

## IV. DEBIUTY

JAKUB STOLAREK (Poznań)

### **Testament ustny (*testamentum nuncupativum*) w wybranych komentarzach Bartolusa de Saxoferrato i Baldusa de Ubaldis**

Ustna forma ostatniej woli jest technicznie najwcześniejszą formą testamentu. Testowanie ustne zasadniczo było niezmiennie dozwolone na każdym etapie rozwoju prawa rzymskiego<sup>1</sup>. Ustny charakter miały najstarsze rzymskie metody dysponowania majątkiem na wypadek śmierci – *testamentum calatis comitiis* i *testamentum in procinctu*, które sporządzano publicznie poprzez wypowiedzenie przez testatora treści jego ostatniej woli przed zgromadzeniem ludowym albo zbierającym się do boju oddziałem. Ograniczenia w dostępie do tych form, związana z nimi kontrola społeczna oraz polityczno-religijny charakter doprowadziły poprzez *mancipatio familiae* do wytworzenia się w III w. przed Chr. nowego sposobu testowania – *testamentum per aes et libram*, w którym główny nacisk kładziono na ustnie wyrażoną wolę testatora (*nuncupatio*). W miarę upowszechniania się pisma, wola testatora zamiast w formie ustnej deklaracji zaczęła być wyrażana na zamkniętych i opieczętowanych woskowych tabliczkach (*tabulae testamenti*), co doprowadziło do powstania testamentu pisemnego prawa cywilnego<sup>2</sup>. Warto jednak zauważyć, że dominującą formą testamentu cywilnego była postać ustna<sup>3</sup>. Dalsze spopularyzowanie testamentu na piśmie nastąpiło wtedy, gdy pretor doprowadził do powstania tzw. testamentu pretorskiego na piśmie z pieczęciami siedmiu świadków. Z czasem obie współistniejące ze sobą formy, prawa cywilnego i pretorskiego, upodobniły się do siebie, gdy cesarz Konstans zniósł wymóg mancytacji i *nuncupatio* dla testamentu cywilnego

---

<sup>1</sup> F. Longchamps de Bérier, *Law of Succession. Roman Legal Framework and Comparative Law Perspective*, Warszawa 2011, s. 167.

<sup>2</sup> W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérier, *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, Warszawa 2009, s. 284.

<sup>3</sup> B. Biondi, *Successione testamentaria e donazioni*, Milano 1943, s. 45.

(C.6.23.15)<sup>4</sup>. Każdy z tych testamentów mógł być wyrażony w formie ustnej, choć częściej była ona stosowana w testamencie cywilnym. O możliwości ustnego sporządzenia testamentu pretorskiego świadczy reskrypt cesarza Gordiana III<sup>5</sup> nakazujący udzielić *bonorum possessio* także na podstawie *nuncupatio*<sup>6</sup>.

Ostateczny kształt testamentu ustnego odnajdujemy w kompilacji justyniańskiej<sup>7</sup>. Jak najbardziej zgodny z prawem testament ustny (*testamentum nuncupativum, testamentum sine scriptis*) testator mógł sporządzić wobec równocześnie obecnych siedmiu świadków, którym objawił swą ostatnią wolę. Wszelkie inne wymogi formalne zostały zniesione, w szczególności użycie jakichkolwiek ściśle określonych formuł słownych. Jak widać, forma ustna bez większych przeszkód dotrwała w rzymskim prawie spadkowym do czasów Justyniana. Wraz z upowszechnieniem się pisma zaczęto jednak dostrzegać zalety utrwalenia treści testamentu w tej postaci. Spowodowało to rozwój testamentów na piśmie, choć wprowadzona w 446 r. forma holograficzna, współcześnie najbardziej rozpowszechniona, nie została ostatecznie przejęta przez kompilację justyniańską. O ile w prawie poklasycznym zauważyć można tendencję do rozwijania nowych form pisemnych, o tyle trudno mówić o ograniczaniu ustności. Ostatnia wola w formie ustnej była zawsze dostępna dla testatora jako klasyczny testament ustny, jak i w formie niektórych testamentów specjalnych. Rzymianie potrafili zresztą umiejętnie łączyć ustność deklaracji i pisemność rozporządzeń w jednej formie testamentu. Wydaje się więc, że testament ustny i pisemny (w różnych postaciach) dość zgodnie współistniały w antycznym prawie rzymskim, stanowiąc o różnorodności form testamentowych prawa rzymskiego, z których mógł skorzystać testator.

Średniowieczna recepcja prawa rzymskiego, zapoczątkowana przez szkołę glosatorów, przejęła justyniański model ustnego testowania, nie wprowadzając w tym zakresie większych zmian. Dzieło uchodzące za najlepsze podsumowanie dorobku glosatorów, akursjańska *Glossa ordinaria*<sup>8</sup>, wskazuje, że testament ustny nadal można było sporządzić, objawiając swą wolę wobec siedmiu zebranych świadków<sup>9</sup>. Glosatorzy potwierdzili ogólne założenia formy ustnej i wymogi (brak formalizmu, liczba świadków),

<sup>4</sup> F. Longchamps de Bérier, op. cit., s. 161.

<sup>5</sup> C. 6.11.2

<sup>6</sup> Na temat kontrowersji dot. ustnego charakteru testamentu pretorskiego zob. chociażby: B. Biondi, op. cit., s. 47-48; S. Solazzi, *Giordano e il testamento orale pretorio*, „Studia et Documenta Historiae et Iuris”, nr 13/14, Roma 1947/1948 oraz S. Solazzi, *Ancora del testamento nuncupativo*, „Studia et Documenta Historiae et Iuris”, nr 17, Roma 1952.

<sup>7</sup> W szczególności: I. 2.10.14, C. 6.23.21.4, C. 6.23.26.

<sup>8</sup> W wydaniu: *Corpus Iuris Civilis Iustinianei*, t. 4-5, Lugdunum 1627.

<sup>9</sup> Przykładowo glosa do I.2.10.14 – *Supremae voluntatis viva voce, coram septem rogatis testibus, declaratio a testatore facta, nuncupativum testamentum dicitur* – *Corpus Iuris Civi-*

precyzując niektóre elementy (wezwanie świadków, objawienie woli), używając w tym celu krótkich dialektycznych objaśnień ukazujących sens poszczególnych słów znajdujących się w tekstach rzymskich. Kwestie te, jak można się domyślać, musiały rodzić pewne problemy i miały donośne znaczenie praktyczne – jak sporządzić testament ustny tak, by był ważny? Recypowany przez *ius commune* testament ustny przenikał także do pozostających z nim w relacji rozmaitych *iura propria*, jak chociażby do kastylijskich *Siete Partidas*, gdzie znajdziemy *testamentum nuncupativum*, zarówno w zakresie nazwy, jak i istoty sposobu sporządzania przejęty z kompilacji justyniańskiej<sup>10</sup>.

Praca glosatorów stanowiła solidny fundament dla przyszłych pokoleń jurystów ze szkoły konsyliatorów (komentatorów). Uczni ci nie ograniczali się jedynie do pracy teoretycznej, lecz zajmowali się praktyką prawniczą, piastowali godności kościelne oraz udzielali się politycznie. Dla konsyliatorów bowiem praktyka i teoria były, można rzec, dwiema stronami tej samej monety<sup>11</sup>. Ponadto ich badania miały szerszy zasięg – analizie poddawano nie tylko zapisy *Corpus Iuris Civilis*, ale także glosy i dzieła pozostawione przez poprzedników. To na tej podbudowie tworzono oryginalne komentarze do kompilacji justyniańskiej twórczo rozwijając antyczne instytucje prawne i przystosowując je do średniowiecznej rzeczywistości. Komentarze te w przeciwieństwie do glos nastawionych na wyjaśnienie litery prawa, miały na celu zgłębienie jego istoty. Inną formą działalności konsyliatorów były *consilia*, płatne porady prawne udzielane stronom na podstawie danego stanu faktycznego.

Najwybitniejszymi przedstawicielami tego nurtu byli Bartolus de Saxoferrato (*Bartolo da Sassoferrato*, 1313-1357) oraz jego uczeń Baldus de Ubaldi (*Baldo degli Ubaldi*, 1327-1400). Bartolus, uczeń Cynusa z Pistoii, był niesłychanie aktywnym człowiekiem – profesorem prawa, adwokatem, doradcą prawnym, sędzią, politykiem<sup>12</sup>. Znany jest przede wszystkim ze swojego komentarza do *Corpus Iuris Civilis* oraz *consiliów*, ale tym, co najbardziej go wyróżniało, była niezwykła biegłość w dialektyce oraz kompleksowe podejście do prawa i umiejętność wydobycia *ratio legis* z samej litery prawa justyniańskiego<sup>13</sup>.

---

*lis Iustnianeis, Institutionum, Sive Primorum Totius Iurisprudentiae Elementorum Libri Quatuor: Omnia à mendis quàm accuratissimè repurgata, atque vindicata*, Lugdunum 1627, s. 198.

<sup>10</sup> *Las Siete Partidas del rey Don Alfonso el Sabio cotejadas con varios codices antiguos*, tomo III, Madrid 1807 – *Partida Sexta, Título 1: De los testamentos, Ley 1: Qué quiere decir testamento, e á qué tiene pro, e cuántas maneras son dél, et cómo debe seer fecho*, s. 360.

<sup>11</sup> M. Bellomo, *Europäische Rechtseinheit: Grundlagen und System des Ius Commune*, München 2005, s. 177-186.

<sup>12</sup> *Ibidem*, s. 190-195.

<sup>13</sup> Zob. H. Lange, M. Kriechbaum, *Römisches Recht im Mittelalter*, Band 2, *Die Kommentatoren*, München 2007, s. 682-733.

W komentarzu<sup>14</sup> do Instytucji Justyniana, Bartolus de Saxoferrato<sup>15</sup> wyowiada się o testamentie ustnym w oparciu fragment zaczynający się od słów *Sed haec quidem* (I. 2.10.14<sup>16</sup>):

*In quo dicitur testimonio sine scriptis pone coram septem testibus, dixit testator suam supremam voluntatem, haeredem instituat, relinquit legata et omnes septem testes sigillaverunt et subscripserunt. Quaeritur an sit testamentum in scriptis vel sine scriptis? Videtur quod sine scriptis: quia coram omnibus suam voluntatem edidit. Videtur quod in scriptis: quia ibi formaliter in scriptis. Dico quod considerandum est quid actum est a defuncto. Et secundum: hoc debet iudicari testamentum in scriptis, vel sine scriptis. Sed si non constat, dico quod est testamentum in scriptis et sine scriptis. Sic enim nihil prohibet in eadem ratione secundum diversas considerationes plures esse orationes fallendi: similiter in eodem facto secundum diversas considerationes possunt esse secundum diversas considerationes possunt esse diversi contractus, ut si dicam alicui, vendis mihi equum tuum pro decem et respondet vendo et est stipulatio et venditio, sic est et testamenti factio in isto facto si habeat ea quae exiguntur ad testamentum in scriptis et ea quae exiguntur ad testamentum sine scriptis, potest dici in scriptis et sine scriptis: non quod sint duo testamenta: quia est una voluntas, ergo unum est testamentum: nec aliquis potest decedere duobus testamentis factis, nisi similes.*

Przedstawiony model testowania ustnego jest tożsamy z justyniańskim – testator objawia swą wolę wobec siedmiu świadków. Komentarz Bartolusa w interesujący sposób wpisuje się w rozważania jurystów średniowiecznych nad istotą ustności. Co ciekawe, prawnik nie mówi wprost, że rozważa testament ustny, którego treść została spisana, ale wynika to z podkreślenia, że świadkowie pieczętują i podpisują testament. Bartolus przedstawia dwa poglądy co do tego, czy rozważany testament jest ustny czy też pisemny, uznając, że oba są możliwe do obrony. Zaznacza jednak, że według niego o charakterze testamentu decyduje czynność, której dokonał testator. Kończąc myśl wybitnego konsyliatora, można dopowiedzieć, że byłby to testament ustny, zważywszy na niewątpliwą ustność oświadczenia ostatniej woli. Ponadto Bartolus twierdzi, że możliwe jest nawet w pewien sposób przypisanie testamentowi podwójnej natury – pisemnej i ustnej – czyniąc porównanie do

<sup>14</sup> Bartolus de Saxoferrato, *Super Institutionibus Iuris Civilis Commentaria*, Lugdunum 1559, s. 209-211.

<sup>15</sup> Autentyczność komentarzy do Instytucji zarówno Bartolusa jak i Baldusa bywa kwestionowana, zob. H. Dondorp, E.J.H. Schrage, *The Sources of Medieval Learned Law*, [w:] J.W. Cairns, P.J. du Plessis (red.), *The Creation of the Ius Commune. From Casus to Regula*, Edinburgh 2010, s. 29.

<sup>16</sup> I. 2.10.14 – *Sed haec quidem de testamentis quae in scriptis conficiuntur. Si quis autem voluerit sine scriptis ordinare iure civili testamentum, septem testibus adhibitis et sua voluntate coram eis nuncupata, sciat hoc perfectissimum testamentum iure civili firmumque constitutum.*

kontraktu, który jest zarazem sprzedażą, jak i stypulacją. Warunkiem jednak jest, aby testament taki spełniał wymogi przewidziane zarówno dla formy ustnej jak i pisemnej. Wydaje się, że argumentacja Bartolusa de Saxoferrato mogła mieć na celu wzmocnienie skuteczności testamentu. Przecistawiając się szkodliwym skutkom formalizmu testamentowego, konsyliator opowiadał się za ideą swobody dysponowania majątkiem na wypadek śmierci. W sytuacji gdyby sporządzony testament na piśmie miał braki formalne (związane np. z podpisami świadków), możliwe byłoby uznanie go za ważnie sporządzony testament ustny, w ramach zaproponowanej przez Bartolusa dualistycznej natury ostatniej woli. Jest to rozwiązanie podobne do znanej we współczesnym prawie polskim tzw. konwersji nieprawidłowo sporządzonego testamentu na inną formę ostatniej woli<sup>17</sup>. W żadnym razie nie można jednak było sporządzić jednym aktem dwóch oddzielnych testamentów – taka sytuacja jest niemożliwa, dlatego że według konsyliatora człowiek posiada tylko jedną wolę, a więc może sporządzić tylko jeden testament. Testator nie zostawi po sobie dwóch równoważnych testamentów. Dla zachowania sensu instytucji testamentu należy przyjąć, że Bartolus rozważa sporządzenie testamentu w jednym czasie. Możliwość zmiany jednej woli wydaje się bowiem oczywista. Czysto teoretycznie konsyliator dopuszcza możliwość sporządzenia dwóch testamentów, jeżeli są identyczne, czyli *de facto* byłyby jednym testamentem.

W drugiej części powyższego komentarza uczyony kieruje rozważania na aspekty związane z rolą świadków:

*Sed est testamentum habens duas formas, scilicet in scriptis et sine scriptis et est utilitas ut istas duas formas habeat, quia potest haeres se iuvare ut de testamento scripto vel non scripto, probat sola scriptura septem testibus recognoscentibus sigilla sua, nec oportebit testes ad iudicium venire: sed si ex non scripto oportet per septem testes probarent, et deponent quod audierunt testatorem dicentem istam suam ultimam voluntatem, et infra oportebit eos ad iudicium venire, ut supra dixi: et sic non obstaret postea quod unus esset servus de septem testibus testamenti in scriptis, bene probaretur nihilominus testamentum in scriptis, quia servus bene posset recognoscere sigillum suum, sed sine scriptis non: quia oportet*

<sup>17</sup> Chodzi o uznanie niespełniającego wymogów formalnych testamentu zwykłego (notarialnego, alograficznego) za ważny testament ustny, zob. przykładowo uchwałę 7 sędziów SN z 22 marca 1971 r., III CZP 91/70 (OSPika 1972, nr 2, poz. 26); uchwałę SN z 9 lutego 1981 r., III CZP 68/80 (OSPika 1982, nr 9-10, poz. 173) oraz uchwałę SN z 22 marca 1982 r., III CZP 5/82 (OSNCP 1982, nr 8-9, poz. 117). Rozszerzanie przypadków konwersji jako swoista polityka mniejszego zła spotkało się z krytyką, zob. J. Kosik, *Przesłanki sporządzania testamentu ustnego w kodeksie cywilnym*, [w:] *Studia cywilistyczne. Zbiór rozpraw z zakresu prawa cywilnego, prawa międzynarodowego prywatnego, prawa pracy oraz prawa procesowego cywilnego*, Tom XIII-XIV, Kraków 1969, s. 199; J. Gwiazdomorski, *Wykładnia przepisów o testamencie na tle uchwały składu 7 sędziów SN z 22 marca 1971 r.*, „Nowe Prawo” 1973, nr 6 czy M. Niedośpiał, *Testament w polskim prawie cywilnym. Zagadnienia ogólne*, Bielsko-Biała 199, s. 129.

*teret testes in iudicium et deponere de auditu. Sed cum est in scriptis non depontunt testes quod audierunt testatorem ita testari: quia ipsi nesciverunt qualis erat voluntas defuncti, unde nullum ferunt testimonium: sed solum cognoscunt sigilla sua: sed servus potest, hoc facere scilicet recognoscere sigillum suum: sed deponere et facere testimonium non potest: quia oporteret eum in iudicium venire, et servus in iudicio esse non potest: et ideo licet unus de testibus appareat postea servus, potest probari testamentum in scriptis, sed non sine scriptis.*

Bartolus de Saxoferrato pochwała istnienie dwóch form testamentu – ustnej i pisemnej, uznając, że ten dualizm daje więcej możliwości spadkobiercom. Ponadto słowa o pomocnej spadkobiercom podwójnej naturze testamentu – ustnej i pisemnej – są zgodne z wcześniejszą argumentacją zmierzającą do utrzymania testamentu w mocy w jednej z dwóch form. Bartolus aprobeje taką interpretację testamentu, która ma na celu zachowanie jego ważności, obojętnie w jakiej formie. Co ciekawe, główną zaletę takiego rozwiązania konsyliator upatruje w korzystniejszej sytuacji dziedziców testamentowych (w przypadku obalenia testamentu pisemnego mogą żądać jego uznania za testament ustny i odwrotnie), a nie w szacunku dla woli zmarłego. Średniowieczny prawnik wypowiada się także w kwestiach dowodzenia treści testamentu. O ile w przypadku kwestionowania testamentu na piśmie wystarczy, że świadkowie rozpoznają swoje pieczęcie, to przy testamencie ustnym nieodzowne jest postępowanie sądowe. Należy przesłuchać wszystkich siedmiu świadków na okoliczność tego, co słyszeli podczas objawienia ostatniej woli przez testatora, a następnie wezwać ich do sądu. Na tej podstawie prawnik udowadnia także, że sługa (*servus*) nie może być świadkiem testamentu ustnego, gdyż w przypadku jego zakwestionowania, nie mógłby występować w sądzie.

Natomiast w komentarzu<sup>18</sup> do Kodeksu Justyniana, rozważając fragment konstytucji zaczynającej się od słów *Per nuncupationem* (C. 6.23.21.4<sup>19</sup>), Bartolus pisze:

*Habuistis supra de testamento in scriptis nunc prosequitur de testamento nuncupativo. Testamentum nuncupativum debet fieri coram septem testibus, voluntatem testatoris audientibus hoc dicit*

stwierdzając, że testament ustny winien być sporządzony wobec siedmiu świadków, którzy wysłuchają woli testatora. Jest to zgodne z treścią komentowanej konstytucji.

<sup>18</sup> Bartolus de Saxoferrato, *Commentaria in secundam Codicis partem*, Lugdunum 1552, s. 20.

<sup>19</sup> C. 6.23.21.4 – *Per nuncupationem quoque, hoc est sine scriptura, testamenta non alias valere sancimus, nisi septem testes, ut supra dictum est, simul uno eodemque tempore collecti testatoris voluntatem ut testamentum sine scriptura facientis, audierint.*



Komentując<sup>20</sup> fragment zaczynający się od *In testamentis* (C. 6.23.26<sup>21</sup>), Bartolus dochodzi z kolei do wniosku, że obowiązek wcześniejszej zapowiedzi spadkodawcy (*praedictio*), którą ten winien uczynić wobec świadków (odnośnie do ich udziału w czynności sporządzenia testamentu) został zniesiony poprzez moc komentowanego prawa.

*Testatoris predictio, testibus facienda, tollitur hac lege hoc dicit.*

Uczniem Bartolusa był kolejny z wybitnych konsyliatorów – Baldus de Ubaldis, wykładający prawo m.in. na uniwersytetach w Perugii i Florencji. Wyróżniał się on niezwykle praktycznym podejściem do prawa oraz zainteresowaniem prawem feudalnym. Uznanie przyniosły Baldusowi zwłaszcza znakomite komentarze do *Corpus* oraz liczne *consilia*<sup>22</sup>.

W komentarzu do Instytucji Justyniana<sup>23</sup> Baldus o fragmencie *Sed haec quidem* wypowiada się następująco:

*Testamentum solenne quod testamentum nuncupativum et sine scriptis dicitur; sit presentibus septem testibus rogatis coram testatore voluntatem suam declarante.*

Uczony powtarza zapisy Instytucji – prawomocny testament w formie ustnej (bez pisma) sporządza się poprzez objawienie woli testatora w obecności siedmiu wezwanych świadków. Baldus odysła także do akursjańskiej glosy *Id est rogatis*<sup>24</sup> – tłumaczy ona zwrot *adhibitis* w odniesieniu do świadków jako świadków poproszonych (*rogatis*) o stawienie się i zachowanie należytej uwagi. Z tą glosą prawnik poleca rozważyć fragment wcześniejszej części Instytucji z tytułu *De testamentis ordinandis*<sup>25</sup> mówiący o pochodzącym z *ius*

<sup>20</sup> Bartolus de Saxoferrato, op. cit., s. 20.

<sup>21</sup> C. 6.23.26 – *In testamentis sine scriptis faciendis omnem formalem observationem penitus amputamus, ut, postquam septem testes convenerint, satis sit voluntatem testatoris vel testatricis simul omnibus manifestari significantis, ad quos substantiam suam pervenire vellet vel quibus legata vel fideicommissa vel libertates dispoeret, etiamsi non ante huiusmodi dispositionem praedixerit testator vel testatrix illa formalia verba: ideo eisdem testes convenisse, quod sine scriptis suam voluntatem vel testamentum componere censuit.*

<sup>22</sup> Zob. K. Pennington, *Baldus de Ubaldis*, „Rivista Internazionale di Diritto Comune”, nr 8 (1997), s. 35-61.

<sup>23</sup> Baldus de Ubaldis, *Commentaria ad quatuor Institutionum libros*, s. 1., 1576, s. 27.

<sup>24</sup> *Adhibitis id est rogatis ut intersint et sint attentis.*

<sup>25</sup> I. 2.10.2-3 – *Postea vero ex edicto praetoris alia forma faciendorum testamentorum introducta est: iure enim honorario nulla emancipatio desiderabatur, sed septem testium signa sufficiebant, cum iure civili signa testium non erant necessaria. 3. Sed cum paulatim tam ex usu hominum quam ex constitutionum emendationibus coepit in unam consonantiam ius civile et praetorium iungi, constitutum est, ut uno eodemque tempore, quod ius civile quodammodo exigebat, septem testibus adhibitis et subscriptione testium, quod ex constitutionibus inventum est, et ex edicto praetoris signacula testamentis imponerentur: ut hoc ius tripertitum esse videatur, **ut testes quidem et eorum praesentia uno contextu testamenti celebrandi gratia a iure civili descendant, subscriptiones au-***

*civile* obowiązku zachowania ciągłości (*uno contextu*) obecności świadków podczas dopełniania formalności przy sporządzaniu testamentu.

Baldus zwięźle podsumowując powyższe teksty, stwierdza, że niezbędne jest wezwanie i poproszenie świadków, aby byli obecni przy sporządzaniu testamentu:

*quod est necesse testes in testamento rogatos esse et adhibitos ut intersint testamento.*

Rozważając rolę świadków, Baldus zastanawia się także, czy sama obecność poproszonych świadków świadczy o ich wezwaniu:

*Sed quid si dicitur, quod non sint adhibiti ad hoc sed dicitur, praesentibus testibus rogatis?*

Odpowiedź brzmi twierdząco:

*Respondeo praesumitur eos esse adhibitos.*

przy czym Baldus odsyła do argumentacji użytej w Digestach:

*Homines coactos accipere debemus ad hoc coactos, ut damnum daretur<sup>26</sup>. Sed Iulianus adicit, si color quaesitus sit, ut filius familias, qui mutuam accepturus erat, fideiuberet alio reo dato, fraudem senatus consulto factam nocere et dandam exceptionem tam filio familias quam reo, quoniam et fideiussori filii subvenitur<sup>27</sup>.*

Pierwszy fragment, zaczynający się od słowa *Homines*, pochodzi z księgi 47 Digestów, z tytułu *Vi bonorum raptorum et de turba* ([Skarga] z tytułu zrabowanych rzeczy i o tłumie<sup>28</sup>) traktującego o delikcie powstałym w wyniku rabunku (*rapina*)<sup>29</sup>. Przepis ten wprowadza w zakresie rabunku domniemanie nakazujące traktować zebrane osoby jako zgromadzone w celu wyrządzenia szkody. Natomiast drugi fragment, *Sed Iulianus*, z księgi 14, z tytułu *De se-*

---

*tem testatoris et testium ex sacrarum constitutionum observatione adhibeantur, signacula autem et numerus testium ex edicto praetoris.*

<sup>26</sup> D. 47.8.2.4

<sup>27</sup> D. 14.6.7.pr

<sup>28</sup> Tłumaczenia tytułów Digestów za: W. Bojarski, W. Dajczak, A. Sokala, *Verba Iuris. Reguły i kazusy prawa rzymskiego*, Toruń 2007.

<sup>29</sup> Chodzi o szczególną formę kradzieży połączonej z użyciem przemocy lub dokonanej przez zorganizowaną bandę, charakteryzującą się surowszą odpowiedzialnością sprawców. Poszkodowany, korzystając z *actio vi bonorum raptorum*, mógł się domagać *quadruplum* skradzionej rzeczy. Zob. W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérrier, op. cit., s. 533.



*natus consulto Macedoniano* (O macedoniańskiej uchwale senatu)<sup>30</sup> tyczy się wypadku, w którym syn *alieni iuris* pragnący uzyskać pożyczkę, w celu obejścia przepisów *S.C. Macedonianum* występuje jako poręczyciel innego dłużnika. W tej sytuacji Iulianus twierdzi, że przyjmuje się, iż ochrona na mocy uchwały macedoniańskiej przysługuje zarówno synowi jak i dłużnikowi, gdyż *S.C. Macedonianum* znajduje zastosowanie także do poręczyciela syna.

Baldus de Ubaldis, opierając się na powyższych fragmentach, uznaje, że należy domniemywać, że świadek obecny przy sporządzaniu testamentu jest świadkiem wezwanym. Na podobnej zasadzie bowiem domniemywa się w Digestach, że dłużnik, którego fikcyjnym poręczycielem jest syn *alieni iuris* (rzeczywisty dłużnik) także korzysta z ochrony prawnej na mocy uchwały macedoniańskiej senatu, a przy skardze z tytułu zrabowanych rzeczy, że osoby zgromadzone zebrały się dla wyrządzenia szkody.

Gwoli ścisłości Baldus prezentuje także przeciwnie poglądy innych uczonych, które także w swej istocie opierają się na swoistej konkurencji gry skojarzeń z fragmentami *Corpus Iuris Civilis*:

*Sed nunquid si dicitur in testamento praesentibus talibus, nunquid praesumuntur rogati?*

Dynus de Mugello (*Dino del Mugello* lub *Dino Rosoni*, zm. ok. 1303), zajmujący się prawem cywilnym oraz kanonicznym<sup>31</sup>, nie przyjmuje domniemania, iż ci którzy nie zostali wezwani w sposób formalny, mogą być świadkami:

*Dynus tenet quod non quia solemnitas extrinseca non praesumitur nisi probetur*

dlatego, iż formalności zewnętrznych (dodatkowych) nie uważa się za spełnione, jeżeli nie zostało to dowiedzione. Powołuje się przy tym na fragment zaczynający się od słowa *Quaecumque*<sup>32</sup> *in finem*, z księgi 6 Digestów, tytułu *De Publiciana in rem actione* (O rzeczowej skardze publicjańskiej) zgodnie z którym w przypadku nabycia od nieletniego konieczne jest udowodnienie zgody opiekuna:

<sup>30</sup> Chodzi o wydane ok. 51 r. po Chr. *senatus consultum*, które miało zapobiec zabójstwom ojców przez niewypłacalnych synów w celu zdobycia środków na spłatę zadłużenia. Bodźcem do uregulowania tej sprawy było faktyczne zabójstwo ojca przez syna o imieniu Macedo. Sam akt prawny zabraniał udzielania pożyczek synom pozostającym pod *patria potestas*. Zakaz wkrótce rozciągnięto na pozostałe osoby podległe władzy ojcowskiej. Udzielenie pożyczki wbrew postanowieniom *S.C. Macedonianum* skutkowało tym, że dłużnicy w razie uzyskania pozycji *sui iuris* mogli podnieść zarzut procesowy oparty na uchwale (*exceptio senatu consulti Macedoniani*), samo zaś zobowiązanie miało charakter *obligatio naturalis*. Zob. W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérier, op. cit., s. 204, 432.

<sup>31</sup> Zob. H. Lange, M. Kriechbaum, op. cit., s. 445-461.

<sup>32</sup> D. 6.2.13.

*Qui a pupillo emit, probare debet tutore auctore lege non prohibente se emisse. Sed et si deceptus falso tutore auctore emerit, bona fide emisse videtur.*

Podobnie, opierając się na fragmencie *Hac consultissima*<sup>33</sup> z księgi 6 Kodeksu, tytułu *De testamentis: quemadmodum testamenta ordinantur*, **ma** uważać kolejny znakomity konsyliator i wzięty poeta Cynus z Pistoia (*Cino da Pistoia*, 1270-1336)<sup>34</sup>:

*Hac consultissima lege sancimus licere per scripturam conficientibus testamentum, si nullum scire volunt quae in eo scripta sunt, signatam vel ligatam vel tantum clausulam involutamque proferre scripturam vel ipsius testatoris vel cuiuslibet alterius manu conscriptam, eamque rogatis testibus septem numero civibus romanis puberibus omnibus simul offerre signandam et subscribendam, dum tamen testibus praesentibus testator suum esse testamentum dixerit quod offertur eique ipse coram testibus sua manu in reliqua parte testamenti subscripserit: quo facto et testibus uno eodemque die ac tempore subscribentibus et consignantibus valere testamentum nec ideo infirmari, quod testes nesciant quae in eo scripta sunt testamento.*

Powyższe „najbardziej przemyślane prawo” zezwala testatorowi na sporządzenie testamentu na piśmie, którego treść nie będzie znana świadkom. Nadal jednak świadkowie, w liczbie siedmiu, muszą w jednym czasie podpisać i opieczetować pismo, które testator okazał im jako swój testament. Dal-szy fragment konstytucji stwierdza zresztą wyraźnie, że testament niepodpi-sany przez świadków jest wadliwy<sup>35</sup>. Cynus uważa więc, że sama obecność świadków nie dowodzi jeszcze ich wezwania, gdyż jak pokazują przepisy dotyczące testamentu na piśmie, powinni oni złożyć jeszcze podpis potwierdzający ich rolę świadka testamentu.

Baldus odnotowuje jednak, że powyższe opinie są sprzeczne z fragmen-tem *Sciendum*<sup>36</sup> z księgi 45 Digestów, tytułu *De verborum obligatione* (O zobowiązaniach słownych):

*Sciendum est generaliter, quod si quis se scripserit fideiussisse, videri omnia sollemniter acta.*

Fragment ten przywołuje regulację dotyczącą zobowiązań słownych. Stano-wi ona, że formalności uważa się za dopełnione, jeżeli tylko dana osoba pisemnie stwierdziła, że jest poręczycielem. Na tej podstawie Baldus uważa,

<sup>33</sup> C. 6.23.21.pr.

<sup>34</sup> Zob. M. Bellomo, op. cit., s. 186-189.

<sup>35</sup> C. 6.23.21.2a – *Finem autem testamenti subscriptiones et signacula testium esse decernimus. Non subscriptum namque a testibus ac signatum testamentum pro imperfecto haberi convenit.*

<sup>36</sup> D. 45.1.30.

a podobnie według niego miał sądzić Bartolus de Saxoferrato, że obecności wezwanych świadków dowodzi ich podpis:

*quod testis non praesumitur rogatus, nisi forte testis se subscriberet: quia per subscriptionem rogatus praesumitur.*

Dowodzić tego poglądu ma także fragment *Domitius*<sup>37</sup> z 28 księgi *Digestów*, tytułu *Qui testamenta facere possunt et quemadmodum testamenta fiant* (Ci, którzy mogą sporządzać testament i w jaki sposób testamenty są sporządzane):

*Domitius Labeo Celso suo salutem. Quaero, an testimonium numero habendus sit is, qui, cum rogatus est ad testamentum scribendum, idem quoque cum tabulas scripsisset, signaverit. Iuventius Celsus Labeoni suo salutem. Non intellego quid sit, de quo me consuleris, aut valide stulta est consultatio tua: plus enim quam ridiculum est dubitare, an aliquis iure testis adhibitus sit, quoniam idem et tabulas testamenti scripserit.*

We fragmencie tym Celsus dość obcesowo odpowiada na pytanie Domitiusa Labeona. Osoba, która testament podpisała (przy okazji spisując jego treść) jest świadkiem testamentu – nie podlega to najmniejszej dyskusji. Dla Celsusa jest to tak oczywiste, że sądzi, że nie zrozumiał pytania, bo w przeciwnym razie konsultowanie się w tej sprawie byłoby głupotą, gdyż wszelkie wątpliwości są śmieszne. Można się domyślać, że podobne zdanie miał Baldus.

Natomiast w komentarzu do 6 księgi Kodeksu<sup>38</sup> Baldus tak wypowiada się o fragmencie zaczynającym się od słów *Per nuncupationem*:

*In testamento nuncupativo requiruntur vii testes rogati, id est vocati, seu admoniti ut videant, et audiant. hoc dicit. Hoc quod dicit de septem testibus, fallit inter liberos, ubi sufficiunt duo testes secundum omnes Doctorem.*

Prawnik podsumowuje, iż w testamencie ustnym wymagana jest obecność siedmiu wezwanych świadków, to znaczy przywołanych, których określa jako zachęconych czy też upomnianych, aby „patrzyli” i „słuchali”, co można sprowadzić do zachowywania należytej, „aktywnej” uwagi podczas sporządzania testamentu. Konsyliator odnosi się także do innej formy testamentu, konstatując, że przepisy dotyczące siedmiu świadków nie mają zastosowania w instytucji testamentu na rzecz zstępnych (*testamentum inter liberos*), gdzie wystarcza jedynie dwóch świadków. Baldus posiłkuje się w tym wypadku zgodną opinią „wszystkich Doktorów”.

<sup>37</sup> D. 28.1.27.

<sup>38</sup> Baldus de Ubaldis, *Commentaria in sextum Codicis librum*, Lugdunum 1585, s. 69.

Uczony legista skomentował<sup>39</sup> także fragment zaczynający się od słów *In testamentis*:

*Solemnitas verborum formam attendens et non substantiam, non curatur hoc dicit secundum Oldradus. Vel sic, Testatoris praedictio testibus facienda, tollitur hac lege hoc dicit,*

wykazując, że istota wspomnianego w owym fragmencie formalizmu polega na trosce o formę użytych słów, a nie o ich sens. Pogląd ten przypisuje juryście Oldradusowi de Ponte (zm. po 1337), autorowi licznych *consiliów*, który wykładał prawo na uniwersytecie w Padwie<sup>40</sup>. Baldus de Ubaldis przypomina również, że obowiązek uprzedniej zapowiedzi testatora wobec świadków został na mocy tegoż prawa zniesiony.

Ponadto konsyliator w zakresie zachowywania formalności odsyła nas do fragmentu *Nominationes*<sup>41</sup> z księgi 7 Kodeksu, tytułu *De appellationibus et consultationibus*. Fragment ten dotyczy nieważności nominacji dokonanych, z pominięciem senatu, poprzez petycję lub edykt – od nominacji takich nie trzeba nawet składać apelacji, gdyż sam brak formalności powoduje nieważność:

*Nominationes libellis vel edictis factae citra consilium publicum non valent: de quibus nec appellare necesse est, si sollempnitas deest.*

W związku z tym prawnik odnotowuje, że o ile należy przestrzegać koniecznych formalności, o tyle o te zbyteczne nie należy się troszczyć:

*Noto de supervacua forma non curari, secus de necessaria.*

Powyższe komentarze pokazują, że zarówno Bartolus jak i Baldus za obowiązującą formę ustną uznawali justyniańską konstrukcję, w której testator objawia swoją wolę siedmiu jednocześnie obecnym świadkom. Obaj konsyliatorzy skupiają się na analizie roli świadków testamentu ustnego, w szczególności w zakresie zdolności do bycia świadkiem ostatniej woli, jednoczesnej obecności świadków czy też możliwości bądź niemożliwości następczego składania zeznań w sądzie, także w zależności od statusu osobowego jednostki. Owe problemy, co znamienne, mają charakter praktyczny, ważny dla ówczesnych jurystów stosujących prawo w sądach. Ponadto w komentarzach konsyliatorów pojawiają się także kwestie frapujące również uczonych ze

<sup>39</sup> *Ibidem*, s. 70.

<sup>40</sup> Zob. H. Lange, M. Kriechbaum, *op. cit.*, s. 602-612.

<sup>41</sup> C. 7.62.27.

szkoly glosatorów – jak np. brak konieczności uprzedniego wezwania świadków (ale łączony już z problemem dowiedzenia samej obecności świadków) czy obowiązek zachowania przez nich należytej uwagi.

Konieczne jest także podkreślenie metody, którą posługują się Bartolus de Saxoferrato i Baldus de Ubaldis. Mamy już do czynienia z długimi, rozbudowanymi komentarzami, również w formie *casusów*. Baldus odwołuje się do innych fragmentów kompilacji justyniańskiej traktujących o najróżniejszych instytucjach. Na tej podstawie, twórczo interpretując zapiski dotyczące (nieraz genetycznie wydawałoby się bardzo odległych) konstrukcji prawa rzymskiego, buduje argumentację mającą uzasadniać jego własne poglądy na temat testamentu ustnego. Baldus w obrębie swoich rozważań wykazuje bardzo otwarte spojrzenie – potrafi zaprezentować, często przeciwstawne, poglądy innych jurystów na dane zagadnienie. Przedstawienie racji różnych wybitnych prawników ukazuje bogactwo i różnorodność myśli istniejących w szkole konsyliatorów.

Konsyliatorzy nie zaniedbują także teoretycznej strony rozważań. Istotą wydaje się problem podziału między ustnością a pisemnością ostatniej woli. Bartolus de Saxoferrato proponuje, aby decydujące znaczenie w ocenie miał charakter czynności dokonywanej przez testatora. Dość zaskakujące i nowatorskie wydaje się także przekonanie o możliwej podwójnej naturze testamentu. Mogłoby ono służyć wspomaganie skuteczności wadliwego testamentu poprzez zachowanie jego prawomocności w postaci „drugiej natury” (formy). Zresztą ten najwybitniejszy z konsyliatorów generalnie opowiada się za jak najszerzym utrzymywaniem ostatniej woli w mocy, w czym dostrzega korzyść dla dziedziców testamentowych. Interesujący jest też stosunek do formalizmu. Baldus de Ubaldis zaznacza, że powinien on być zachowany tylko w takim zakresie, w jakim jest to absolutnie konieczne dla danej instytucji.

Podsumowując, można stwierdzić, że myślą przewodnią obu konsyliatorów w ich komentarzach do formy ustnej wydaje się zagadnienie: w jaki sposób należy sporządzić ważny testament ustny. Wszystkie rozważania, bezpośrednio lub pośrednio, starają się odpowiedzieć na to pytanie. Zarówno ściśle praktyczne kwestie związane ze świadkami, szczególnie w kontekście dowodzenia treści testamentu (zasadniczy przecież problem dla formy ustnej), jak i bardziej finezyjne analizy relacji ustności i pisemności czy zagadnienia formalizmu. Zbudowana w tym celu argumentacja, poparta odwołaniami do innych fragmentów *Corpus* oraz poglądów wcześniejszych konsyliatorów, stara się wyjaśnić jak poprawnie testować ustnie, tak aby możliwe było utrzymanie ważności testamentu. Tego ducha przychylności dla szerokiego utrzymywania testamentów w mocy oraz możliwości testowania ustnego obok pisemnego (i zarazem otrzymywania spadku na podstawie testamentu ustnego), pomimo jak zauważano problemów z interpretacją oraz możliwością

deformacji woli spadkodawcy<sup>42</sup>, najlepiej chyba wyrażają słowa Bartolusa de Saxoferrato: *Sed est testamentum habens duas formas et est utilitas ut istas duas formas habeat*. Podobnie otwartej i światłej postawy pozostaje sobie życzyć także we współczesnych dyskusjach o prawie spadkowym.

---

<sup>42</sup> E. Bussi, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune (contratti, successioni, diritti di famiglia)*, t. II, Padova 1937-1939, s. 157.