wyprowadzone z tej „natury rzeczy“¹⁰⁸).

Należy jeszcze dodać, że *współcześni Justynianowi prawnicy* nie omieszkali zaznaczyć *trudności*, jakie przeciwstawiają się urzeczywistnieniu koncepcji podstawowej Justyniańskiej.

Tem *tłómaczy się*, że Parafraza, zwykle prawnikowi Teofilowi¹⁰⁹) przypisywania, o której wiemy, że często idzie za zdaniem Gajusa¹¹⁰), w jego Instytucjach głoszonem, i że w wyższym stopniu uwzględnia prawo klasyczne, niż to czyni kodyfikacja Justyniańska¹¹¹), że ta Parafraza podnosi kilka wątpliwości wobec koncepcji Justyniańskiej.

Nasamprzód Parafraza nie godzi się na ideę, jakoby *ius*

niez mówił o *ratio naturalis*, a nie o *Lex naturae*, które to wyrazy mechanicznie *interpolowano*, bo według Justyniana (J 1, 2, 11) prawo naturalne jest niezmiennie.

Może czasami Justynian pisał *ratio* zamiast *ratio iuris*, skreślając wyraz *iuris*, np. D 4, 1, 7, 1 ut et *ratio* et aequitas postulabit, rel.; D 35, 2, 32, 4 quae sententia et aequitatem et *rationem* magis habet rel., albowiem prawnicy klasyczni w związku z wyrazem aequitas mówią o *ratio iuris*, np. D 1 3, 25. W D 35, 2, 32, 4 także E. Seckel, *Handlexikon* (9 wyd. 1907) pod wyrazem *ratio* Nr. 5 przypuszcza interpelację. Pozatem prawnicy klasyczni mówią albo tylko o *aequitas* (D 47, 4, 1, 1), albo tylko o *ratio* (*naturalis*, *civilis* zob powyżej str. 35 n.), albo o *ratio aequitatis* (Paul Sent. 2, 1, 1).

¹⁰⁵) Zob. powyżej str. 5 n.

¹⁰⁶) Zob. powyżej str. 8 n.

¹⁰⁷) Zob. powyżej str. 14 n.

¹⁰⁸) Znamienny fragment jest Paul. D 48, 20, 7 pr. (powyżej str. 25).

¹⁰⁹) Wydana przez E. C. Ferrini'ego, *Institutionum graeca Paraphrasis Theophilo antecessori vulgo tributa*, I. II, Berolini, 1884. 1887.

¹¹⁰) Bezpośrednio, zob. E. C. Ferrini, w wydaniu Parafrazy, I, Prolog. str. XIII, lub za pośrednictwem scholiastów, zob. P. Collinet, *Histoire de l'école de Beyrouit* (Paris, Sirey, 1925) str. 195, 292, 297 Nr. II.

¹¹¹) Porówn. H. Peters, *Die Oströmischen Digestenkommentare* (1913) str. 49 uw. 137.

civile identyczne było z *ius gentium*, i że *ius civile* przedstawia prawo prywatne wogóle (powyżej str. 37).

Theoph. trib. Paraphr. ad J 1, 2, 2 (w tłumaczeniu łacińskim według Ferrini'ego str. 8 w. 5 n.) *quotiens autem quis indefinite ius civile* ¹¹³⁾ *dicit, non addens Atheniensium vel Lacedaemoniorum, romanum significat. Parafraza używa przytem określenia ius civile, jako terminu technicznego* ¹¹³⁾.

Dalej, Parafraza nie utożsamia określenia *ius gentium* z terminem *ius naturale*, podkreślając, że takie utożsamienie jest nieprawidłowe.

Theoph. trib. Paraphr. ad J 1, 2, 1 (w tłumaczeniu łacińskim według Ferrini'ego str. 6, w. 3 n.) *aut enim ius gentium constituit, quod per abusionem naturale vocamus rel.*

W innym miejscu Parafraza wyraźnie podkreśla, że niewolnictwo jest przeciwne naturze:

Theoph. trib. Paraphr. ad J. 1, 5 pr. (w tłumaczeniu łacińskim według Ferrini'ego str. 22, w. 1 n.) *quia natura servos non novit, servitus autem ex bellorum (musi być: legum* ¹¹⁴⁾ *inventioe introducta est.*

W następstwie zaś pierwszego, powyżej przytoczonego zdania, Parafraza tłumaczy, czem jest *ius gentium*.

Theoph. trib. Paraphr. ad J 1, 2, 1 (w tłumaczeniu łacińskim według Ferrini'ego str. 6, w. 5 n.) *Et quid est ius gentium? ius gentium est quod ad omnes homines qui ratione minimum vivere volunt, extenditur; exempla autem eius sunt homicidas interfici — adulterum puniri, furem pecunia multari — fieri contractus, venditiones emptiones locationes conductiones deposita societates mutua, fieri donationes, conscribi testamenta.*

Ponieważ zasady i instytucje powyższe przyjęte są przez wszystkie narody, które pragną żyć rozumnie, przedstawiają one *ius gentium*. Parafraza nie mówi, że te zasady obowiązują, ponieważ one są *ius gentium*, lecz przeciwnie, że one są *gentium*, ponieważ obowiązują u wszystkich narodów. Parafraza ma więc to samo pojmowanie o *ius gentium*, jakie mają o niem prawnicy klasyczni ¹¹⁵⁾, jednakże z różnicą pod jednym względem.

¹¹³⁾ Justynian omija termin *civile*, mówiąc tylko o *ius*: J 1, 2, 3 *sed quotiens non addimus, cuius sit civitatis nostrum ius significamus.*

¹¹⁴⁾ Tekst oryginalny mówi: *ἀλλὰ τούτων εἰρησθαι ἐκ τῆς τῶν νόμων ἐπινοίας*; ustawy są przeciwstawione naturze.

¹¹⁵⁾ Zob. poniżej str. 36 n.

Kiedy prawnicy klasyczni stwierdzają fakt, że natura rzeczy (*rerum natura*) danych stosunków poszczególnych pomiędzy stronami jest ta sama u wszystkich narodów, i że skutkiem tego również „obrachunek“ na podstawie tej natury rzeczy t. j. *ratio naturalis*, doprowadził do identycznych zasad prawnych, Parafraza wywodzi identyczność zasad prawnych z „rozumu powszechnego“, który rządzi światem, a zatem również życiem społecznym ludzkim.

Nie ustawy narodowe wprowadziły zasady prawne, identyczne u wszystkich narodów, ale „rozum powszechny“ wprowadził je, i z tego powodu te identyczne zasady prawne przestrzegane są u wszystkich narodów.

Theoph. trib. Paraphr. ad J 1, 2, 1 (w tłumaczeniu łacińskim według Ferrani'ego str. 7, w. 14 n.). *Omnis igitur populus — utitur legibus — partim quidem propriis, i. e. iure civili, partim vero communibus, i. e. iure gentium. nam quaecumque quaeque civitas sibi constituit et intra eam consistunt, vocantur ius civile; quaecumque autem naturalis seu communis ratio inter omnes homines introduxit, ea apud omnes homines custodiuntur et ius gentium appellantur*¹¹⁶⁾.

Mówiąc o *naturalis — ratio*, Parafraza pragnie zbliżyć się do zapatrywania *prawników klasycznych* (zob. powyżej str. 8 n.).

„*Rozum powszechny*“ zaś, o którym mówi Parafraza, jest emanacją rozumu indywidualnego ludzi; on jest znaleziony i ustanowiony przez rodzaj ludzki, aby zadosyćczynić wymaganiom ludzkim.

Theoph. trib. Paraphr. ad J 1, 2, 2 (w tłumaczeniu łacińskim według Ferrini'ego str. 8, w. 9 n.) *ius autem gentium omni humano generi commune est; nam usu exigente et humanis necessitatibus postulantibus, genus nostrum (ludzkość) plura sibi invenit, seu constituit. nam et bella orta sunt — atque servitutes introductae sunt, quae iuri naturali sunt contraria. natura enim omnes homines liberos gigni novit.*

¹¹⁶⁾ Tekst grecki mówi: „*Ἀπας ὄν δῆμος — κέχρηται νόμοις — πῆ μὲν ἰδίαις τούτέστι πολιτικοῖς, πῆ δὲ κοινοῖς τούτέστι iuris gentiois. ὅσα γὰρ νόμιμα ἐκάστη πόλις ἑαυτῇ συνεστήσατο καὶ μέχρις αὐτῆς ἴσταται ταῦτα δὲ καὶ iuriscivile προσαγορεύεται. ὅσα δὲ ὀφυσικὸς ἦτοι ἐθνικὸς νόμος μεταξὺ πάντων ἀνθρωπῶν ἐφεῆρε, ταῦτα παρὰ πᾶσιν ἔθνεσι φυλάττεται καὶ iurisgentia προσαγορεύεται.*

Z drugiej strony *Parafraza* zbliża się do koncepcji *Justyniana*, podnosząc że *iura gentium* są ustanowione przez Opatrzność Boską, a stąd są *odwieczne i niezienne*.

Theoph. trib. Paraphr. ad J 1, 2, 11 (w tłumaczeniu łacińskim według Ferrini'ego str. 17 §12, w. 15 n.) Sed *iura gentium* apud omnes populos peraeque custodiuntur divina quadam providentia constituta, unde firma et immutabilia sunt ¹¹⁷⁾.

Wreszcie *Parafraza* przyjmuje także *trychotomję* *Justyniańską*, wprowadzając nie w tej samej formie, według której prawo prywatne składa się z przepisów naturalnych, z przepisów *iuris gentium*, i z przepisów *iuris civilis* (powyżej str. 19), lecz w formie, która zbliża się więcej do poglądu prawników z końca okresu klasycznego.

Theoph. trib. Paraphr. ad. J 1, 2, 1 (w tłumaczeniu łacińskim według Ferrini'ego str. 5, w. 19 n.) Diximus in superioribus *iura* ¹¹⁸⁾ aut naturalia esse aut gentium aut civilia.

Theoph. trib. Paraphr. ad J 1, 2, 3 (w tłumaczeniu łacińskim według Ferrini'ego str. 8, w. 19 n.) Cum primum *legum* divisionem exposuerimus, quarum aliae sunt naturales aliae *iuris gentium*, aliae demum *iuris civilis* rel.

Widoczne jest, że toczyła się walka idej w otoczeniu cesarskiem ¹¹⁹⁾.

III. Wywody powyższe o znaczeniu pojęcia *ratio naturalis* pragnę uzupełnić kilku uwagami o *ius gentium*, t. zn. o pojęciu prawnym, które przechodziło ewolucję, analogiczną do ewolucji pojęcia *ratio naturalis*.

W całej starożytności zasadą podstawową było, że dla obywateli państwa obowiązywało jedynie prawo, przyjęte przez

¹¹⁷⁾ Porówn. J 1, 2, 11 Sed naturalia quidem iura, quae apud omnes gentes peraeque servantur, divina quadam providentia constituta, semper firma atque immutabilia permanent; rel.

¹¹⁸⁾ Tekst grecki mówi: οτι των νομων οι μὲν εἰσι φυσικοί, οι δὲ ἐθνικοί οι δὲ πολιτικοί.

¹¹⁹⁾ O poglądach scholiastów zob. ad Bas. II, 1, 1; II, 1, 2; II, 1, 10, i P. Collinet, *Histoire de l'école de droit de Beyrouth*, j. w., str. 186 n., str. 195 n., str. 294 n., oraz tego samego autora *Les preuves directes de l'influence de l'enseignement de Beyrouth sur la codification de Justinien*, Odb. z czasopisma „Byzantion”, t. II, fasc. 1, z r. 1926 (Liege 1927). Porówn. F. Ebrard, *Die Lehre von Rechtschulen u. Rechtsliteratur römischer Juristen im Lichte eines vorjustinianischen Digestentitels*, w *Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Rom. Abt.* 1925, str. 117 n.

państwo, do którego obywatele byli przynależni¹²⁰⁾. To prawo nazywało się u Rzymian *ius civile*. Aby ułatwiać stosunki obywateli rzymskich z obywatelami innych państw, prawnicy dopuszczali jeden wyjątek, a mianowicie, że instytucje i zasady prawne, uznane u innych narodów, obowiązują również obywateli rzymskich w swych stosunkach z temi krajami, jeżeli te instytucje lub zasady prawne są również uznane w Rzymie bądź na podstawie ustawy (np. zasada o obronie koniecznej, zob. poniżej str. 37), bądź na podstawie prawa zwyczajowego, bądź na podstawie interwencji pretora, bądź wreszcie na podstawie traktatu międzynarodowego.

A więc, w stosunkach międzynarodowych Rzymian szukać należy początków pojęcia *ius gentium*¹²¹⁾, ponieważ *ius gentium* prawnicy rzymscy klasycyści nazywali te instytucje i zasady prawne, które uznane były u wszystkich narodów i także u Rzymian.

To było uzasadnione tem bardziej, ponieważ stosunki społeczne u tych narodów były pod wielu względami identyczne¹²²⁾, skutkiem czego również instytucje i zasady prawne, ustalone *ratione naturalis*, t. zn. przez „obrachunek“, oparty na naturze rzeczy (*rerum natura*) danych stosunków poszczególnych pomiędzy stronami, miał formy identyczne.

Ale te instytucje i zasady prawne musiały u każdego narodu mieć swoje odrębne źródło formalne¹²³⁾ a skutek prawny identyczności tych instytucyj zasad prawnych był tylko ten, że te instytucje i zasady prawne obowiązywały także w stosunkach międzynarodowych Rzymian z obywatelami tych krajów.

Powyższe określenie pojęcia *ius gentium* znajduje wyraz w naszych pomnikach, jeżeli czytać je będziemy bez uprzedzenia.

G 1, 1 quod vero *naturalis ratio* inter omnes homines con-

¹²⁰⁾ Zob. M. Wlassak, *Römische Processgesetze* II (1891) str. 129 n.

¹²¹⁾ To podkreślają słusznie M. Wlassak, j. w., II str. 359, Ed. Cuq, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, (2-e wyd., Paris, Plon, 1928) str. 14 do uw. 1 — 6. Porówn. P. Bonfante, *Histoire du droit romain* I (Paris 1928) str. 242, 270, S. Perozzi, *Istituzioni di diritto romano* (2 wyd., Roma, Athenaeum 1928) I str. 92 n.

¹²²⁾ To podnosi słusznie P. Bonfante, *Istituzioni di diritto romano* (7-e wyd., Milano, Vallardi, 1921) str. 17.

¹²³⁾ To podkreśla słusznie M. Wlassak, j. w., II str. 132 n.

stituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur.

Tylko ta zasada prawna wchodzi do ius gentium, którą ratio naturalis wyraźnie ustaliła (constituit) u wszystkich narodów. Ius gentium nie jest źródłem prawa dla wszystkich narodów, lecz ius gentium przedstawia te zasady prawne, które u każdego narodu przez ten naród przyjęte zostały (custoditur), skutkiem czego wszystkie narody używają wprawdzie swego prawa (utuntur), ale to prawo jest identyczne z prawami innych narodów.

Stąd Gaius mówi konsekwentnie, że naród rzymski używa w części prawa, jemu wyłącznie właściwego, w części zaś prawa, które jest identyczne z prawami innych narodów.

Gaius D 41, 1, 1 pr. Quarundam rerum dominium nanciscimur iure gentium, quod ratione naturali inter omnes homines peraeque servatur, quarundam iure civili, id est iure proprio civitatis nostrae.

Wymieniają również prawnicy klasyczni różne instytucje prawne, które spotykamy u wszystkich narodów.

G 3, 154 societates — quae consensu contrahitur nudo, iuris gentium est; itaque inter omnes homines naturali ratione consistit.

Paul. D 19, 2, 1 Locatio et conductio cum naturalis sit et omnium gentium rel.

Obronę konieczną opierają prawnicy klasyczni na przepisie ustawy XII tablic (VIII, 13 si telo se defendit¹²³).

Gaius popiera takie stanowisko i dodaje, że obrona konieczna wynika też z obrachunku na podstawie natury rzeczy stosunków pomiędzy stronami (*ratione naturali*):

Gaius D 9, 2, 4 pr. nam adversus periculum naturalis ratio permittet se defendere.

Prawnik Paulus popiera to powołaniem się na to, że obrona konieczna jest uznana przez wszystkie ustawy i wszystkie prawa:

Paul. D 9, 2, 45, 4 vim enim vi defendere omnes leges omniaque iura permittunt.

Dopiero Ulpian sądzi, że sama natura stwarza obronę konieczną:

¹²³) Zob. A. Pernice, *Labeo* II, 1 (1895) str. 73 n.

Ulp. D 43, 16, 1, 27 Vim vi repellere licere Cassius scribit idque ius natura comparatur: rel.

Prawnicy klasyczni wyliczają szereg instytucyj i zasad prawnych, które uznane są przez wszystkie narody i stąd stanowią ius gentium, a mianowicie: niewolnictwo¹²⁵⁾, niewola dziecka, urodzonego z niewolnicy i mężczyzny wolnego¹²⁶⁾, władza ojcowska¹²⁷⁾, własność¹²⁸⁾, kupno sprzedaż¹²⁹⁾, najm¹³⁰⁾, spółka¹³¹⁾, pożyczka¹³²⁾, stipulatio¹³³⁾, pokwitowanie¹³⁴⁾, małżeństwo pomiędzy osobami bliskiego pokrewieństwa¹³⁵⁾, obrona konieczna¹³⁶⁾, nabycie własności przez okupanta rzeczy niczyjej¹³⁷⁾, nabycie własności przez zdobycie na wrogu¹³⁸⁾, nabycie przez przymulenie¹³⁹⁾, nabycie własności przez wręczenie¹⁴⁰⁾ i inne (zab. S. Perozzi, *Istituzioni*, 2-e wyd., str. 97 uw. 1).

Pod wpływem filozofji greckiej¹⁴¹⁾, prawnicy klasyczni dopuszczali myśl, że identyczność instytucyj i zasad prawnych u różnych narodów musi mieć głębszą przyczynę, i że tą przyczyną jest sama natura.

Jednakże prawnicy klasyczni nie stali na stanowisku, jakoby ius gentium jako takie, było źródłem prawa, obowiązującego wszystkie narody, będąc prawem naturalnem.

Przeciwnie, prawnicy klasyczni podkreślają, że ius gentium może różnić się od *ius naturale*, t. zn. od prawa, które wyprowa-

¹²⁵⁾ D 1, 5, 4, 1; D 12, 6, 64; D 1, 1, 4; D 50, 17; 32. Porówn. poniżej str. 39.

¹²⁶⁾ G 1, 82. Porówn. G 1, 88, 85

¹²⁷⁾ G 1, 52. Porówn. G 1, 55.

¹²⁸⁾ D 48, 19, 17, 1. Porówn. S. Perozzi, *Istituzioni*, j. w., I str. 102 uw. 1.

¹²⁹⁾ D 1, 1, 5; D 18, 1, 1, 2; D 19, 2, 1.

¹³⁰⁾ D 1, 1, 5; D 19, 2, 1.

¹³¹⁾ G 3, 154.

¹³²⁾ G 3, 132.

¹³³⁾ G 3, 93.

¹³⁴⁾ D 46, 4, 8, 4.

¹³⁵⁾ D 23, 2, 68.

¹³⁶⁾ D 9, 2, 45, 4. Porówn. D 9, 2, 4 pr.; D 43, 16, 1, 27

¹³⁷⁾ D 41, 1, 1 pr. fr. 3 pr.; D 18, 1, 51.

¹³⁸⁾ D 41, 1, 5, 7.

¹³⁹⁾ D 41, 1, 7, 1.

¹⁴⁰⁾ D 41, 1, 9, 3.

¹⁴¹⁾ Zob. powyżej str. 14 n

dzoną zostaje z natury rzeczy (*rerum natura*) danych stosunków poszczególnych pomiędzy ludźmi ¹⁴²⁾.

Nie chcę powołać się na Ulp. D 1, 1, 1, 4 ¹⁴³⁾, ponieważ w tym fragmencie mowa jest o *ius naturale* w znaczeniu szerszym, t. zn. w znaczeniu prawa naturalnego, które obejmuje wszystkie istoty żyjące (ludzi i zwierzęta), o czym Ulpian wspomniał w poprzedzającym § 3 ¹⁴⁴⁾.

Wystarczy przypomnieć, co prawnicy klasyczni mówią o *niewolnictwie*, o którym podnoszą, że jest instytucją *iuris gentium*, kiedy według prawa naturalnego wszyscy ludzie są wolni ¹⁴⁵⁾.

Florent. D 1, 5, 4, 1 *Servitus est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subicitur.*

Tryphon. D 12, 6, 64 *ut enim libertas naturali iure continetur et dominatio ex gentium iure introducta est, ita rel.*

Ulp. D 1, 1, 4 *quae res (sc. manumissio) a iure gentium originem sumpsit, utpote cum iure naturali omnes liberi nascerentur rel.*

Ulp. D 50, 17, 32 *quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt.*

Prawnik Tryfin, w osławionym fragmencie ¹⁴⁶⁾, stara się nawet usprawiedliwić, że czasami odrzuca się zasadę *iuris gentium*, idąc raczej za zasadą prawa pozytywnego.

¹⁴²⁾ Zdaje się, że nawet *Cyceron* nie utożsamiał *ius gentium* i *ius naturale*, ponieważ według dobrych rękopisów tekst w *Cic. de off.* 3, 25, 23 brzmi: *Neque vero hoc solum natura et (nie: id est) iure gentium, sed etiam legibus rel.* Zob. *M. Wlassak, Röm. Processges.* II str. 144 uw. 6.

¹⁴³⁾ *Ius gentium* — quod a naturali recedere facile intellegere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit.

¹⁴⁴⁾ Porówn. *F. Senn, De la justice*, j. w. str. 57/58, str. 78 do uw. 1 i 2. Słusznie p. *Senn*, str. 80 uw. 1 zaznacza, że niema podstawy dostatecznej do przyjęcia *interpolacji*.

¹⁴⁵⁾ W tem niema niekonsekwencji; przeciwnie jest to zupełnie konsekwentne wobec tego, że prawnicy klasyczni bynajmniej nie utożsamiają *ius gentium* i *ius naturale*. Niekonsekwencja nastąpiła dopiero za Justyniana, który utożsamiał oba pojęcia (*ius gentium* i *ius naturale*), a jednakowoż przyznał, że niewolnictwo jest instytucją *iuris gentium*, niezgodną z prawem naturalnym. Porówn. *S. Perozzi, Istituzioni*,² j. w., str. 100 uw. 3, który wszelako sądzi, że zasada o „naturalnej” wolności wszystkich ludzi pochodzi dopiero od prawników bizantyjskich, którzy w tej mierze ulegli wpływowi chrześcijaństwa.

¹⁴⁶⁾ Zob. powyżej str. 18 n.

Tryph. D 16, 3, 31 pr. (chodzi o rzecz deponowaną przez skazańca) *utrum aestimamus ad merum ius gentium an vero cum praeceptis civilibus et praetoris? — si tantum naturale et gentium ius intuemur, ei qui dedit restituenda sunt: si civile ius et legum ordinem, magis in publicum deferenda sunt: nam male meritus publice — etiam egestate laborare debet.*

Jednakże ku końcowi okresu klasycznego prawnicy już zbliżają do siebie *ius naturale i ius gentium*¹⁴⁷⁾. Albowiem oni czasami o danej zasadzie prawnej podkreślają, nie tylko że ona ustalona jest na podstawie natury rzeczy danego stosunku pomiędzy stronami, a zatem przedstawia *ius naturale*, lecz także, że ona przyjęta jest u wszystkich narodów.

Paul. D 19, 2, 1 *Locatio et conductio cum naturalis sit et omnium gentium rel.*

Paul. D 9, 2, 45, 4 *vi enim vi defendere omnes leges omniaque iura permittunt*¹⁴⁸⁾.

Nawet jeszcze przed Justynianem spotykamy już wyraźne utożsamienie pojęć *ius gentium i ius naturale*, chociaż ze względu na niepewność tego źródła nie bardzo ważące na szali¹⁴⁹⁾. Albowiem pisze

t. zw. *Dositheus*¹⁵⁰⁾ (*restitutionis specimen*) *omne enim ius aut civile appellatur aut naturale, naturale dicitur etiam ius gentium.*

Zaznaczyłem już powyżej¹⁵¹⁾, że zapatrywanie na pojęcie *ius gentium*, jakie spotykamy u prawników klasycznych, nie utrzymało się w okresie poklasycznym, a zwłaszcza u Justyniana, lecz uległo zmianie zasadniczej.

IV. *Zakończenie. Prawnicy klasyczni* pojmowali *ratio naturalis* jako *metodę ustalania zasad prawnych* na podstawie natury rzeczy (*rerum natura*) danych stosunków poszczególnych pomiędzy stronami. Czasami mówią oni, że zasady prawne, w powyższy sposób ustalone, przedstawiają *prawo naturalne*. Bardzo

¹⁴⁷⁾ Porówn. *Ed. Cuq, Manuel*, 2-e wyd., j. w., str. 14 uw. 3.

¹⁴⁸⁾ Porówn. powyżej str. 37 n.

¹⁴⁹⁾ Zob. *H. Krüger, Geschichte der Quellen des römischen Rechts* (2 wyd. 1912) str. 285 do uw. 53, i str. 286.

¹⁵⁰⁾ Wydanie *Seckel et Kuebler, Jurisprudentiae Antejustinianae* I (1908) str. 420.

¹⁵¹⁾ Zob. powyżej str. 38 n.

rzadko (Marcjan) wyprowadzają oni zasadę prawną bezpośrednio z prawa naturalnego, jako źródła prawa.

Natomiast *Justynian*, przeciwnie, uważa *prawo naturalne* za *najwyższe źródło prawa*, które panuje nad innymi źródłami, oraz jest *niezmienne* i *odwieczne*. Ale *Justynian* przyznaje, że prawo pozytywne nie zawsze jest zgodne z prawem naturalnym.

Pozatem, *Justynian* przedstawia już myśl, że *prawem jest ustawa*, i że ustawa jest jedynym źródłem prawa (Const. Deo auctore § 1 legum auctoritas, quae — omnem iniquitatem expellit), kiedy prawnicy klasyczni głosili definicję: *ius est ars boni et aequi*, i przyjmowali rozwój prawa przez swe własne siły „wewnętrzne“, wynikające z natury danych stosunków poszczególnych (*ratione naturali*).

Jednakże *Justynian* zdawał sobie sprawę z tego, że prawo rzymskie *okresu klasycznego* przedstawia nader cenny materiał. Tem pewnie tłumaczy się, że *Justynian* przejął do swej kodyfikacji (w *Dygestach*) dorobek prawników klasycznych, głosząc poniekąd, że ten dorobek jest ostatnim wyrazem prawa, który on pragnie ustalić na zawsze. Więc już *Justynian*, zdaje się, miał koncepcję, że prawo rzymskie klasyczne jest *ratio scripta*. Stąd uważał on, że zasady prawne, przez prawników klasycznych ustalone *ratione naturali*, t. j. na podstawie natury rzeczy danych przypadków poszczególnych, przedstawiają *prawo naturalne*, biorąc pojęcie *ratio naturalis* w znaczeniu „*Rozum powszechny*“, i utożsamiając pojęcia *ratio naturalis* i *ius naturale*.

Tą drogą zostało *Justynianowi* umożliwione przyjęcie wszystkich zasad prawnych, przez prawników klasycznych ustalonych *ratione naturali*, dając je w nową „*oprawę*“¹⁵²), nazwaną *ius naturale*. Substancja Prawa rzymskiego klasycznego pozostała¹⁵³), z wyjątkiem zmian w szczegółach¹⁵⁴). Ale zasady praw-

¹⁵²) Porówn. S. Riccobono, *Evoluzione del diritto romano*, w *Melanges Cornil* (Gandawa i Paryż, Sirey, 1926) II str. 265, (w odbitce str. 29): „In realta dunque, il diritto che appare nuovo nella Codificazione di Giustiniano è tale soltanto nelle forma, non nella sostanza. Porówn. tegoż autora: *Storia del diritto e studio del diritto romano*. (Odb. z t. XII wydawnictwa *Annali del Seminario Giuridico di Palermo*, za r. 1928, Cortona 1928) str. 562

¹⁵³) P. P. Collinet bynajmniej temu nie przeczy, mówiąc (*Les preuves directes de l'influence de l'enseignement de Beyrouth sur la codification de Justinien*, j. w., str. 3, uw. 1) o „refonte byzantine du droit romain“. Porówn.

ne, przez prawników klasycznych ustalone *ratione naturali*, t. j. na podstawie natury rzeczy danych stosunków poszczególnych pomiędzy stronami, przez Justyniana uważane są za zasady prawa naturalnego, o charakterze „hierarchicznym”, i ostatecznie stanowione w jego kodyfikacji. Tem tłumaczy się, że Justynian nie pragnął dalszej ewolucji i zakazał komentarze swej kodyfikacji.

P. Collinet et A. Giffard, *Précis de droit romain* (2 wyd., Paris 1929) str. 48, Nr. 85, powyżej uw. 119, i S. Perozzi, *Istituzioni*, 2-e wyd. 1928, j. w., I str. 80 uw. 1. Część tej „przeróbki” została uskutecziona, moim zdaniem, za pośrednictwem pojęcia *ratio naturalis*, które u Justyniana przyjęło odmienne znaczenie, w tej rozciągłości nieznane u prawników klasycznych.

¹⁵⁴⁾ Z swej strony p. S. Riccobono nie przeczy wpływu „bizantynizmu”, a zwłaszcza chrześcijaństwa na kodyfikację Justyniańską. Zob. *Evoluzione*, j. w., str. 261 n. (w odb. str. 25 n.), i *Storia del diritto antico*, j. w., str. 558 n.

POWOŁANE TEKSTY GŁÓWNE.

1. *Digesta Justiniani:*

1, 1, 1 pr. (Ulp.): 19⁵⁵.
1, 1, 1, 2 (Ulp.): 20, 29, 30.
1, 1, 1, 3 (Ulp.): 14.
1, 1, 1, 4 (Ulp.): 21⁵⁷, 39.
1, 1, 4 (Ulp.): 39.
1, 1, 6 pr. (Ulp.): 20, 21.
1, 1, 11 (Paul): 19, 28⁸⁸, 30⁹⁵.
1, 8, 2 (Marcian): 21, 24⁷¹.
1, 3, 25 (Mod.): 32¹⁰⁴.
1, 3, 40 (Mod.): 22.
1, 5, 2 (Hermog.): 16⁴², 26⁸⁰.
1, 5, 4, 1 (Florent): 39.
1, 5, 24 (Ulp.): 10, 31¹⁰⁴.
1, 7, 1 pr. (Mod.): 22.
1, 8, 2 (Marcien): 21, 24⁷¹.
2, 13, 6, 3 (Labeo Ulp.): 18⁴⁷.
3, 5, 38 (Gaius): 9, 14.
4, 1, 7, 1 (Marcel): 31¹⁰⁴.
4, 5, 8 (Gaius): 12²⁹.
5, 3, 36, 5 (Paul): 9, 13.
7, 5, 2, 1 (Gaius): 11.
9, 2, 4 pr. (Gaius): 9, 14, 20, 37.
9, 2, 45, 4 (Paul): 37, 40.
11, 1, 14, 1 (Iav): 8, 9²².
12, 6, 14 (Pomp.): 24.
12, 6, 15 pr. (Paul): 24.
12, 6, 64 (Tryph.): 18, 39.
13, 6, 18, 2 (Gaius): 9, 13.
16, 3, 31 pr. (Tryph.): 18, 30⁹⁸, 40.
17, 2, 83 (Paul): 9, 13.
19, 2, 1 (Paul): 37, 40.
23, 2, 14, 2 (Paul): 19.

25, 2, 25 (Marcian): 24.
25, 3, 5, 16 (Ulp.): 9, 14.
35, 2, 32, 4 (Marcian): 32¹⁰⁴.
38, 6, 7, 1 (Pap.): 25.
38, 10, 4, 2 (Mod.): 7¹⁹, 18⁵⁰, 22.
41, 1, 1 pr. (Gaius): 29⁹¹, 37.
41, 1, 3 pr. (Gaius): 13.
41, 1, 7, 7 (Gaius): 9.
41, 1, 9, 3 (Gaius): 29⁹².
41, 2, 3, 5 (Paul): 7, 7²⁷.
43, 16, 1, 27 (Ulp.): 38.
43, 18, 2 (Gaius): 17⁴⁵.
44, 7, 1, 9 (Gaius): 5, 10, 14.
45, 1, 73 pr. (Paul): 6, 10.
45, 1, 83, 5 (Paul): 7, 14.
45, 1, 137, 6 (Ven.): 7, 14, 14⁸³.
46, 16, 1, 27 (Ulp.): 20.
48, 20, 7 pr. (Paul): 14, 19⁵⁴, 25,
32¹⁰⁸.
49, 8, 3 (Paul): 8²⁰.
50, 17, 8 (Pomp.): 12.
50, 17, 32 (Ulp.): 20, 39.
50, 17, 84, 1 (Paul): 7.
50, 17, 85, 2 (Paul): 11.
50, 17, 185 (Cels.): 14.
50, 17, 186 (Cels.): 6.
50, 17, 188, 1 (Cels.): 8.
50, 17, 206 (Pomp.): 14⁸⁴, 24.

2. *Gaius, Institutiones.*

1, 1: 21, 27⁸⁶, 30⁹⁵, 36.
1, 83: 27⁸⁵.
1, 158: 12.

1, 189: 9, 13, 17, 18, 31¹⁰⁴.
2, 65: 17, 29⁹¹.
2, 66: 17.
2, 69: 13, 17,
2, 73: 17,
2, 79: 9, 18.
3, 153: 10
3, 154: 18, 37.

3. *Justianini Institutioncs.*

1, 1, 4: 27, 29, 30.
1, 2 pr.: 14³⁷, 15, 27
1, 2, 1: 27, 28.
1, 2, 3: 30⁹⁶, 33¹⁴³.
1, 2, 11: 21, 25⁷⁶, 31, 31¹⁰⁴.
1, 5 pr.: 31.

1, 15, 3: 12²⁹.
1, 20, 6: 31¹⁰⁴.
2, 1, 11: 28, 31.
2, 1, 25: 9²¹.
2, 1, 40: 29, 29⁹²
2, 1, 41. 28.
2, 4, 2: 11.
3, 19, 1: 5¹⁴.

4. *Theophilo tributa Paraphrasis.*

ad J. 1, 1, 1: 25⁷⁴.
ad J 1, 1, 2: 27⁸⁶.
ad J 1, 2, 1: 33, 34, 35
ad J 1, 2, 2: 33, 34.
ad J 1, 2, 11: 35, 35¹¹⁷.
ad J 1, 5 pr.: 33.

RESUME¹⁾. RATIO NATURALIS EN DROIT ROMAIN CLASSIQUE.

La science du droit ne cesse pas de s'occuper du problème de droit naturel. La base pour la solution du problème a été posée par l'ancienne philosophie grecque; les jurisconsultes romains connaissaient bien la notion de droit naturel (*ius naturale*). Dans les temps modernes le problème tenait une place importante dans les recherches scientifiques à la fin du XVIII^e siècle et dans les premières dizaines d'années du siècle passé. Les grandes codifications au commencement du XIX^e siècle étaient conçues sous les auspices du droit naturel. Mais à cette occasion se montraient les défauts de la doctrine de droit naturel. En voulant codifier les principes du droit naturel, on était forcé d'avouer que ces principes ne sont pas connus suffisamment. On prenait recours au droit romain, en s'appuyant sur l'idée que c'est le droit romain qui représente les principes du droit naturel²⁾. En conséquence de cela le prestige du droit naturel était affaibli et dans la seconde moitié du XIX^e siècle on se détournait de la doctrine de droit naturel, en prononçant la conception que le droit c'est la loi³⁾. Mais cette conception ne pouvait pas satisfaire non plus⁴⁾. Il fallait avouer qu'il y a

¹⁾ L'étude toute entière paraît en français en même temps dans les *Studi in onore di P. Bonfante* (Pavia, Successori Fratelli Fusi, 1929). Vol. III.

²⁾ Voir *I. Koschembahr-Lyskowski, La position du droit romain dans le Code civil autrichien, en polonais dans la Revue de droit et d'administration*, Vol. 36, Lwów, 1911, en allemand dans la *Festschrift zur Jahrhundertfeier des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches*, Wien, Manz, 1911.

³⁾ Voir *Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie* 1891.

⁴⁾ Voir *E. Jarra, Théorie générale du droit*, en polonais, 2-e éd., Varsovie, 1922, p 22et suiv.

des lois injustes. On revenait à la doctrine de droit naturel, mais on tâchait de l'approfondir⁵⁾. En même temps on reprenait les recherches scientifiques sur la conception de droit naturel que nous trouvons chez les jurisconsultes romains⁶⁾.

Dans la science de droit romain nous suivons encore la conception que les notions *ratio naturalis* et *ius naturale* sont des notions synonymes⁷⁾. C'est de cette question que s'occupe l'étude présente dans laquelle l'auteur arrive au résultat que la notion de *ratio naturalis* chez les jurisconsultes romains de l'époque classique représente un facteur créateur dans l'évolution du droit positif, en étant la méthode de former les principes juridiques sur la base de „la nature des choses“ des cas particuliers, donnés dans les limites du droit positif.

I. Chez les jurisconsultes classiques la notion de *ratio* ne signifie pas la „raison“ qui soit la source suprême du droit, mais le „calcul“, or, une action humaine (D 2, 13, 6, 3). *Ratio naturalis* présente le calcul, basé sur „la nature des choses“ (*rerum natura*) du cas donné.

La „nature des choses“ (*rerum natura*) n'est pas comme telle un principe juridique, mais elle est la base pour former le principe par le moyen du calcul humain. Les jurisconsultes remarquent qu'il faut rechercher la nature des choses du cas donné. Pourtant les jurisconsultes se rendent compte que de „la nature des choses“ peut résulter une telle, ou une autre décision. C'est pour cela qu'ils soulignent qu'il faut pénétrer dans „la nature des choses“ du cas donné, en tenant compte du droit positif. La nature des choses du cas donné doit être appréciée dans les limites du droit positif (*et ius et naturam recipere*); le principe juridique doit être formé par le calcul, basé sur la nature des choses du cas donné et dans les limites du droit positif (*ratione naturali et ratione civili*).

⁵⁾ Voir surtout l'oeuvre magistrale de M François Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. I — IV, Paris, Sirey 1919 — 1924. Comp. l'exemple significatif t. III, p 514/515.

⁶⁾ Voir Th Kipp, *Geschichte und Quellen des römischen Rechts*, 3 ed., Leipzig 109, p. 5 et p. 15 s.

⁷⁾ Voir M. Voigt, *Römische Rechtsgeschichte*, t II, 1899, p. 208; M. S. Peruzzi, *Istituzioni di diritto romano* (2-e éd., Rome, Atheneum, 1928) I p. 94 note 1 est du même avis, en disant que la *natio naturalis* correspond à la notion grecque *ἡθραπος νόμος*.

Les principes juridiques, formés uniquement sur la base de la nature des choses (*ratione naturali*), représentent les rapports formés sans aucune influence du droit positif (D 38, 10, 4, 2). Un pendant des principes juridiques mentionnés est représenté par les principes juridiques formés uniquement par le droit positif (*ratio civilis*, G 2, 110; G 3, 153).

En conséquence de la méthode de former les principes juridiques *ratione naturali et ratione civili*, le droit positif ne peut pas contenir une disposition qui soit contraire à la nature des choses (*contra rerum naturam*) du cas donné, ou contraire au calcul basé sur la nature des choses (*contra rationem naturalem*).

Les sentences des jurisconsultes (D 50, 17, 188, 1; G 1, 158; D 7, 5, 2, 1; D 50, 17, 8) d'après lesquelles la *ratio naturalis* ne peut pas être abrogée par le droit positif, ne signifient pas donc la supériorité du droit naturel vis-à-vis du droit positif, mais elles expriment l'idée que le principe juridique formé sur la base de la nature des choses du cas donné dans les limites du droit positif, ne peut pas être contraire au droit positif, vu qu'il est formé dans les limites du droit positif.

La *ratio naturalis* est donc *la base pour l'application du droit positif*. Le principe juridique ne doit pas être formé en méthode déductive par la déduction de „la volonté du législateur“, mais, au contraire il doit être formé en méthode inductive, de la nature des choses du cas donné, jugée dans les limites du droit positif.

La *ratio naturalis*, en prenant „la nature des choses“ du cas donné comme base pour former le principe juridique, est donc le moyen d'harmoniser les dispositions du droit positif avec les exigences de la nature des choses du cas donné.

Elle représente un facteur créateur dans l'évolution du droit positif. Dans les cas où le droit positif ne donne pas une disposition expresse, décide uniquement „la nature des choses“ du cas donné (D 1, 5, 24).

La *ratio naturalis* est donc *une méthode de former des principes juridiques*. Les jurisconsultes romains de l'époque classique ont suivi toujours la méthode de former les principes juridiques (*regulae iuris*, D 50, 17, 1) en prenant le cas donné comme base de leur décision. Dans les cas où les jurisconsultes prennent pour base de leur décision la nature des cho-

ses du cas donné, ils disent que le principe juridique est formé *ratione naturali* (D 13, 6, 18, 2; D 5, 3, 36, 5; D 17, 2, 83), en ajoutant parfois que la *ratio naturalis indiquée* est en harmonie avec la *ratio civilis*.

II. Sous l'influence de la philosophie grecque, surtout du stoïcisme professé par la plupart des jurisconsultes romains de l'époque classique, les jurisconsultes admettaient l'existence d'une *loi de la nature* qui a mis les mêmes instincts dans tous les êtres vivants (hommes et animaux), comme par ex. la jonction des deux sexes, la procréation des enfants et leur éducation (D 1, 1, 1, 3). Ces instincts sont donc le produit de la loi de la nature et comme tels ils reflètent la loi de la nature, inconnue dans sa totalité, mais compréhensible, quoique dans un minimum de contenu, de ces reflets dans les produits de la loi de la nature. Par conséquent, les principes juridiques formés sur la base de la nature des choses des cas donnés, reflètent, eux aussi, le droit naturel, au moins une partie de lui, quoique minime. *Ces reflets du droit naturel s'expriment dans notre mentalité.*

Cependant les jurisconsultes de l'époque classique ne déduisent pas les principes juridiques du droit naturel et ne reconnaissent pas le droit naturel comme une source du droit. Ils admettent plutôt que ce sont les principes juridiques formés sur la base de la nature des choses des cas donnés qui représentent le droit naturel. Les jurisconsultes procèdent donc par la méthode inductive, en déduisant le principe juridique de la nature des choses du cas donné. L'appel au droit naturel n'est qu'une justification du principe juridique, formé sur la base de la nature des choses du cas donné.

C'est par ce chemin que les jurisconsultes classiques tâchent d'arriver aux *principes généraux* du droit, quelquefois par moyen d'une série d'étapes qui doivent être parcourus par un principe juridique pour être reconnu comme principe général ou principe du droit naturel. Cela apparaît très clairement en matière du principe juridique de la répétition de l'enrichissement sans cause par voie de la *condictio*. Ces principes généraux, d'après l'avis des jurisconsultes classiques, représentent le droit naturel.

Ce n'est qu'à la fin de l'époque classique que quelques ju-

risconcultes déduisent du droit naturel, en méthode déductive, quelques principes juridiques.

De même, sous l'influence de la philosophie hellénistique, quelques jurisconsultes à la fin de l'époque classique admettent que notre mentalité, notre *raison*, représente elle-même le droit naturel, vu que c'est dans elle où reflètent les principes du droit naturel (D 1, 3, 2). C'est le jurisconsulte Paul (D 48, 20, 7 pr.), qui est de l'avis que la *ratio naturalis* est posée dans notre mentalité, en étant une *lex quaedam tacita*. *Ratio naturalis* représente déjà la „*Raison*“ qui gouverne le monde, et par conséquence aussi la vie sociale humaine dans leurs innombrables rapports juridiques particuliers. La *ratio naturalis* représente l'ensemble des principes juridiques qui par nature obligent dans les rapports juridiques; elle représente elle-même le droit naturel. *Ratio naturalis et ius naturale sont déjà des synonymes*.

Cependant, il paraît que ce n'était que *Justinien qui a tâché* de réaliser dans sa totalité la conception nouvelle de la *ratio naturalis*, du droit naturel. C'est surtout dans les Institutes de Justinien où la nouvelle conception se manifeste. C'est aussi ici (J 1, 1, 4) où est mentionnée la célèbre *trichotomie* d'après laquelle le droit privé est composé par les préceptes naturels, par des préceptes communs à tous les peuples, et par des préceptes reconnus chez un peuple vu la situation particulière de celui-ci. C'est donc justifié qu'on proclame l'avis que la trichotomie, mentionnée déjà chez le jurisconsulte classique Ulpien (D 1, 1, 1, 2 in f.) est interpolée.

D'après la nouvelle conception de *Justinien* les préceptes du droit naturel tiennent la première place dans la hiérarchie des préceptes du droit; ils sont éternels et immuables (J 1, 2, 11).

Pourtant, même Justinien se rendait compte que sa conception ne peut pas être réalisée dans sa totalité, car il avone que l'esclavage est reconnu chez tous les peuples pendant que d'après le droit naturel tous les hommes sont nés libres (J. 1, 5, pr.).

Enfin, Justinien a tâché de faire une réalité de sa conception, en la basant sur les résultats juridiques des jurisconsultes classiques qui avaient formé les principes juridiques par le calcul juridique, basé sur la nature des choses des cas donnés (*ratione naturali*). Justinien croyait pouvoir réaliser

cela, en donnant un autre sens à l'expression *ratto naturalis*, c'est-à-dire un sens inconnu chez les juriconsultes classiques. C'est pour cela que Justinien croyait de n'avoir pas besoin de nombreuses *interpolations* dans les oeuvres des juriconsultes classiques dont il a mis les larges extraits dans sa codification au commencement du VI-ième siècle.

Mais, il paraît que même dans l'entourage de Justinien on avait des doutes si la conception de Justinien pouvait être réalisée par le chemin indiqué. Au moins dans la Paraphrase attribuée à *Théophile* il y a quelques divergences de la conception de Justinien.

Nous voyons donc que Justinien a accepté la plus grande partie des principes juridiques, élaborés par les juriconsultes de l'époque classique, mais, sous l'influence de la philosophie hellénistique, il les a mis dans une nouvelle „enveloppe“, en croyant que de cette manière il pouvait réaliser sa conception de la *ratio naturalis* et du *ius naturale*.

III. Une parallèle de l'évolution de la *ratio naturalis* est représentée par l'évolution de la notion *ius gentium*.

IV. Conclusion.
