

DR. BOHDAN WINIARSKI
Profesor Uniwersytetu Poznańskiego

PRZYCZYNEK DO ROZWAŻAŃ NAD STOSUNKIEM PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO DO PRAWA RZYMSKIEGO

W Wileńskim Przeglądzie Prawniczym (zeszyt 4 z r. 1933) prof. Fr. Bossowski zamieszcza streszczenie swego odczytu p. t. „Zasady prawa rzymskiego jako źródło prawa posiłkowego w prawie międzynarodowym”. Nie mogę, jakbym tego pragnął, dyskutować na podstawie streszczenia z tezą, która stosunek obu dziedzin prawa ujmuje wcale wyraziście w sformułowaniu tytułu odczytu Szan. Autora. Ale może warto przyrzeć się zagadnieniu w jednym choćby szczególe, wziętym jako przykład. Taka próba sprawdzenia, nawet w jednym tylko punkcie przeprowadzona — *un coup de sonde*, nie więcej — może być nieraz interesującą, nie tylko dla amatora. To właśnie ma na celu niniejszy skromny przyczynek.

Bezpośrednim impulsem do wymienionego wyżej odczytu była wydana przed kilku laty książka H. Lauterpachta p. t. *Private law sources and analogies of international law* (Londyn 1927). Jest rzeczą znamioną, że zbliżanie prawa rzymskiego i międzynarodowego, idące nieraz tak daleko, że się pierwsze uważa za jedno ze źródeł drugiego, znajdujemy głównie w literaturze anglosaskiej. Sławny sędzia, lord Stowell, sir R. Phillimore, również znakomity sędzia, dalej Sumner Maine, Westlake, Holland, żeby tylko parę nazwisk wymienić, wiążą najściślej prawo międzynarodowe z prawem rzymskim. Dlaczego tak jest, i dlaczego w krajach kontynentu europejskiego, które przecie nieraz podległy większemu, niż Anglja, wpływowi prawa rzymskiego, prawnicy nie idą bynajmniej tak daleko? Może dlatego, że według znanej formułki anglosaskiej (której zresztą nie należy pojmować zbyt... prostolinijnie) prawo międzynarodowe stanowi część prawa krajowego; że tam to prawo krajowe jest głównie prawem zwyczajowem, które rozwija się w znacznej mierze przez orzecznictwo sądów, cieszących się nieznanym gdzieindziej autorytetem; że w tem orzecznictwie wielką rolę grają pojęcia słuszności i celowości (*equity, reason of the thing*); że sędziowie anglosascy nawet w rozwiązywaniu kwestyj prawa międzynarodowego

chętnie szukają natchnień i wskazówek w rozstrzygnięciach prawa rzymskiego, które uważane tam jest zawsze za *ratio scripta*, najdoskonalszy wyraz tej *recta ratio*, która jest *juris gentium magistra*. Wiąże się to z ideą prawa naturalnego, której prawnicy anglosascy byli naogół zawsze wierni.

Jako teren próby weźmy międzynarodowe prawo rzeczne.

* , *

Pod koniec XVIII w. Stany Zjedn. zażądały otwarcia dla swej żeglugi dolnego odcinka i ujść rzeki Missisipi, które należały wówczas do Hiszpanji, i na uzasadnienie swego żądania powoływały się obok traktatów i prawa naturalnego — na prawo rzymskie. Sekretarz Stanu M. Jefferson w instrukcjach dla posła w Madrycie kładł nacisk na ten argument. „Prawo rzymskie, które, jak prawo każdego państwa, stawiało żeglugę rzeczną na gruncie prawa naturalnego, jak dla swych własnych obywateli, proklamując rzeki jako publiczne (*flumina publica sunt, hoc est populi Romani, Inst. II t. I, § 2*), uznawało też, że prawo używania brzegów rzeki wynika z prawa korzystania z drogi wodnej. *Ibid.*, §§ 1, 3, 4, 5¹⁾).

W ciągu XIX-go, a nawet w XX-ym wieku powoływano się nieraz na prawo rzymskie dla uzasadnienia tezy, że prawo narodów wymaga otwarcia dla żeglugi międzynarodowej nie tylko rzek, które w swym biegu żeglowym dzielą lub przecinają dwa lub więcej państw, ale nawet rzek narodowych; prawo rzymskie zlewałoby się więc częściowo z prawem narodów; może trzebaby je traktować jako prawo posiłkowe; nieraz przedstawiane jest jako jedno ze źródeł prawa międzynarodowego. Przyjrzyjmy się zbliska tej argumentacji.

Ed. Engelhardt, prawnik i dyplomata, długoletni delegat Francji do międzynarodowych komisji rzecznych, prawnej podstawy żeglugi na obcym terytorjum szukał w prawie naturalnem, którego doskonalszym wyrazem było prawo rzymskie. Przytaczając znany ustęp z Instytucyj: *Et quidem naturali iure communia sunt omnia haec: aer, aqua profluens et mare et per hoc litora maris... Flumina autem omnia et portus publica sunt* (I. II, 1, 1 i 2), autor ten stwierdza, że „prawodawstwo rzymskie przyrównywało wodę bieżącą do powietrza i morza, więc do rzeczy, które są wspólne wszystkim i nie mogą nigdy być zmonopolizowane. Odrzucało ono stanowczo wszelką myśl zawłaszczenia, które, oddając dysponowanie drogami wodnymi bądź państwu, bądź osobom prywatnym, pozbawiłoby ogół korzyści, do ja-

¹⁾ J. B. Moore. A. Digest of international law, Washington 1906, I, 624. Por. też H. Wheaton: Histoire des progrès du droit des gens etc. 3 éd. Leipzig 1853, t. II, 195.

kich miał prawa niezaprzeczone. Wszelki bieg wody, swobodnie i stale płynący w stałych brzegach, *naturalem cursus sui rigorem tenens*, należał do majątku publicznego, i każdy żeglarz krajowy mógł zeń korzystać pod opieką państwa, które zastrzegało sobie jego nadzór, utrzymanie i administrację skarbową. Te tak proste zasady opierały się na elementarnych zasadach prawa naturalnego; były one podyktowane przez owo *aequum ius*, które głosi sumiennie publiczne i którego zasady są niezmiennie i powszechne.

„Wyłączne posiadanie, ciągnie Engelhardt, jest zrozumiałe gdy chodzi o terytorjum państwowe lub nieruchomość prywatną. Ziemia, jakkolwiek będzie jej obszar i konfiguracja, może być rzeczywiście i trwale zajęta; rozgranicza się ją, dzieli, narzuca się jej zapory; jest ona nieuchronnie skazana na to, by znosiła tyranję własności; jej charakter stałego gruntu nie pozwala jej uniknąć jarzma rządu, związku, jednostki, do których należy. Inaczej rzecz się ma z drugim żywiołem, który ją otacza niby niezmierną obręczą i przenika stałemi prądami. Bezwątpienia, woda może być uwieczniona w bardzo małych włościach. Ale morze, które otacza lądy, ale rzeki, które do morza spływają, nie mogą należeć do nikogo, bo nikt nie może nałożyć im więzów, bo niewola nie da się pogodzić z ich nieustanną ruchliwością. Zresztą nikt nie ma żadnego interesu w przywłaszczeniu sobie rzeczy niewyczerpanej i odnawiającej się nieustannie, której wszyscy potrzebują i z której każdy może korzystać, nie uszczuplając korzyści innym”²⁾).

Umyślnie przytoczyliśmy tę długą cytata, gdyż zawarta w niej argumentacja jest charakterystyczna i powtarza się niezmiennie po dziś dzień, jak owe złe prawa, które Goethe przyrównał do dziedzicznej choroby, występującej w każdym pokoleniu:

*Es erben sich Gesetz' und Rechte
Wie eine ew'ge Krankheit fort.
Sie schleppen vom Geschlecht sich zum Geschlechte,
Und rücken sacht von Ort zu Ort....*

Już Carathéodory pytał, czy woda nie należy do wszystkich, jak powietrze, ogień, światło?³⁾ Idą za nimi Vernesco⁴⁾ i zwłaszcza Demorgny, który przyjmuje bez zastrzeżeń argumentację Engel-

²⁾ Ed. Engelhardt: Du régime conventionnel des fleuves internationaux. Paris, 1819, str. I i n.

³⁾ Du droit international concernant les grands cours d'eau. Leipzig, 1861, str. 26.

⁴⁾ Des fleuves en droit international. Paris 1888.

hardta. „Prawo naturalne, mówi ten ostatni,... sprzeciwia się temu, by jakieś państwo, przywłaszczając sobie rzecz wspólną wszystkim, miało dyktować innym prawa, których sami dobrowolnie nie uznali... Tak się ma zwłaszcza z wodą, która jest jednym z najważniejszych czynników przyrody i która, jako całość, morza lub rzeki, posiada wszystkie warunki, by służyć dla wiecznego i powszechnego użytku ludzkości. Prawo naturalne nie zna ludów nadrzecznych uprzywilejowanych; rzeki są dobrem wspólnem wszystkich, nie mogą być przedmiotem służebności ani współwłasności”⁵). Po upływie wielu lat p. J. Vallotton d'Erlach w sprawozdaniu złożonym Instytutowi Prawa Międzynarodowego⁶), uzasadnia postulat wolności żeglugi międzynarodowej powołaniem się przedewszystkiem na prawo rzymskie, według którego rzeki są *res publicae*, w dodatku *iure gentium*, a nie poprostu *iure civitatis*. Prawo rzymskie jest jednym ze źródeł prawa międzynarodowego według tego autora, który bynajmniej nie jest odosobniony.

Otóż jasną jest rzeczą, że cytowane przez Engelhardta zdanie Instytucyj, prawie jednobrzmiące z przepisem Digestów (D. I, 8. 2, 1) i Bazylik (XLVII, 3, 2), nie ma żadnego znaczenia dla interesującej nas tu kwestji. *Aqua profluens* oznacza wodę jako substancję nadającą się rzeczywiście do powszechnego użytku: wodę spadającą deszczem, wodę fal morskich czy rzecznych. Z tej rzeczy wspólnej każdy może sobie przywłaszczyć cząstkę do bezpośredniego użytku, napełnić nią naczynie, zbiornik, rów czy sadzawkę, z tą chwilą jednak woda staje się jego własnością. Woda znajdująca się na gruncie prywatnym należy do gruntu. „Każdy właściciel — żeby przytoczyć tylko wodeks cyw. francuski — ma prawo używać wód deszczowych, które spadają na jego grunt, i nie może dysponować” (art. 641, ust. 1). „Kto ma źródło na swym gruncie, może zawsze używać jego wód dowoli w granicach i na potrzeby swego dziedzictwa” (art. 642, ust. 1).

Wzięta w całości, jako pierwiastek przyrody, woda jest *res communis omnium*, ale woda na gruncie, źródło, strumień, rzeka, niekoniecznie należą do tej kategorii. Ossig, który napisał bardzo interesującą i bodaj najlepszą książkę o prawie wodnem rzymskiem, przypuszcza, że ustęp Marcjana o *aqua profluens* został zniekształcony w *Corpus Iuris* przez opuszczenie jakiegoś określenia i że tylko domyślać się można, jak brzmiało to ograniczające określenie. Możliwe, że chodzi tu o „*vom Himmel, aus den Wolken*

⁵) La question du Danube. Paris 1911, str. 171.

⁶) Annuaire de l'Institut, 1929, t. I.

*herabfließende Regenwasser*⁷⁾). Ossig nie podaje, czy korzystał z Glosy, ale tam właśnie mógł znaleźć charakterystyczne uzupełnienie. Do wyżej przytoczonego zdania Instytucyj Glosa dodaje: *vo profluens: id est de coelo cadens*. Tylko wtedy niema sprzeczności z innymi ustępami *Corpus Iuris*, które wyraźnie przyjmują możliwość własności nie tylko na źródłach, strumieniach, rowach używanych do nawadniania czy odprowadzania wody; nawet większe rzeczki mogły być prywatne, skoro prawo rzymskie zna służebność nie tylko *aquaeductus* ale i *navigandi* na wodach prywatnych (D. VIII, 3, 23, 1). *Nihil enim differt a caeteris locis privatis flumen privatum* (D. XLIII, 12, 1, 4)⁸⁾). Engelhardt sam przyznaje, że woda na gruncie prywatnym (także bieżąca) stanowi *portio agri*; a więc podlega również „tyranji własności”.

Otóż stąd, że *aqua de coelo cadens*, podobnie jak woda morska, jest rzeczą wspólną, nie można wyprowadzić żadnego argumentu na rzecz wolności żeglugi na obcym terytorjum. To są rzeczy zgoła różne i znajdują się na różnych płaszczyznach. Podobnie rzecz się ma z powietrzem: źródła wymieniają *aer* między rzeczami wspólnymi, jak *aqua profluens*, ale przestrzeń powietrzna nad gruntem należała do właściciela gruntu. Można uważać za błędne lub przesadne zdanie, według którego własność gruntu rozciąga się *usque ad coelum*; niemiecki właściciel nieruchomości dysponował rozciągającą się nad nią przestrzenią, jako właściciel, tak wysoko, jak było to praktycznie możliwe. Co innego bowiem powietrze, co innego przestrzeń powietrzna.

W cytowanym przez nas ustępie Engelhardt twierdzi dalej, że wszelki stały bieg wody należał do majątku publicznego. Pozostawiamy więc na boku główny argument, gdyż *res publicae* stanowią kategorię zupełnie różną od *res communes*: nikt nie mógł sobie przywłaszczyć choćby najmniejszej części rzeczy publicznej, która do publicznego użytku była przeznaczona. Jeżeli chodzi o rzeki, prawo rzymskie dzieliło je na stałe (*perennia*) i w pewnych tylko okresach płynące (*torrentia*); pierwsze mogły tylko na ogół płynąć stale, co nie wykluczało przerw w pewnych okresach, np. w czasie suszy (Glosa ad D. XLIII, 12, 1, 3 objaśnia: *perenne i. e.*

⁷⁾ S. Ossig. *Römisches Wasserrecht*. Leipzig 1898, Str. 73.

⁸⁾ Najważniejszy wynik badań Ossiga jest ten, że przyjmuje on *fons* nie w znaczeniu źródła, lecz strumienia, rzeczki. Ta hipoteza, poparta wielu miejscami z pisaarzy rzymskich, pozwala wyklądać bez sprzeczności liczne przepisy *Corpus Iuris*, ale warto stwierdzić, że dość bliski jej kompilatorom św. Izydora z Sewilli tłumaczy wyraźnie *fons* jako *caput aquae nascentis quasi fuidens aquas*. Ten sam autor tłumaczy: *proprie autem flumen ipsa aqua, fluvius cursus aquae*. *Etymologiarum Libri XX, lib. XIII, cap. 21* (Migne, t. 82).

perpetuum et si non omni tempore fluat), i one też tylko mogły być publicznymi, choćby nie były żeglowne. Czy wszystkie jednak stały się publicznymi? Zdania są mocno podzielone. Znanie miejsce Digestów brzmi: *publicum flumen esse Cassius definit quod perenne sit* (D. XLIII, 12, 1, 3), ale Instytucje mówią, że *flumina autem omnia et portus publica sunt* (I. II, 1, 2) a Digesta, że *flumina pene omnia et portus publica sunt* (D. I, 8, 4, 1); prawda, że Glosa tłumaczy słowo *pene* (prawie wszystkie), iż wyłączone są tym sposobem *torrentia: propter ea que ad tempus fluunt*. Wiemy jednak, że rzeki mogły być prywatne, i bardzo poważni uczeni przyjmują, że tylko do użytku publicznego były przeznaczone, co zdają się potwierdzać źródła. Tak np. Paweł twierdzi, że *flumina publica quae fluunt ripaeque eorum publicae sunt* (D. XLII, 12, 3, pr.), więc przyrównywa położenie prawne rzeki do brzegów, które należały do przybrzeżnych właścicieli; Glosa jednak dodaje, że brzegi rzek są publiczne jedynie *quoad usum, sed flumina etiam quoad proprietatem*.

Natomiast gdzieindziej czytamy, że *riparum usus publicus est iuris gentium sicut ipsius fluminis* (I. II, 1, 4). Wyspa, która się utworzyła na rzece, nie była własnością publiczną, lecz stawała się, jak każda rzecz niczyja, własnością pierwszego, kto ją zajął, jeśli sąsiednie grunta były rozmierzone (*agri limitati*), w przeciwnym razie (*si arcifinales*) przypadła bliższemu właścicielowi albo ulegała podziałowi; tożsamo działo się z opuszczonym korytem rzeki. Mimo to inni, w ich liczbie Ossig, przyjmują, że w zasadzie przynajmniej *wszystkie ważniejsze rzeki były własnością publiczną, najczęściej poprostu własnością państwa*.

Tak, ale jak trzeba rozumieć termin *res publicae*? Digesta mówią, że *quae publicae sunt, nullius in bonis esse creduntur: ipsius enim universitatis esse creduntur*; a Glosa poprawia, że tylko własność Rzymu, więc nie korporacji, miasta pakiegoś czy prowincji, nazywa się publiczną; zgadza się w tem z Ulpjanem, który w księdze *De verborum significatione* (D. L. 16,15) mówi, że *bona civitatis* (Glosa dodaje: *civitatis alterius quam Romae*) *abusive publica dicta sunt. Sola enim ea publica sunt quae Populi Romani sunt*. I gdzieindziej źródła rozróżniają *quaedam publica, quaedam universitatis*.

Wydaje się, że pierwotnie i przez długi czas publicznymi nazywano tylko rzeczy, które były własnością lub były przeznaczone do użytku ludu rzymskiego stosownie do prawa cywilnego. Prowincje i miasta Imperjum były traktowane jako korporacje i nie mogły posiadać *res publicae*; dopiero później, w miarę jak *ius gentium* zlewało się z *ius civile*, przyjmowano istnienie rzeczy publicznych na podstawie *ius gentium* we wszystkich częściach cesarstwa. Ale

to również nie ma nic wspólnego z zagadnieniem, które nas tu interesuje i Vallotton d'Erlach zdaje się przywiązywać do tego faktu znaczenie, którego nigdy mieć nie mógł. Gdy chodzi o brzeg morza, do tekstu *et quidam naturali iure* (D. I, 8, 2, 1) Głosa dodaje: *litora: communia sunt quoad usum et dominium: ut hic. sed quoad protectionem sunt populi Romani*. A później dodana została uwaga: *sed iurisdictio est Caesaris*. Prawnicy średniowieczni więc doskonale rozróżniają *usus*, *dominium*, *protectio*, *iurisdictio*, i Hrabar w swojej książce o prawie rzymskim w historii doktryn prawa międzynarodowego⁹⁾ także z uznaniem to podkreśla. Można przypuszczać, że znaczenie pierwiastka państwowego było większe tam, gdzie chodziło nie o *res communis omnium*, lecz o *res publica*. Jakoż sam Engelhardt przyznaje, że z dróg wodnych w danym Rzymie mógł korzystać każdy żeglarz krajowy. To właśnie byłoby dla nas bardziej interesujące i jeżeli tak jest, zbyteczna powoływać się na zasady prawne dotyczące rzeczy wspólnych i publicznych.

Niestety, niewiele wiemy o żegludze obcej w granicach Imperjum Rzymskiego; nawet Kazanskij, który najobszerniej traktował historję prawa rzeczowego, nic ważnego nie znalazł¹⁰⁾. Wiadomo, że zatargi dotyczące żeglugi na rzekach granicznych (Ren, Dunaj) były częste; że cesarze czasem zabraniali barbarzyńcom żeglugi, czasami byli zmuszeni jej dozwalać. Wszelako i to, acz interesujące, wielkiego znaczenia mieć nie może właśnie dlatego, że chodziło o barbarzyńców i że różnica poziomu cywilizacyjnego była zbyt wielka, aby można było porównywać stosunek cesarstwa do ludów barbarzyńskich ze stosunkami, które wytworzyły się między nowożytnymi państwami i rządzone, są przez prawo narodów. I jeśli wymieniony sprawozdawca Instytutu Prawa Międzynarodowego znajduje, że zasady prawa rzymskiego są zgodne z postanowieniami najnowszych traktatów, to jest to znowu nieporozumienie.

Prawo rzeczne rzymskie było prawem *par excellence* prywatnem; zasady prawne Rzymian dotyczące wód i w szczególności rzek stały się wspólnem dziedzictwem wszystkich bodaj prawodawstw europejskich, należąc zresztą do prawa cywilnego i administracyjnego. Tak np. treść interdyktów, przy których pomocy pretor zabezpieczał utrzymanie żeglowności rzeki i wolności żeglugi, należy dziś do prawa administracyjnego. Nie będziemy ich tu wyliczali. Jeżeli jednak prawo rzeczne wewnątrz żyje po dziś dzień puścizną geniuszu rzymskiego, czy można to samo powiedzieć o prawie międzynarodowym?

⁹⁾ Dorpat, 1901.

¹⁰⁾ Rzeki traktatowe (po ros.) 2 tomy. Kazań, 1895.

Tu należy mimochodem odrzucić tezę, według której prawo rzymskie jest jednym ze źródeł prawa międzynarodowego. Tym terminem technicznym oznaczamy czynnik, który normie społecznej nadaje moc prawnie obowiązującą. Takich źródeł prawa międzynarodowego, w znaczeniu formalnym, znamy dwa: zwyczaj i umowę; prawo rzymskie nie ma z tem nic wspólnego. Niemniej przez źródła nieraz rozumie się czynniki, które historycznie ukształtowały treść normy prawnej i tylko w tem znaczeniu możnaby czasem mówić o wpływie prawa rzymskiego na międzynarodowe¹¹⁾; ale czy rzeczywiście w interesującej nas dziedzinie ten wpływ się zaznaczył?

Nadzwyczajny rozkwit nauki prawa rzymskiego w XII, XIII i XIV w., który zawdzięczamy działalności glosatorów i postglosatorów, na rozwój prawa międzynarodowego wpłynął w stopniu bardzo ograniczonym przede wszystkim dlatego, że prawo, które studjowali legiści, było prawem prywatnym; mające niejaki związek z temtem dwa tytuły Digestów, o niewoli i *postliminium* oraz o poselstwach, przyczyniały się nieraz do zamętu w pojęciach (np. długo-trwałe i uporzeczywe wprowadzanie instytucji *postliminium* do prawa międzynarodowego). Objasniając prawo rzymskie, glosatorzy musieli zauważyć zmiany polityczne, jakie zaszły w Europie od czasów Justynjana i odczuwali potrzebę przystosowania prawa justynjańskiego do współczesnych warunków. Długo obchodzili zagadnienie, opierając się na fikcji jedności Cesarstwa, uznając tylko jednego cesarza (*imperator, dominus mundi*); innych monarchów traktowali jako rzymskich klientów, ich państwa jako prowincje rzymskie, więc *universitates*¹²⁾; starali się do stosunków międzynarodowych aplikować normy prawa rzymskiego, które było w ich oczach prawem powszechnem społeczności narodów chrześcijańskich. Jeżeli więc glosatorzy tu i owdzie rozszerzają pojęcie *res publica* na „wszystkie narody”, należy zawsze pamiętać o ich fikcji jedności państwowej. Tak np. Głosa tłumaczy słowo *publica* (Inst. II, 1, pr.) *quasi populica, scilicet omnium populorum ut...* § *flumina*: znaczy to tylko, że chodzi o różne ludy, podległe politycznej władzy cesarza, podobnie, jak w owym ustępie Kodeksu, o który tyle inkaustu

¹¹⁾ Tak to np. rozumie J. B. Moore: A Digest of international law, Washington 1906, I, str. 2. gdy twierdzi, że prawo cywilne rzymskie (cywilne w dzisiejszym znaczeniu) było głównym źródłem nauki prywatnego prawa międzynarodowego.

¹²⁾ Ślad tego znaleźć można o terminie ang. *municipal law* (prawo wewnętrzne w przeciwieństwie do międzynarodowego).

wypisano w wiekach średnich: *Cunctos populos quos clementiae nostrae regit temperamentum*: chodziło zawsze o ludy w obrębie jednego państwa, t. j. Cesarstwa.

Za czasów postglosatorów osłabienie jedności Cesarstwa posunęło się znacznie dalej; niezawisłości państw, które nie chciały uznawać władzy cesarskiej, nie traktowano już jako uzurpacji, przeciwnie, uznawano udzielność tych *exterae nationes*, i może jedynym ustępstwem na rzecz zasady jedności politycznej świata chrześcijańskiego jest rozróżnianie stanu faktycznego, który rzeczywiście istniał w w. XIV-ym, i stanu prawnego, który w zasadzie powinienby istnieć, ale już minął¹³).

Postglosatorowie przyznają państwu zwierzchnictwo nad morzami; nietylko nad wodami terytorjalnymi, których granice, mówiąc nawiasem, zakreślają bardzo szeroko, ale nad otwartymi morzami. Co się dotyczy rzek, to zostawili nam dowody, że korzystać z nich mogły jedynie ludy podległe jednej i tejże władzy udzielnej. Bartolus w uwagach nad Instytucjami (I, 1, 5) tłumaczy, że wspólnymi są rzeczy, które są do dyspozycji wszystkich, ale dla rzek czyni wyjątek. *Communia sunt maioris communitatis quam publica* (trzeba pamiętać, że *maior communitas* obejmuje kolo szersze niż poddanych jednego państwa) — *unde pluribus se offerunt, ut aer, mare, aqua de coelo profluens, litora maris, unde appropriant sibi hoc nomen commune. Sed flumina* — i to jest znamienne — *non tot offerunt se*¹⁴).

¹³) Bartolus, twierdząc, że „*Imperator est de iure totius orbis dominus*, dodaje jednak: *licet de facto ei non oboediatur* (w uwagach *in Extrav. Ad reprimendum* Henryka VII). Prawo kościelne jest naogół przychylnie dążeniem monarchów do niezależności, a mimo to taka np. *Summa Sylvestrina*, już w XVI wieku, obok prawnie udzielnych papieża i cesarza (*in temporalibus*) wymienia innych, jako niezależnych tylko *de facto*: *cuiusmodi etiam est is qui superiorem non recognoscit de facto, ut rex Franciae, Hispaniae et huiusmodi*. (p. 89, c. 2, 90, c. 1) Cyt. u Beaufort: *La guerre etc.* Haga 1933, str. 106. *Summa* ukazała się w r. 1514: ale w r. 1532 Fr. Vitoria w swych głośnych dziś *Relectiones morales* uznaje bez zastrzeżeń niezależność królów hiszpańskiego i francuskiego, *licet glossator ex capite suo addat quod hoc non est de iure, sed de facto*. (De Indis, II).

¹⁴) Hrabar, w którym znaleźliśmy ten ustęp, dowiódł, że jest on wzięty z pism Faure'a (Johannes Faber), który tylko zamiast *pluribus se offerunt*, użył był wyrażenia: *omnibus patent*.

Każde państwo udzielne, *superiorem non recognoscens*, miało swoje prawo, które przeznaczało rzeki żeglowne i spławne do użytku publicznego swoich, zgodnie z zasadami prawa rzymskiego; każde stosowało te same zasady, ale na własny rachunek i własny użytek.

Za pośrednictwem glosatorów i postglosatorów pewien zasób pojęć prawnych, zasad i nawet przepisów przeszedł z prawa rzymskiego do tworzącego się prawa międzynarodowego. Tak np. reguły prawa rzymskiego dotyczące własności gruntu, sposobów nabycia, granicy rzecznej, *alluvio*, *avulsio*, *alveus derelictus*, *insula in flumine nata*, zostały odpowiednio zastosowane do terytorjum państwowego, chociaż to nieraz paczyło obraz stosunków, nieściśle oddawało rzeczywistość międzynarodową; wiele z tych zasad przyjęło się w praktyce; podobnie rzecz się ma z umowami międzynarodowymi, do których zastosowane zostały zasady rządzące paktaami rzymskimi. Czasem rezultaty były doskonałe; czasami to przenoszenie pojęć i zasad prawa rzymskiego do nauki prawa międzynarodowego było wręcz fatalne, jak w nauce o t. zw. służebnościach międzynarodowych lub o wzmiankowanym już *postliminium*. Ale jeżeli chodzi o międzynarodową żeglugę rzeczną, nie znajdujemy nic. Szukając u tak nadzwyczajnego prawnika, jakim był Bartolus, znaleźliśmy w jego dziele: *Consilia, tractatus et quaestiones* spory traktacik *De fluminibus*¹⁵⁾. Wierne założeniom prawa rzymskiego, jako prawa wewnętrznego, dziełko to nie może nam dać najmniejszej wskazówki co do międzynarodowej żeglugi rzecznej w prawie rzymskim lub średniowiecznym. Okres feudalizmu, w którym pierwiastki prawno-publiczne i prawno-prywatne, władzy i własności, były mocno zmieszane, zaznaczył się w historii prawa rzeczności wielością i różnorodnością przywilejów i monopolów, zdobywanych przez panów feudalnych, przez miasta (np. prawo składu i pokrewne) i korporacje, nieraz bardzo stare, jak *collegia nautarum*, których początki gubią się w czasach rzymskich. Opierając się na zasadach prawa rzymskiego, panujący dążyli do uregulowania wolności żeglugi przeciwko panom feudalnym, miastom i korporacjom; złamawszy jednak te przywileje, panujący krępiją żeglugę rzeczną na własny rachunek. Wszystko, co ma z nią związek, stanowi przedmiot t. zw. *iura regalia*, jest normowane licznymi ustawami i rozpo-

¹⁵⁾ *De Fluminibus* poświęcone jest zagadnieniom prawa prywatnego; prawa publicznego dotyka tylko w ustępie, mówiącym o granicach jurysdykcji w związku ze zmieniającym się korytem rzeki.

rzędzeniami; do tego trzeba dodać opłaty od żeglugi, liczne i szczególnie uciążliwe w okresie absolutystycznego fiskalizmu, podobnie jak zapory i formalności celne na granicach tak gęstych w owych czasach w Europie Środkowej. Ciekawy to i zbyt mało zbadany rozdział historii prawa rzecznego, ale i tu niema nic, co by nas interesować mogło ze stanowiska prawa międzynarodowego. Jednak twierdzenie, że w okresie przedrewolucyjnym międzynarodowa żegluga rzeczna zgoła nie istniała, należy uznać za przesądzone; istniała ona tam, gdzie się gospodarczo opłacała, zawsze na podstawie umów międzynarodowych, że wymienimy tytułem przykładu w sprawie żeglugi Odrzańskiej: traktat trzebieszowski z 29 stycznia 1618 r. między Polską a Elektorem brandenburskim lub warszawski z 18 listopada 1705 r. między Polską a Szwecją.

Jeszcze jedna uwaga na zakończenie. Wiemy już, że jeżeli według Digestów żegluga na rzekach publicznych była wolna *iure gentium*, nie miało to nic wspólnego z naszym prawem narodów. Wszelako cytowane już *Etymologiae* Św. Izydora z Sewili zachowały ślad nieco innego pojmowania *ius gentium*, niż to, do któregośmy się przyzwyczaili na podstawie *Corpus Iuris*, a jakby chcieli niekto-rzy, bliższego naszemu prawu międzynarodowemu. Czytamy tam, że *ius gentium est sedium ocupatio, aedificatio, munitio, bella, captivitates, Servitutes, postliminia, feodera, paces, induciae, legatorum non violandorum religio, connubia inter alienigenas prohibita; et inde ius gentium quod eo iure omnes fere gentes utuntur*. To nietyle określenie, ile oznaczenie treści *ius gentium* weszło później do Dekretu Gracjana i niewątpliwie mogło się następnie przyczynić do oznaczenia tą nazwą prawa międzynarodowego. Dirksen przekonywująco dowodzi, że św. Izydor ustęp ten wziął z Instytucyj Ulpjana, z których do nas doszły tylko nieznaczące fragmenty¹⁶⁾.

Nie można jednak stąd wnioskować, że w dawniejszym prawie rzymskim *ius gentium* oznaczało coś zbliżonego do dzisiejszego prawa międzynarodowego, raz dlatego, że i w tym ustępie przedmioty należące do prawa wewnętrznego widnieją obok należących dziś do prawa międzynarodowego, powtórze dlatego, że jednak kodyfikacja Justynjańska przyjęła definicję Hermogenjana, według której *ius gentium* jest to przede wszystkim prawo prywatne, nie formalistyczne, giętkie, przestrzegane we wszystkich częściach Imperjum w przeciwieństwie do prawa cywilnego, formalistycznego, właściwego jedynie dla obywateli rzymskich (kwiry-

¹⁶⁾ H. E. Dirksens *Hinterlassene Schriften*. Leipzig 1871, t. 1, str. 185 i n.

tów); w stosunkach między peregrynami oraz tymi ostatnimi i obywatelami rzymskimi prawo to nie tylko istniało obok prawa cywilnego, ale wpływało na jego rozwój w kierunku uwolnienia od przestarzałych form, koncepcyj, instytucyj, aż je wreszcie wchłoneło. W *ius gentium* spotykamy normy, które dziś należą także do prawa publicznego i nawet — w minimalnym zakresie — do międzynarodowego, choć przeważnie zajmuje się ono temi ostatnimi przedmiotami od strony prawa wewnętrznego; ale to było prawo rzymskie. Nie było to prawo dawniejsze i wyższe od państwa, jak to określają niektórzy, ale poprostu ogół reguł, zasad, instytucyj, których (lub zbliżonych) istnienie Rzymianie stwierdzali u ludów innych, niż *Populus Romanus*, i które mogły być wzięte za wyraz norm wspólnych wszystkim ludziom, jako wynikających z natury rzeczy i ze względów słuszności. W istocie termin: prawo naturalne miał w prawie rzymskim i później wiele znaczeń; glosatorowie i postglosatorowie wyliczają ich pięć, jeśli nie więcej. Otóż w jednym z tych znaczeń *ius naturale* jest to poprostu *ius gentium*; Głosa stwierdza to wielokroć i daje przykłady z prawa prywatnego¹⁷⁾.

H. Sumner Maine, wielki historyk prawa, który był profesorem prawa rzymskiego i porównawczego a skończył jako profesor prawa międzynarodowego na katedrze Whewella (Cambridge) dwukrotnie podkreśla rzymskie pochodzenie prawa międzynarodowego. „Jeśli wyłączymy prawo umowne ...jesteśmy zdziwieni, znajdując, że największa część prawa międzynarodowego jest utworzona z prawa rzymskiego. Ilekroć prawnicy stwierdzili, że pewna doktryna była w zgodzie z *ius gentium*, publicyści nowożytni znaleźli zawsze powód, aby ją przyjąć, nawet gdy nosiła wyraźnie znamię swego rzymskiego pochodzenia”. „Znaczna część prawa międzynarodowego jest poprostu prawem rzymskim, rozpowszechnionem w Europie zapomocą operacji zupełnie podobnej do tej, która niewiele wiekami wcześniej umożliwiła innym częściom prawa rzymskiego przeniknięcie w pory różnych systemów prawnych Europy¹⁸⁾).

¹⁷⁾ Np. ad I. I, 2, pr. v° *quod natura: et nota quia quatuor modis ius naturale ponitur: quandoque pro iure gentium...* I. I, 2, 1, v° *ius civile; iuris naturalis id est iuris gentium*. I. II, 1, 1, v° *naturali iure: id est de iure gentium* itd. Por. określenie Gaja: *quod vera naturalis ratio inter omnes homines constituit i t. d.*

¹⁸⁾ Tłom. franc: *L'Ancien Droit*, Paris 1874, str. 92; *Le droit international*. Paris 1890, str. 26.

Tak sformułowany sąd zawiera niewątpliwie sporo przesady, przynajmniej jeśli chodzi o międzynarodowe prawo publiczne; widzieliśmy jednak wyżej, że, istotnie, przedewszystkiem dzięki pracom glosatorów i postglosatorów, a dodajmy: także za pośrednictwem teologów i kanonistów wiele rozstrzygnięć, norm, zasad prawa rzymskiego przedostało się do tworzącego się właśnie prawa międzynarodowego. Jedne z nich zostały, jako trwałe nabytki, inne nie utrzymały się albo musiały być usunięte. Skąd ten wpływ materialny? R. Phillimore w swych *Commentaries upon international law* pisze się w zupełności — ba! z entuzjazmem na słowa Leibniza: *Dixi saepius post scripta Geometrarum nihil exstare quod vi ac subtilitate cum Romanorum scriptis comparari possit: tantum nervi inest, tantum profunditatis*¹⁹⁾. Nigdzie może tak, jak w krajach anglosaskich, nie są rozumiane słowa Holendra Bynkershoecka, że *qui id* (t. j. prawo rzymskie) *audit, vocem fere omnium gentium videatur audire*²⁰⁾, albo mówiąc o pewnej zasadzie prawa rzymskiego: *ipsa iuris gentium, non sola Ulpiani vox est*²¹⁾. Ten swój wpływ materialny na tworzące się prawo międzynarodowe zawdzięcza prawo rzymskie niewątpliwie genjuszowi prawników rzymskich, którzy, łącząc w sposób godny niezachwiane poczucie słuszności z ogromnym zdrowym rozsądkiem, stworzyli rzeczy wieczne. Ale to właśnie ta wewnętrzna wartość rozstrzygnięć, norm i zasad sprawia, że służyły one i służą wciąż za wzór nawet w pewnej mierze w dziedzinie prawa międzynarodowego, nie będąc ani źródłem tego ostatniego, ani prawem posiłkowym względem niego, boć przecie termin: prawo posiłkowe ma ściśle określone znaczenie. Ta sama jednak natura rzeczy, na którą prawnicy rzymscy tak wielką zwracali uwagę, sprawia, że do stosunków między państwami, tyle różnych od stosunków wewnętrznych, niemożliwym jest przykładać poprostu miarę prawa wewnętrznego, *par excellence* prywatnego, jakim jest prawo rzymskie. Możemy natomiast mówić o ogólnych zasadach prawa, nielicznych zasadach wspólnych wszelkiemu prawu danej rodziny cywilizacyjnej, o których mówi np. art. 38 Statutu Trybunału Międzynarodowego w Hadze: tu prawa rzymskiego nie będzie można nigdy pominąć.

Wręcz szkodliwą byłaby tendencja, zmierzająca do wypełniania, pod firmą prawa rzymskiego, tak zwanych luk w prawie międzynarodowym, np. przez stosowanie analogji, które z natury tego prawa może mieć bardzo ograniczone tylko znaczenie. Ale tu przecho-

¹⁹⁾ 3 wyd. Londyn 1879, t. I, str. 34.

²⁰⁾ De foro legat. c. XI.

²¹⁾ Questiones iuris publici c. VIII in f.

dzirny już do zagadnień państwa i prawa światowego, międzynarodowych praw człowieka i do usiłowań wyzyskania w tym celu niewątpliwie odradzającego się zainteresowania ideą prawa naturalnego. Przypominają się słowa Cycerona: *Neque erit alia lex Romae alia Athenis. Albo: Cum animus... seseque non unius circumdati moenibus loci, sed civem totius mundi quasi unius urbis agnoverit....*²²⁾ — czy znowu nie w obrębie państwa rzymskiego?

To jednak nie może być przedmiotem notatki niniejszej.

²²⁾ De republica III, 22. De legibus I. 23.