

Czy Rzymianie uważali, że zaraza jest siłą wyższą?

Did Romans regard plague as force majeure?

Считали ли римляне, что чума является непреодолимой силой?

Чи вважали римляни, що чума це форс-мажор?

MAREK SOB CZYK

Dr hab., prof. Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu
e-mail: msobczyk@umk.pl, <https://orcid.org/0000-0002-1828-7914>

Streszczenie: Sięgając po źródła jurydyczne i nieprawnicze, autor poszukuje odpowiedzi na pytanie, czy Rzymianie uważali zarazę za siłę wyższą. Odpowiedź ta ma pewne znaczenie w dyskursie nad współczesną kwalifikacją prawną koronawirusa, ponieważ dostarcza argumentu natury historycznej, że epidemia stanowi siłę wyższą. Źródła nieprawnicze zdają się potwierdzać, że zaraza była siłą wyższą, na co pewien wpływ mogło mieć przekonanie, że pochodzi ona od bogów.

Źródła prawa, w tym te dotyczące bezpośrednio siły wyższej, w zasadzie na ten temat milczą. Zaraza nie była zatem typowym przykładem siły wyższej w ujęciu jurydycznym. Przyczyną tego milczenia mógł być wąski zakres zastosowania samej koncepcji siły wyższej. Reskrypt Dioklecjana z 290 r. dotyczący testamentu sporządzonego w okresie zarazy stanowi najważniejsze ze źródeł prawa potwierdzających tezę, że była uważana za siłę wyższą.

Słowa kluczowe: zaraza, epidemia, siła wyższa, *vis maior*, *casus maior*

Summary: The following paper analyses juridical and non-juridical sources in search of an answer to the question of whether ancient Romans regarded plagues as force majeure (*vis maior*). The answer can be useful in the modern discourse on the nature of coronavirus and its legal qualification, as it provides a historical argument that a pandemic constitutes force majeure. The non-juridical sources indeed confirm that the plague was regarded as such and this view could be influenced by the conviction that the disease was sent by gods.

In principle, the juridical sources, even those expressly referring to force majeure, do not tackle that issue nor mention plague as force majeure. It proves that plagues were not regarded as typical instances of force majeure in juridical reasoning. The silence of the juridical sources on this matter can be explained by the relatively narrow scope of the application of the *vis maior* concept. Only the rescript of Diocletian's will (*testamentum pestis tempore conditum*) made during the plague and issued in 290 can be seen as evidence that *pestis* was regarded as *casus maior*.

Key words: pestilence, epidemic, force majeure, *vis maior*, *casus maior*

Резюме: Обращаясь к юридическим и неюридическим источникам, автор пытается ответить на вопрос, считали ли римляне чуму непреодолимой силой. Этот ответ имеет определенное значение в рассуждениях о современной юридической квалификации коронавируса, поскольку в нем приводится исторический аргумент в пользу того, что чума представляет собой обстоятельство непреодолимой силы. Неюридические источники, похоже, подтверждают, что чума была непреодолимой силой. На такое положение вещей, возможно, в какой-то степени повлияла вера в то, что чума пришла от богов.

Правовые источники, включая те, которые непосредственно касаются обстоятельств непреодолимой силы, по существу ничего не говорят по этому вопросу. Поэтому чума не была типичным примером непреодолимой силы с юридической точки зрения. Причиной такого молчания могла стать узкая сфера применения самой концепции непреодолимой силы. Rescript Диоклетиана от 290 года, касающийся завещания, составленного в период чумы, является самым важным из юридических источников, подтверждающих тезис о том, что она считалась обстоятельством непреодолимой силы.

Ключевые слова: чума, эпидемия, непреодолимая сила, *vis maior*, *casus maior*

Резюме: Посилаючись на юридичні та неюридичні джерела, автор шукає відповідь на питання, чи вважали римляни чуму форс-мажором. Ця відповідь має певне значення в дискурсі про сучасну правову класифікацію коронавірусу, оскільки надає історичний аргумент, що епідемія є форс-мажором. Не юридичні джерела, здається, підтверджують, що чума була форс-мажором, на який певним чином вплинула віра в те, що вона походить від богів.

Юридичні джерела, в тому числі ті, що стосуються безпосередньо форс-мажорних обставин, в основному мовчать з цього приводу. Тому чума не була типовим прикладом форс-мажору з юридичної точки зору. Причиною такого мовчання могла бути вузька сфера застосування самого поняття форс-мажор. Рескрипт Діоклетіана з 290 р. який стосується заповіту, складеного під час чуми, є найважливішим джерелом права, що підтверджує тезу про те, що чума вважалася форс-мажором.

Ключові слова: чума, епідемія, форс-мажор, *vis maior*, *casus maior*

Wstęp

Pandemia COVID-19 wywarła negatywny wpływ na wiele sfer życia każdego człowieka. Oprócz oczywistych implikacji zdrowotnych, gospodarczych i społecznych, wpływ ten widoczny jest również w sferze prawnej i to nie tylko ze względu na wprowadzone szczególne regulacje prawne, lecz także z uwagi na indywidualną sytuację prawną każdej osoby, a przede wszystkim jej aktywność zawodową. Szybko okazało się, że zakażenie i zagrożenie zakażeniem samo w sobie oraz przepisy prawa w związku z nimi wprowadzone bardzo utrudniły normalne funkcjonowanie, co ma też konsekwencje prawne. Jest to istotne zwłaszcza w aspekcie sankcji na niewykonanie rozmaitych obowiązków o szeroko rozumianym charakterze prawnym, w tym zobowiązań cywilnoprawnych.

Koronawirus stał się przedmiotem zainteresowania prawników, którzy starają się zaradzić zaistniałej sytuacji, poszukując instrumentów prawnych pozwalających zminimalizować jego negatywne skutki w sferze praw i obowiązków osób, których dotyczą. Jednym z takich instrumentów, znanych już w Kodeksie Hammurabiego¹, jest siła wyższa. Powstaje jednak pytanie, czy pandemia rzeczywiście jest siłą wyższą.

Współcześnie najczęściej problem ten jest podejmowany w kontekście odpowiedzialności kontraktowej², zawieszenia biegu przedawnienia roszczeń³, zawieszenia

¹ Paragrafy 244, 249 i 266 Kodeksu.

² A. Brzozowski, *Wpływ zmiany okoliczności na zobowiązania w dobie pandemii – o konieczności zastosowania nadzwyczajnych środków*, *Studia Prawa Prywatnego* 2020, nr 2, s. 7 i nast.; K. Stradomska-Balcerzyk, *Kształtowanie cywilnoprawnych stosunków zobowiązaniowych w świetle ustawodawstwa pandemicznego*, *Monitor Prawniczy* 2020, nr 17, s. 898 i nast.

³ J. Gołaczyński, *Przedawnienie roszczeń majątkowych i terminy zawite w okresie po ogłoszeniu stanu epidemii związanej z Covid-19*, *Monitor Prawniczy* 2020, nr 8, s. 397 i nast.

postępowania cywilnego⁴ lub administracyjnego⁵, na gruncie odpowiedzialności osoby prowadzącej na własny rachunek przedsiębiorstwo lub zakład wprawiany w ruch za pomocą sił przyrody⁶. Lektura publikacji doktryny skłania do wniosku, że pandemia stanowi siłę wyższą, co nie oznacza jednak, że w każdym przypadku wykonanie zobowiązania cywilnoprawnego, podjęcie czynności procesowej lub wykonanie innego obowiązku prawnego było niemożliwe już z uwagi na stan pandemii jako taki⁷.

Epidemie towarzyszyły ludzkości od zarania dziejów. Spośród najbardziej znanych można przywołać zarazę Hetytów w XIV w. przed Chr., liczne epidemie opisywane w Biblii, na czele z zarazą Filistynów ok. 1060 r. przed Chr.⁸ i piątą plagą egipską⁹, zarazę ateńską (430–426 przed Chr.)¹⁰, zarazę Antoninów (165–180)¹¹, Cypriana (249–271) i dżumę Justyniana¹² (541–750). W starożytności epidemie były tak częste, że musiały być uważane za coś powszechnego¹³. Przynosiły śmierć znacznej części populacji, kryzys demograficzny i gospodarczy, głód, a nawet kryzys i późniejszy upadek państwa.

Pojęcie siły wyższej zostało wypracowane już przez jurysprudence rzymską¹⁴, a jej dorobek stał się źródłem inspiracji dla dwóch zasadniczych teorii siły wyższej, które zachowały znaczenie do dzisiaj – teorii subiektywnej Levina Goldschmidta¹⁵

⁴ M. Mataczyński, M. Saczywko, w: *Kodeks cywilny*, t. 1. *Komentarz. Art. 1–352*, red. M. Gutowski, Warszawa 2018, Komentarz do art. 121, uwaga 9; A. Brzozowski, w: *Kodeks cywilny*, t. 1. *Komentarz. Art. 1–449(10)*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2020, nb. 2 do Tytułu VI.

⁵ A. Partyka, *Epidemia (covid-19) a tok postępowań cywilnych i sądownoadministracyjnych*, Przegląd Prawa Publicznego 2020, nr 5, s. 42 i nast.

⁶ M. Zelek, w: *Kodeks cywilny*, t. 2. *Komentarz. Art. 353–626*, red. M. Gutowski, Warszawa 2019, Komentarz do art. 435, nb. 25–28; K. Panfil, w: *Kodeks cywilny*, t. 3A. *Komentarz*, red. K. Osajda, Warszawa 2021, Komentarz do art. 435, teza 65.3.

⁷ Zob. prace wskazywane powyżej oraz A. Kastelik-Smaza, *Epidemia Covid-19 jako siła wyższa w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, Europejski Przegląd Sądowy 2020, nr 5, s. 30 i nast.

⁸ 1 Sm 5–6.

⁹ Wj 9.

¹⁰ Tukidydes, *Wojna peloponeska*, 2, 47–53.

¹¹ Poświęcony jej jest artykuł B. Sitka, *Pestis Antonini. Reakcja Marka Antoniusza na globalną starożytną epidemię*, Teka Komisji Prawniczej PAN – Oddział w Lublinie 2020, t. 13, nr 1, s. 389–399.

¹² M. Wójcik, *Plaga Justyniana. Cesarstwo wobec epidemii*, Zeszyty Prawnicze 2011, t. 11, nr 1, s. 377–401.

¹³ W. Suder, *Et forte annus pestibus erat. Epidemie w Republice Rzymskiej*, Wrocław 2007, s. 28 i nast.; E. Bugaj, *Zaraza w świecie rzymskim w czasach Antoninów*, w: *Epidemie, kłęski, wojny*, red. W. Dzieduszycki, J. Wrzesiński, Poznań 2008, s. 116.

¹⁴ M. Sobczyk, *Siła wyższa w rzymskim prawie prywatnym*, Toruń 2005.

¹⁵ L. Goldschmidt, *Das receptum nautarum, cauponum, stabulariorum. Eine geschichtlich-dogmatische Abhandlung*, Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht 1860, t. 3.

i obiektywnej Adolfa Exnera¹⁶. Czy zatem juryści rzymscy uważali, że zaraza, plaga lub epidemia, najczęściej określana łacińskimi terminami *pestis*, *pestilentia*¹⁷, *clades*, *labes*, *lues*, *morbus*¹⁸, jest siłą wyższą? Odpowiedź wymaga uwzględnienia zarówno źródeł jurydycznych, jak i nieprawnych.

W artykule posługuję się metodami historycznoprawną i dogmatyczną, aczkolwiek wyjaśniam, że wszystkie przywołane źródła dotyczące siły wyższej poddałem pogłębionej analizie w monografii poświęconej sile wyższej w rzymskim prawie prywatnym. Wielość tych źródeł i ograniczone ramy niniejszego opracowania umożliwiają jedynie ich wskazanie w przypisach, bez cytowania *in extenso*. Czytelnika zainteresowanego głębiej wskazaną podstawą źródłową odsyłam zatem do monografii. Zaznaczam, że nie podjąłem w niej problemu klasyfikacji zarazy jako siły wyższej, stąd przy tej okazji uzupełniam tę lukę.

1. Zaraza w źródłach nieprawnych

Cycero stwierdzając, że wiara w istnienie bogów jest wrodzona wszystkim ludziom i wryta wszystkim duszom, podaje cztery przyczyny istnienia w umysłach ludzkich wyobrażenia bóstw. Trzecią z nich¹⁹ jest to, co budzi lęk w naszych umysłach, a więc pioruny, burze, nawałnice, gradobicia, spustoszenia, klęski zarazy morowej, trzęsienia ziemi, częste hurkotanie z ziemi, deszcze kamieniste i spadanie jakby krwawych kropli deszczowych, rozstępowanie się albo nagłe otwieranie się ziemi. Wystraszeni tymi zjawiskami ludzie domyślali się zawsze, że istnieje gdzieś na sklepieniu nieba jakaś boska moc. Wymieniona wśród typowych zdarzeń zaliczanych w poniżej przy-

¹⁶ A. Exner, *Der Begriff der höheren Gewalt (vis maior) im römischen und heutigen Verkehrsrecht*, Wien 1883 [Pojęcie siły wyższej (*vis maior*) w prawie komunikacyjnym rzymskim i współczesnym, przeł. J. Bassak, Warszawa 1919].

¹⁷ Łaciński termin *pestilentia* odnosi się do ciężkiej choroby, często kończącej się śmiercią chorego, dotykającej w tym samym czasie dużą liczbę ludzi, zob. E. Gozalbes Cravioto, I. García García, *La primera peste de los Antoninos (165–170). Una epidemia en la Roma imperial*, *Asclepio. Revista de Historia de la Medicina y de la Ciecćia* 2007, t. 59, nr 1, s. 8 i nast.; tychże, *En torno a la medicina romana*, *Hispania Antiqua* 2009–2010, nr 33–34, s. 330; W. Suder, *Et forte...*, s. 13 i nast.; tenże, *Uwagi na temat epidemiologii w świecie grecko-rzymskim do I w. p.n.e.*, *Acta Universitatis Wratislaviensis No 3028, Classica Wratislaviensis*, t. 28, Wrocław 2008, s. 123 i nast.

¹⁸ Termin epidemia jest pochodzenia greckiego, oznaczał on ówczesnie chorobę zdomowioną na jakimś obszarze, zob. J. Iwańska, *Znaczenie terminu epidemia w starożytnej literaturze grecko-rzymskiej. Próba analizy na wybranych przykładach*, *Seminare. Poszukiwana Naukowe* 2014, t. 35, s. 175–184; E. Bugaj, *Zaraza w świecie rzymskim...*, s. 116; B. Sitek, *Pestis Antonini...*, s. 390.

¹⁹ Cicero, *De natura deorum*, 2, 5, 14.

woływanych źródłach prawa do siły wyższej zaraza stanowi zatem jeden z dowodów istnienia bogów, jest znakiem, który bogowie zsyłają, świadczy przy tym o ich mocy.

Seneka jako jedną z przyczyn, dla których plemiona decydują się porzucić dotychczasową ojczyznę w poszukiwaniu nowej, podaje zarazę, obok m.in. najazdu wroga, zamieszek wewnętrznych, trzęsienia ziemi²⁰, a nadto wzmiankuje chorobę wśród zdarzeń siły wyższej²¹. Wczesnochrześcijański apologeta Arnobiusz wyliczył przykłady sytuacji, wobec których dawni pogańscy bogowie, a nawet chrześcijański Bóg niewiele pomoże człowiekowi²², wskazując zarazę obok rozbicia okrętu, pożaru, nieurodzaju, konfiskaty majątku, konfliktu, wojny, popadnięcia w niewolę, zajęcia miast i choroby. Mimo że w żadnym z przywoływanych źródeł nie pojawia się stwierdzenie, że zaraza jest siłą wyższą, to jednak stanowią one dowód na to, że było to zdarzenie podobne do tych, które w źródłach prawniczych są podawane jako przykłady siły wyższej. W tym miejscu mógłbym jeszcze przytoczyć liczne i często bardzo drastyczne relacje naocznych świadków epidemii lub późniejszych historyografów²³. Ogrom ukazanych w nich tragedii potwierdza tylko, że zaraza była postrzegana jako jedno z największych nieszczęść, które może dotknąć ludzkość.

W źródłach nieprawniczych zarazę często łączy się z bogami, co już samo w sobie jest argumentem za uznaniem jej za siłę wyższą. Zdaniem Cyncerona zaraza stanowi dowód na ich istnienie. Opisujący nazwaną później jego imieniem pandemię z połowy III w. po Chr. Cyprian z Kartaginy wiązał ją z obietnicą nadejścia Królestwa Bożego²⁴. Zwykle jednak traktowano epidemię jako przejaw gniewu bogów karzących ludzi za złe uczynki, na co dowody można odnaleźć w Biblii²⁵, *Iliadzie* Homera²⁶ i u historyografów rzymskich²⁷.

Kartagińczycy składali nawet prześlągalne ofiary z ludzi²⁸. Rzymianie także stali się prześlągać bogów, modląc się o ich łaskę i miłosierdzie²⁹. Przykładem może

²⁰ Seneca, *Ad Helviam matrem de consolatione*, 7, 4.

²¹ Seneca, *De beneficiis*, 1, 5, 4; *Epistulae morales ad Lucilium*, 14, 91, 8.

²² Arnobius, *Adversus Nationes*, 2, 76.

²³ Zob. zestawienie symptomów epidemii republikańskiego Rzymu sporządzone przez W. Sudera, *Et forte...*, s. 41 i nast.; opisy przytaczane przez J. Iwańską, *Epidemie w antycznych źródłach greckich i rzymskich*, *Seminare. Poszukiwania Naukowe* 2011, t. 30, s. 209–221; M. Siwicką, *Człowiek w obliczu epidemii – relacja Tukidydesa i Prokopiusza z Cezarei*, *Vox Patrum* 2021, t. 78, s. 25–64.

²⁴ Cyprianus, *De mortalitate*, 2.

²⁵ Wj 9, 14; Lb 11, 33; 1 Sm 5 i 6.

²⁶ Homer, *Iliada*, 1, 10–12.

²⁷ Dionysius, *Antiquitates Romanae*, 9, 40; Iulius Capitolinus, *Verus*, 8, 1–3; Procopius, *De bellis*, 2, 22.

²⁸ E. Gozalbes Cravioto, I. García García, *Una aproximación a las pestes y epidemias en la antigüedad*, *Espacio, Tiempo y Forma, Serie II. Historia Antigua* 2013, nr 26, s. 68 i nast.

²⁹ W. Suder, *Gniew bogów. Etiologia religijna epidemii w Republice Rzymskiej*, *Acta Universitatis Wratislaviensis No 3063, Prawo CCCV, Wrocław 2008*, s. 391 i nast.; J. Iwańska, *Przyczyny, zapobieganie*

być obrzęd wbicia gwoźdźcia w ścianę świątyni Jowisza na Kapitolu³⁰, czego dokonywał specjalnie ustanowiony dyktator *clavi figendi causa*³¹ oraz przejęta z Grecji uczta bogów (*lectisternium*)³². Topos gniewu Boga nie tylko nie zmienił się w czasach chrześcijańskich³³, ale przetrwał do czasów współczesnych³⁴.

Poza tym metafizycznym wyjaśnieniem przyczyn zarazy wskazywano także przyczyny racjonalne³⁵. Szukano ich przede wszystkim w zjawiskach przyrodniczych, właściwościach pór roku, klimatu, pogody, powietrza, szkodliwych wyziewach z ziemi, bagien, gnijących ciał ludzkich³⁶. Starożytni zdawali sobie sprawę, że wpływ na rozprzestrzenianie się zarazy miały też kontakty międzyludzkie, gdyż przenosi się ona z człowieka na człowieka³⁷. Świadomość zaraźliwości chorób mieli Arystoteles³⁸ i Tukidydes³⁹. Dobitnie świadczy o tym również definicja *pestilentia* jako choroby zakaźnej, która dotyka jedną osobę, lecz szybko przenosi się na inne⁴⁰.

2. Zdarzenia będące siłą wyższą w źródłach prawa

W źródłach prawa bardzo rzadko pojawiają się terminy takie, jak *pestilens*⁴¹, *pestilentiosus*⁴², *pestibilis*⁴³, *pestis*⁴⁴ i żadne z tych źródeł nie zawiera nawiązania do siły

i leczenie chorób epidemicznych w starożytnej Grecji i Rzymie, Seminare. Poszukiwania Naukowe 2010, t. 28, s. 233 i nast.

³⁰ Livius, *Ab Urbe condita* 7, 3, 3; 9, 28, 6.

³¹ Zob. W. Suder, *Et forte...*, s. 81 i nast.; tenże, *Gniew bogów...*, s. 392 i nast.

³² W. Suder, *Et forte...*, s. 54 i nast.; tenże, *Gniew bogów...*, s. 395 i nast.

³³ I. Mazzini, *La malattia conseguenza e metafora del peccato nel mondo antico, pagano e Cristiano, w: Cultura e promozione umana. La cura del cuerpo e dello spirito nell'antichità classica e nei primi secoli cristiani. Un magistero ancora attuale?*, red. E. Dal Covolo, I. Gianetto, Troina 1998, s. 152 i nast.

³⁴ R. Paura, *Lermeneutica delle epidemie nel pensiero Cristiano e l'idea del Dio Punitore*, *Orbis Idearum* 2020, t. 8, nr 1, s. 41–67.

³⁵ M. Wójcik, *Plaga Justyniana...*, s. 392; W. Suder, *Et forte...*, s. 51 i nast.; tenże, *Gniew bogów...*, s. 391 i nast.

³⁶ Hippocrates, *De flatibus* 5–6; *De natura hominis* 9, podobnie Varro, *De re rustica*, 1, 12, 2. Quintilianus, *Institutionis oratoriae libri XII* 7, 2; Ammianus Marcellinus, *Res gestae*, 19, 4, 1–5. Szeroko zob. W. Suder, *Uwagi...*, s. 128 i nast.; J. Iwańska, *Przyczyny...*, s. 223 i nast.

³⁷ Tukidydes, *Wojna peloponeska*, 2, 47; Arystoteles, *Zagadnienia przyrodnicze*, 859a, 7; Euzebius Caesariensis, *Historia ecclesiastica*, 7, 22, 7; Ammianus Marcellinus, *Res gestae*, 19, 4, 8.

³⁸ Arystoteles, *Zagadnienia przyrodnicze*, 859a, 7.

³⁹ Tukidydes, *Wojna peloponeska*, 2, 47, 4 i 2, 51, 4.

⁴⁰ Isidorus, *Etymologiarum*, 6, 17.

⁴¹ Digesta Iustiniani (dalej: D.) 43, 23, 2.

⁴² D. 27, 9, 13pr., D. 43, 8, 2, 29.

⁴³ Codex Iustinianus (dalej: C.) 4, 58, 4, 1.

⁴⁴ Codex Theodosianus (dalej: C.Th.) 9, 16, 5, C.Th. 9, 28, 2; C. 9, 18, 6.

wyższej. Nie ma zatem bezpośredniej podstawy pozwalającej na uznanie, że juryści rzymscy uważali, iż zaraza jest siłą wyższą. Pewne wnioski można wyciągnąć jedynie pośrednio ze źródeł dotyczących siły wyższej.

Juryści dosyć często dokonywali wyliczenia zdarzeń będących siłą wyższą⁴⁵, podając zwykle ten sam katalog⁴⁶: trzęsienie ziemi⁴⁷, osunięcie się ziemi⁴⁸, huragan⁴⁹, powódź⁵⁰, burzę⁵¹, napad wroga⁵², napad piratów⁵³, zamieszki⁵⁴, napad zbrojczy⁵⁵, grabieże⁵⁶, zawalenie się budynku⁵⁷, pożar⁵⁸, katastrofę okrętu⁵⁹. Niekiedy wymieniane są mniej typowe i trudniejsze do oceny przykłady: susza⁶⁰, śmierć niewolnika⁶¹, choroba⁶², starość⁶³, ucieczka niewolników, których nie było obowiązku strzec⁶⁴.

Zaraza nie jest przywoływana obok innych przykładów siły wyższej, co może zaskakiwać, skoro wymienia się poważną chorobę. Z jednej strony zatem *pestilentia* dość często dotykała antyczny świat, z drugiej jednak brak jest podstawy źródłowej stanowiącej wyraźny dowód, że była zaliczana do zdarzeń siły wyższej. Uważam, że jeżeli juryści traktowaliby ją jako typowy przykład siły wyższej, to znalazłaby się w którymś ze wzmiankowanych wyliczeń, zwłaszcza że katalog zdarzeń jest szeroki. Jej brak nie stanowi wystarczającego dowodu, że w ujęciu jurydycznym zaraza nie stanowiła siły wyższej, aczkolwiek można postawić tezę, że nie była typowym jej przykładem.

⁴⁵ T. Mayer-Maly nazwał to „Katastrophenlisten”, *Höhere Gewalt: Falltypen und Begriffsbildung*, w: *Festschrift für Artur Steinwenter zum 70. Geburtstag*, Graz-Köln, s. 69.

⁴⁶ Zbiorcze wyliczenie zob. D. 19, 2, 15, 2, D. 39, 2, 24, 3 i 4, D. 50, 17, 23.

⁴⁷ D. 19, 2, 15, 2, D. 39, 2, 24, 3 i 4.

⁴⁸ D. 19, 2, 15, 2.

⁴⁹ D. 39, 2, 24, 3 i 4, D. 39, 2, 43pr.

⁵⁰ D. 2, 11, 2, 3, D. 19, 2, 15, 2, D. 39, 2, 24, 3 i 4, D. 50, 17, 23.

⁵¹ D. 2, 11, 2, 3 i 6, D. 19, 2, 15, 2, D. 39, 2, 24, 3 i 4.

⁵² D. 13, 6, 18pr., D. 19, 2, 15, 2, D. 21, 1, 17, 3, D. 35, 2, 30pr.; *Pauli Sententiae* (dalej: PS.) 1, 7, 5; *Institutiones Iustiniani* (dalej: I.) 3, 14, 2.

⁵³ D. 4, 9, 3, 1, D. 13, 6, 18pr.

⁵⁴ D. 16, 3, 1, 1, D. 50, 17, 23; *Collatio* 10, 2, 7.

⁵⁵ D. 13, 6, 5, 4, D. 13, 6, 18pr., D. 21, 1, 17, 3, D. 35, 2, 30pr., D. 50, 17, 23.

⁵⁶ D. 35, 2, 30pr., D. 50, 17, 23.

⁵⁷ D. 2, 11, 2, 3, D. 13, 6, 5, 4, D. 16, 3, 1, 1, D. 21, 1, 17, 3, D. 35, 2, 30pr., D. 39, 2, 24, 3 i 4, D. 44, 7, 1, 4, I. 3, 14, 2.

⁵⁸ D. 2, 11, 2, 3, D. 13, 6, 5, 4, D. 13, 6, 18pr., D. 16, 3, 1, 1, D. 21, 1, 17, 3, D. 35, 2, 30pr., D. 39, 2, 24, 3 i 4, D. 44, 7, 1, 4, D. 50, 17, 23, I. 3, 14, 2.

⁵⁹ D. 4, 9, 3, 1, D. 13, 6, 18pr., D. 16, 3, 1, 1, D. 35, 2, 30pr., D. 44, 7, 1, 4; PS. 2, 4, 2, PS. 2, 12, 3, PS. 5, 3, 2.

⁶⁰ D. 19, 2, 15, 2.

⁶¹ D. 2, 11, 2, 3, D. 13, 6, 18pr., D. 35, 2, 30pr.; I. 3, 23, 3.

⁶² D. 2, 11, 2, 3, D. 13, 6, 5, 4, D. 17, 1, 26, 6.

⁶³ D. 13, 6, 5, 4.

⁶⁴ D. 2, 11, 2, 3, D. 13, 6, 18pr., D. 35, 2, 30pr., D. 50, 17, 23.

Brak wzmianki o zarazie wśród innych przykładów siły wyższej jest zastanawiający. Sądzę, że w znacznym stopniu wynika to z faktu, że przypadki, w których zaraza wywoływała skutek w sferze prawa prywatnego, nie były częste. Zwykle siła wyższa zwalniała z odpowiedzialności prawnej osobę obowiązującą do strzeżenia cudzej rzeczy lub stanowiła kryterium rozkładu ryzyka utraty lub uszkodzenia rzeczy. Odpowiedzialność kontraktowa dłużnika opierała się na zasadzie winy⁶⁵, ale w niektórych przypadkach obejmowała także zdarzenia niezawinione aż do granic siły wyższej. Dotyczy to odpowiedzialności biorącego w użyczenie⁶⁶, zastawnika⁶⁷, armatora statku, oberżysty i gospodarza stajni za rzeczy im powierzone⁶⁸ oraz z tytułu *cautio damni infecti*⁶⁹. Z kolei jako kryterium rozkładu ryzyka siła wyższa odnosiła się do zniszczenia lub uszkodzenia rzeczy sprzedanej⁷⁰, plonów na dzierżawionym gruncie⁷¹, domu czynszowego⁷², dzieła⁷³.

W powyższych podstawowych przykładach stosowania siły wyższej nie było potrzeby uwzględniania zarazy, gdyż ta nie stawała się przyczyną zniszczenia lub uszkodzenia rzeczy. Sam stan epidemii jako taki, ściślej zagrożenie zarażeniem, zwykle nie utrudniał wykonania zobowiązania, którego przedmiotem była rzecz.

Teoretycznie epidemia mogłaby mieć znaczenie jako okoliczność usprawiedliwiająca niewykonanie obowiązku prawnego innego niż odnoszącego się do rzeczy. Niestety i tu nie zachowały się źródła potwierdzające tę możliwość. Znamienne jest, że zaraza nie była wymieniana jako przyczyna usprawiedliwiająca niestawiennictwo w toku procesu cywilnego ani też uzasadniająca przełożenie terminu procesu, choć taką przyczyną były obowiązki municypalne, poważna choroba, a nawet ciąża⁷⁴. Chociaż nie można uznać, że obowiązki municypalne lub ciąża były uważane za siłę wyższą⁷⁵, to jednak wydawałoby się, że akurat zaraza panująca w miejscu, w którym miał toczyć się proces, powinna także usprawiedliwiać niestawiennictwo i zmianę terminu.

⁶⁵ Zob. syntetyczne uwagi na temat odpowiedzialności w poszczególnych kontraktach w D. 50, 17, 23.

⁶⁶ Gai Institutiones 3, 206; D. 13, 6, 5, 4 i 5, D. 13, 6, 18pr., D. 13, 7, 13, 1, D. 44, 7, 1, 4; I. 3, 14, 2.

⁶⁷ D. 13, 7, 13, 1, D. 13, 7, 30; C. 4, 24, 6, C. 4, 13, 19.

⁶⁸ D. 4, 9, 3, 1.

⁶⁹ D. 39, 2, 24, 3 i 4, D. 39, 2, 43.

⁷⁰ D. 18, 6, 2, 1, D. 18, 6, 8 pr., D. 47, 2, 14 pr.

⁷¹ D. 19, 2, 15, 2, D. 19, 2, 25, 6.

⁷² D. 19, 2, 19, 6.

⁷³ D. 19, 2, 33, D. 19, 2, 36, D. 19, 2, 37, D. 19, 2, 59, D. 19, 2, 62, D. 50, 12, 1, 6.

⁷⁴ D. 2, 11, 2, 1–7.

⁷⁵ Podzielam w tym miejscu pogląd W. Ernsta, że nie tylko siła wyższa usprawiedliwiała niestawiennictwo pozwanego, zatem nie wszystkie te zdarzenia były uważane za siłę wyższą, *Wandlungen des „vis maior” – Begriffes in der Entwicklung der römischen Rechtswissenschaft*, Index 1994, nr 22, s. 303.

3. Próba odniesienia jurydycznych cech siły wyższej do zarazy

Brak wyraźnej podstawy źródłowej pozwalającej przyjąć, że juryści rzymscy uważali *pestilentia* za siłę wyższą, nie stoi na przeszkodzie odniesieniu cech, którymi charakteryzowała się *vis maior* w ujęciu jurydycznym do zarazy. Częstość, z jaką człowiek w starożytności dotknięty był zarazą, uzasadnia twierdzenie, że przedmiotem oceny prawnej musiały stać się także skutki zarazy i stawiano problem, czy jest ona siłą wyższą. Fakt, że nie zachowały się potwierdzające to źródła, temu nie przeczy. Powstaje zatem pytanie, w jaki sposób odnieść wskazywane w źródłach cechy siły wyższej do zarazy, co wymaga syntetycznego opisu samych cech.

Już jeden z najwybitniejszych jurystów przedklasycznych – Servius pisał o sile, której nie można się oprzeć⁷⁶, co we współczesnej nauce uznano za genialną próbę definicji⁷⁷. Podobne ujęcia można znaleźć w innych źródłach⁷⁸, na czele z udanym stwierdzeniem Gaiusa, piszącego o sile, której słabość ludzka nie może się oprzeć⁷⁹. Określenia te uwydatniają podstawową cechę siły wyższej definiowaną współcześnie jako przemożność, przy podkreśleniu bezsilności człowieka wobec siły wyższej, niemożności jej odparcia, jej nieuniknioności. Trudno zaproponować lepsze syntetyczne ujęcie istoty siły wyższej, które byłoby intuicyjnie zrozumiałe, choć z punktu widzenia dogmatyki współczesnej nie w pełni doskonałe⁸⁰. Czy zatem zaraza była siłą, której nie można odeprzeć? Niewątpliwie brakuje jej typowych i najlepiej widocznych cech, które czynią zdarzenie przemożnym, w postaci siły czysto fizycznej i fizycznej gwałtowności przebiegu. W dodatku sama zaraza, ściślej patogen wywołujący chorobę, np. wirus lub bakteria, nie jest gołym okiem dostrzegalny, widoczne są dopiero jego skutki w postaci choroby i śmierci. Uważam, że mimo braku tego najłatwiejszego do obserwacji elementu oceny zaraza jest siłą wyższą i to niezależnie od tego, jak należałoby ocenić poziom ówczesnej wiedzy medycznej i świadomość zagrożenia oraz sposobów jego zapobiegania u przeciętnego człowieka starożytności.

Łatwiejszy w ocenie jest skutek zakażenia w postaci choroby, bowiem skoro w wielu źródłach jako siłę wyższą wzmiankuje się poważną chorobę, to należy założyć, że chorobą taką była również ta wywołana zarazą. Trudniej jest ocenić sytuację,

⁷⁶ D. 19, 2, 15, 2.

⁷⁷ T. Mayer-Maly, *Vis maior*, w: *Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, red. K. Ziegler, t. IXA, 1, Stuttgart 1961, szp. 346.

⁷⁸ D. 9, 2, 29, 4. D. 4, 2, 2; PS. 1, 7, 7; D. 13, 6, 18pr.; C. 4, 65, 28, C. 5, 38, 4.

⁷⁹ D. 44, 7, 1, 4.

⁸⁰ M. Sobczyk, „Klasyczne” teorie siły wyższej w ich współczesnym zastosowaniu, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 2010, t. 19, z. 3, s. 757 i nast.

w której obowiązana osoba zdrowa nie wykonuje swojego obowiązku, obawiając się zarażenia, np. nie podejmuje podróży do miejscowości objętej zarazą. Skoro jednak Seneka usprawiedliwiał opuszczenie ojczyzny panującą w niej zarazą, to wydaje się, że już sam stan zagrożenia zarażeniem jest wystarczającą przyczyną usprawiedliwiająca podjętą decyzję. Stan zagrożenia, a nie tylko choroba jako taka, stanowiłby zatem także w oczach jurysty poważny argument usprawiedliwiający niewykonanie obowiązku prawnego, np. niestawiennictwo na terminie procesu. Uważam więc, że zaraza mieściła się w pojęciu siły, której nie można się oprzeć.

Kwalifikacji zarazy jako siły wyższej nie należy jednak dokonywać bezrefleksyjnie ze względu na sam stan epidemii. Nie w każdym przypadku zdarzenie na ogół będące siłą wyższą jest przemożne, co powoduje, że *in casu* może ono nie być siłą wyższą. Niekiedy można zapobiec negatywnym skutkom zdarzenia dlatego, że w konkretnym przypadku nie jest ono przemożne, wobec czego wyjątkowo nie jest siłą wyższą. Rzymskim przykładem tego rodzaju były rozważania dotyczące obawy przed maszerującym wojskiem, która nie zawsze była uzasadniona, ponieważ w zasadzie tylko najazd wrogiej armii stanowił siłą wyższą⁸¹, lub warunków atmosferycznych, które tylko wtedy były siłą wyższą, jeżeli były nadzwyczajne⁸². Nie każda też choroba, lecz jedynie ciężka, uniemożliwiająca podjęcie oczekiwanej aktywności, była uważana za siłą wyższą⁸³.

Związana z przemożnością jest cecha nadzwyczajności siły wyższej, gdyż następuje ona *extra consuetudinem*⁸⁴. Pomimo sporej częstości występowania pandemia spełniała to kryterium w nie mniejszym stopniu niż trzęsienie ziemi lub napad wrogiej armii. Cechy nadzwyczajności Rzymianie nie zawężali do zdarzenia bardzo rzadko występującego lub niemal nieprawdopodobnego, ale brali pod uwagę widoczne dla każdego skutki wystąpienia danego zdarzenia⁸⁵. Zaraza ze względu na swoje dewastujące skutki jest zdarzeniem bardzo odróżniającym się od zwykłych przypadków życia codziennego. Nie jest to coś, co zwykle zdarza się w normalnym biegu rzeczy, ale następuje *extra consuetudinem*.

Kolejną cechą siły wyższej była zewnętrżność źródła jej pochodzenia w stosunku do sfery dłużnika⁸⁶. W odniesieniu do sił przyrody kryterium to nie nastręcza

⁸¹ D. 19, 2, 13, 7, por. D. 13, 6, 18pr., D. 19, 2, 15, 2, D. 21, 1, 17, 3, D. 35, 2, 30pr.

⁸² D. 18, 1, 78, 3.

⁸³ H. Siems, *Bemerkungen zu sunnis und morbus soticus. Zum Problem des Fortwirkens des römischen Rechts im frühen Mittelalter*, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung 1986, t. 103, s. 409 i nast.; C. Lanza, *Impedimenti del giudice. Alcuni modelli di "diritto classico"*, *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano* 1987, nr 29, s. 467 i nast.; M. Sobczyk, *Siła wyższa...*, s. 139 i nast.

⁸⁴ D. 19, 2, 15, 2.

⁸⁵ M. Sobczyk, *Siła wyższa...*, s. 75 i nast.

⁸⁶ D. 18, 1, 78, 3, D. 19, 2, 15, 2, D. 19, 2, 30, 4, D. 39, 2, 23 i 24.

trudności. Ocena innych zdarzeń okazywała się bardziej problematyczna, np. tylko taki pożar stanowił siłą wyższą, który nie został spowodowany przez niewolnika należącego do osoby zamieszkującej budynek⁸⁷. Wydaje się, że w przypadku choroby kryterium to w ogóle nie miało znaczenia, gdyż trudno uznać, że jest ona zdarzeniem zewnętrznym, nawet gdyby została wywołana przez zewnętrzny czynnik chorobowy, w tym zakażenie⁸⁸. Sama zaraza jest natomiast zdarzeniem zewnętrznym.

Siła wyższa cechuje się także niemożnością przewidzenia, czy i kiedy nastąpi⁸⁹. Żadna przezorność ludzka nie może jej przewidzieć⁹⁰. Epidemia spełnia to kryterium i to bez względu na częstotliwość jej występowania. Nigdy nie wiadomo bowiem, czy i kiedy nastąpi oraz jak szybko i jaki obszar zajmie.

4. Charakter okoliczności uzasadniających złagodzenie wymogów formalnych testamentu

Najbardziej znaną regulacją prawa rzymskiego odnoszącą się do zarazy jest szczególnie forma testamentu nazywana *testamentum pestis tempore conditum*, która została zawarta w konstytucji Dioklecjana i Maksymiana z 290 r., zachowana w C. 6, 23, 8:

Casus maioris ac novi contingentis ratione adversus timorem contagionis, quae testes deterret, aliquid de iure laxatum est: non tamen prorsus reliqua etiam testamentorum sollemnitatis perempta est. 1. Testes enim huiusmodi morbo oppresso eo tempore iungi atque sociari remissum est, non etiam conveniendi numeri eorum observatio sublata.

Cytowana regulacja dotyczy testamentu sporządzanego w czasie zarazy, choć sam termin *pestis* nie został w niej użyty. Wynika z niej, że ze względu na obawę świadków przed zarażeniem chorobą zakaźną (*timor contagionis*), dopuszcza się pewne odstępstwo od wymogów prawnych testamentu, odnoszące się do spotkania się świadków ze sobą i z testatorem⁹¹.

⁸⁷ D. 19, 2, 30, 4.

⁸⁸ A. Doll, *Von der vis maior zur höheren Gewalt. Geschichte und Dogmatik eines haftungsentlastenden Begriffs*, Frankfurt am Main–Bern–New York–Paris 1989, s. 31; T. Mayer-Maly, *Höhere Gewalt...*, s. 62 i 72.

⁸⁹ D. 4, 4, 11, 5, D. 17, 2, 52, 3.

⁹⁰ D. 50, 8, 2, 7; C. 4, 24, 6, C. 4, 35, 13.

⁹¹ Zwięzła treść reskryptu uniemożliwia jednoznaczne ustalenie, na czym polegało to odstępstwo, jednakże zagadnienie to znaczenie wykracza poza ramy niniejszej pracy. Problem został ostatnio pogłębiony w artykule M. Vinci, *Il testamento redatto in tempo di malattia contagiosa: radici romanistiche e letture attualizzanti*, *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano* 2020, t. 114, s. 283–314, zawierającym dalsze wskazówki bibliograficzne.

Treść reskryptu rozpoczyna się od słów *casus maior*, a zatem od jednego z terminów określających siłę wyższą⁹². Istotne jest ustalenie znaczenia tego terminu, bowiem może to być jedyna regulacja w prawie prywatnym potwierdzająca, że zarazem uważano za siłę wyższą. Sformułowanie *casus maioris ac novi contingentis ratione* okazuje się bardzo trudne do przetłumaczenia na języki nowożytny i z reguły jego tłumaczenia stanowią interpretację mającą na względzie określoną wykładnię reskryptu jako całości. Stąd tłumaczy się je jako nieszczenie nowej i poważnej zarazy⁹³, poważne i niezwykle zdarzenie⁹⁴, poważne i niedawne zdarzenie⁹⁵, poważne i nowe nieprzewidziane okoliczności⁹⁶, większą i nowo powstającą przeciwność⁹⁷, większy i nowy przypadek⁹⁸, poważną i niezwykłą katastrofę⁹⁹, siłę wyższą¹⁰⁰, nadzwyczajne zdarzenie siły wyższej¹⁰¹. Jedynie w przekładach hiszpańskich *casus maior* tłumaczony jest jako siła wyższa (*fuera mayor*), aczkolwiek za tym samym tłumaczeniem opowiedział się S. Kursa¹⁰². Powstaje więc pytanie, jak należy rozumieć powyższy termin i w jaki sposób odnosi się on do zarazy.

Jeszcze w XIX w. poparcie znajdowała hipoteza, że termin *casus maior* oznacza tu epilepsję, której atak dotknął jednego ze świadków testamentowych podczas czynności sporządzania testamentu, z takim dodatkowym skutkiem, że stał się

⁹² D. 2, 13, 7, D. 44, 7, 1, 4.

⁹³ C.A.W. Jungmeister, w: *Das Corpus Iuris Civilis ins Deutsche übersetzt*, t. 5, red. C.E. Otto, B. Schilling, C.F.F. Sintetis, Leipzig 1832.

⁹⁴ S.P. Scott, *The Civil Law*, t. 13–14, Cincinnati 1932.

⁹⁵ O. Tellegen-Couperus, *Testamentary Succession in the Constitutions of Diocletian*, Zutphen 1982, s. 27; L. Desanti, *Dominare la prassi. I rescritti dioclezianei in materia di successioni*, w: *Diocleziano: la frontiera giuridica dell'impero*, red. W. Eck, S. Puliatti, Pavia 2018, s. 541.

⁹⁶ A. Cherchi, *L'indulgenza nel emergenza. Brevi note sul c.d. testamentum tempore pestis nel diritto romano*, w: *Emergenza e diritti tra presente e futuro*, red. V. Corona, M.F. Cortesi, Napoli 2020, s. 146.

⁹⁷ *The Codex of Justinian. A New Annotated Translation, with Parallel Latin and Greek Text. Based on a Translation by Justice Fred W. Blume*, red. B.W. Fier, t. 2, Cambridge 2016.

⁹⁸ C. Willems, *Zwischen Infektionsschutz und Schutz des Erblasserwillens: Das sogenannte testamentum tempore pestis conditum*, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung* 2021, t. 138, s. 634.

⁹⁹ J.A. Ankum, J.E. Spruit, w: *Corpus Iuris Civilis. Tekst en Vertaling*, red. J.E. Spruit i in., t. 8, Amsterdam 2007, s. 471.

¹⁰⁰ A. Díaz Bautista, *Conspectus Constitutionum Diocletiani*, Madrid 2013, s. 217.

¹⁰¹ S. Castán Pérez-Gómez, *El peligro inminente de muerte como fundamento de formas testamentarias extraordinarias en el Derecho romano y en el Código Civil*, w: *Nuevas orientaciones del Derecho civil en Europa*, red. M. Perena Vicente, P. Delgado Martín, Madrid 2015, s. 933; tenże, *Testar en tiempos de pandemia: antecedentes históricos y en la actualidad*, *Revista Internacional de Derecho Romano* 2021, nr 26, s. 425; E. Muñoz Catalán, *Aplicación jurídica del Testamentum Tempore Pestis o testamento en caso de pandemia como la generada actualmente por el coronavirus*, *Foro. Revista De Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva época* 2020, t. 23, nr 1, s. 113.

¹⁰² S. Kursa, *Testator i formy testamentu w rzymskim prawie justyniańskim*, Warszawa 2017, s. 221.

przyczyną obawy innych świadków przez zarażeniem¹⁰³. W przypadku testamentu atak epilepsji usprawiedliwiałby przerwę w podejmowanych czynnościach, a nawet czasowe oddalenie się świadków, co było w normalnych okolicznościach zabronione ze względu na obowiązującą zasadę integralności czynności testowania. Uznanie słuszności tej hipotezy wyeliminowałoby najważniejsze źródło prawa dowodzące, że zaraza była siłą wyższą. Przeciw niej przemawia jednak wiele argumentów, na czele z tym, że to ani inne źródła nie uzasadniają tezy, iż pojęcie *casus maior* określało epilepsję¹⁰⁴. Gdyby prawnicy kancelarii Dioklecjana rzeczywiście mieli na względzie epilepsję, użyliby jednego z terminów ją określającego, a nie terminu *casus maior*, który jej określeniu nie służył. Ponadto sama epilepsja nie stanowiła u przeciętnego świadka testamentowego tak poważnej przyczyny strachu, żeby można było mówić o *timor contagionis*¹⁰⁵. Wreszcie wprost do choroby tej odnosi się konstytucja Justyniana z 530 r. (C. 6, 23, 28, 1), w której przyjęto, że jeżeli do tknie ona świadka podczas czynności testowania, to pozostanie to bez wpływu na ważność testamentu. Jest zaś mało prawdopodobne, aby komisja redagująca Kodeks Justyniana zachowała obie konstytucje, jeżeli także reskrypt Dioklecjana miałby na względzie epilepsję¹⁰⁶.

Za daleko idącym uproszczeniem byłoby też uznanie, że termin *casus maior* sam w sobie oznacza tu zarazę i może być wprost w ten sposób przetłumaczony. Nie jest to termin techniczny oznaczający zarazę lub epidemię i nie może zostać potraktowany zamiennie z *pestis* lub *pestilentia*.

W tej sytuacji należy wziąć pod uwagę podstawowe znaczenie terminu *casus maior* jako określenia siły wyższej. Nie oznacza to jednak, że każde zdarzenie siły wyższej uzasadniałoby zastosowanie złagodzonej formy testamentu, gdyż w dalszej części reskryptu mowa jest o obawie świadków testamentowych przed zarażeniem. Taka treść wyklucza w zasadzie, by reskrypt znajdował zastosowanie w przypadku typowych przykładów siły wyższej, w tym takich, które teoretycznie mogłyby utrudniać świadkom udział w procesie sporządzania testamentu, np. najazd wrogiej armii. W kontekście innych zdarzeń stanowiących siłę wyższą nie byłoby mowy o obawie zarażenia ani o chorobie testatora lub świadków¹⁰⁷. Należy stąd wyciągnąć

¹⁰³ G.L. Marezoll, *Über die bei der Testamentserrichtung zu beobachtende Einheit des Ortes, des Tages, der Zeit des Rechtsactes*, Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß 1831, t. 4, s. 54 i nast.; krytycznie: E. Ackermann, *Über das Testament zur Pestzeit*, Archiv für die civilistische Praxis 1849, t. 32, z. 1, s. 55 i nast.

¹⁰⁴ E. Ackermann, *Über das Testament...*, s. 61 i nast.

¹⁰⁵ Tamże, s. 63.

¹⁰⁶ C. Willems, *Zwischen Infektionsschutz...*, s. 621 i nast.

¹⁰⁷ Por. E. Ackermann, *Über das Testament...*, s. 55 i nast.; S. Kursa, *Testator i formy testamentu...*, s. 221 i nast.; S. Castán Pérez-Gómez, *Testar en tiempos de pandemia...*, s. 425; tenże, *El peligro...*, s. 933; E. Muñoz Catalán, *Aplicación jurídica...*, s. 113 i nast.; L. Desanti, *Dominare la prassi...*, s. 543.

wniosek, że w tym przypadku termin *casus maior* został użyty tylko w celu podkreślenia faktu, że zaraza jest siłą wyższą, a nie po to, aby dozwolone konstytucją poluzowanie wymogów testamentu mogło być wykorzystywane w każdym przypadku siły wyższej.

Uproszczeniem byłoby wszakże uznanie, że zaraza jest siłą wyższą już z tego względu, że siłą taką jest poważna choroba¹⁰⁸. Nie są to zdarzenia tożsame, w szczególności należy rozróżnić zarazę rozumianą jako rozprzestrzenianie się patogenu wywołującego chorobę od samej efektywnie wywołanej choroby zakaźnej. Świadomość zagrożenia epidemicznego i obawa przed zarażeniem to nie to samo, co wywołana choroba. Znaczenie jurydyczne zarazy ujawnia się już jako źródła obawy przed zarażeniem, a nie dopiero stanu choroby. Reskrypt Dioklecjana ma na względzie obawę świadków przed zarażeniem, a nie tylko i nie tyle samą chorobę zakaźną.

W źródłach prawa choroba jest wymieniana wśród zdarzeń siły wyższej w tych przypadkach, w których uniemożliwia choremu wykonanie spoczywającego na nim obowiązku prawnego, np. stawiennictwa na rozprawie¹⁰⁹, zwrotu użyczonej rzeczy¹¹⁰ albo stanowi zdarzenie mieszczące się w zakresie ryzyka określonej strony kontraktu¹¹¹. Chodzi zatem o chorobę poważną, a nie jakąkolwiek. Zaraza jest jednak czymś innym, bowiem choć może być przyczyną choroby, to nie jest chorobą samą w sobie. Jej znaczenie jurydyczne nie polega na tym, że fizycznie dotyka konkretną osobę, lecz na tym, że wywołuje stan zagrożenia zarażeniem i jego konsekwencjami w postaci choroby i śmierci. W niektórych sytuacjach sam stan zagrożenia może utrudnić wykonanie obowiązku prawnego. Potrzeba zwołania świadków testamentowych także stanowi swego rodzaju powinność, jako wymóg ważności testamentu, zatem prawo powinno mieć na względzie to, że w pewnych okolicznościach trudno jest sprostać tej powinności.

Zakończenie

Postawione w tytule pytanie szczególnie nie frapowało jurystów rzymskich, skoro brakuje źródeł prawa podejmujących ten problem. Być może został on poruszony w źródłach, które się nie zachowały, wobec czego formułowanie stanowczych wniosków nie jest uzasadnione. Wydaje się jednak, że zaraza nie była typowym

¹⁰⁸ Por. S. Kursa, *Testator i formy testamentu...*, s. 221 i nast.

¹⁰⁹ D. 2, 11, 2, 3.

¹¹⁰ D. 13, 6, 5, 4.

¹¹¹ D. 17, 1, 26, 6.

przykładem siły wyższej, ponieważ nie została wymieniona w żadnym ze źródeł zawierających wyliczenia takich przykładów. Jest to zaskakujące, bowiem ówczesnie nie była zdarzeniem anormalnym, niezwykle rzadkim, którego nie warto było brać pod uwagę. Jedynie reskrypt z 290 r., odnoszący się do testamentu sporządzanego w czasie zarazy, zawiera wskazówkę, że jednak była to siła wyższa.

Przyczyny małego zainteresowania jurystów kwalifikacją zarazy upatruję w wąskim zakresie zastosowania samego pojęcia siły wyższej. Siła wyższa najczęściej przywoływana była jako zdarzenie zwalniające z odpowiedzialności za wykonanie obowiązku strzeżenia rzeczy lub jako kryterium rozkładu ryzyka zniszczenia lub uszkodzenia rzeczy, tu zaś nie ma specjalnie miejsca na zarazę. Literatura nieprawnicza dostarcza dość ważkich argumentów za tym, że Rzymianie uważali, iż zaraza jest siłą wyższą, tym bardziej że postrzegano ją jako karę lub nieszczęście zsyłane przez bogów. Podkreślane przez jurystów cechy siły wyższej spełnia również zaraza, choć nie przyjmuje ona takiej fizycznej postaci, jak typowe zdarzenia określane jako *vis maior*.

Bibliografia

- Ackermann E., *Über das Testament zur Pestzeit*, Archiv für die civilistische Praxis 1849, t. 32, z. 1.
- Ankum J.A., Spruit J.E., w: *Corpus Iuris Civilis. Tekst en Vertaling*, red. J.E. Spruit i in., t. 8, Amsterdam 2007.
- Bugaj E., *Zaraza w świecie rzymskim w czasach Antoninów*, w: *Epidemie, klęski, wojny*, red. W. Dzieduszycki, J. Wrzesiński, Poznań 2008.
- Brzozowski A., w: *Kodeks cywilny*, t. 1. *Komentarz. Art. 1-449(10)*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2020.
- Brzozowski A., *Wpływ zmiany okoliczności na zobowiązania w dobie pandemii – o konieczności zastosowania nadzwyczajnych środków*, *Studia Prawa Prywatnego* 2020, nr 2.
- Castán Pérez-Gómez S., *El peligro inminente de muerte como fundamento de formas testamentarias extraordinarias en el Derecho romano y en el Código Civil*, w: *Nuevas orientaciones del Derecho civil en Europa*, red. M. Pereña Vicente, P. Delgado Martín, Madrid 2015.
- Castán Pérez-Gómez S., *Testar en tiempos de pandemia: antecedentes históricos y en la actualidad*, *Revista Internacional de Derecho Romano* 2021, nr 26.
- Cherchi A., *L'indulgenza nel'emergenza. Brevi note sul c.d. testamentum tempore pestis nel diritto romano*, w: *Emergenza e diritti tra presente e futuro*, red. V. Corona, M.F. Cortesi, Napoli 2020.
- Desanti L., *Dominare la prassi. I rescritti diocleziane in materia di successioni*, w: *Diocleziano: la frontiera giuridica dell'impero*, red. W. Eck, S. Puliatti, Pavia 2018.
- Díaz Bautista A., *Conspectus Constitutionum Diocletiani*, Madrid 2013.

- Doll A., *Von der vis maior zur höheren Gewalt. Geschichte und Dogmatik eines haftungsentlastenden Begriffs*, Frankfurt am Main–Bern–New York–Paris 1989.
- Ernst W., *Wandlungen des „vis maior“ – Begriffes in der Entwicklung der römischen Rechtswissenschaft*, Index 1994, nr 22.
- Exner A., *Der Begriff der höheren Gewalt (vis maior) im römischen und heutigen Verkehrsrecht*, Wien 1883 [*Pojęcie siły wyższej (vis maior) w prawie komunikacyjnym rzymskim i współczesnym*, przeł. J. Bassak, Warszawa 1919].
- Gozalbes Cravioto E., García García I., *En torno a la medicina romana*, Hispania Antiqua 2009–2010, nr 33–34.
- Gozalbes Cravioto E., García García I., *La primera peste de los Antoninos (165–170). Una epidemia en la Roma imperial*, Asclepio. Revista de Historia de la Medicina y de la Ciencia 2007, t. 59, nr 1, DOI: 10.3989/asclepio.2007.v59.i1.215.
- Gozalbes Cravioto E., García García I., *Una aproximación a las pestes y epidemias en la antigüedad*, Espacio, Tiempo y Forma, Serie II. Historia Antigua 2013, nr 26, DOI: 10.5944/etfi.26.2013.13738.
- Goldschmidt L., *Das receptum nautarum, cauponum, stabulariorum. Eine geschichtlich-dogmatische Abhandlung*, Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht 1860, t. 3.
- Gołaczyński J., *Przedawnienie roszczeń majątkowych i terminy zawite w okresie po ogłoszeniu stanu epidemii związanej z Covid-19*, Monitor Prawniczy 2020, nr 8, DOI: 10.32027/MOP.20.8.2.
- Iwańska J., *Epidemie w antycznych źródłach greckich i rzymskich*, Seminare. Poszukiwania Naukowe 2011, t. 30.
- Iwańska J., *Przyczyny, zapobieganie i leczenie chorób epidemicznych w starożytnej Grecji i Rzymie*, Seminare. Poszukiwania Naukowe 2010, t. 28.
- Iwańska J., *Znaczenie terminu epidemia w starożytnej literaturze grecko-rzymskiej. Próba analizy na wybranych przykładach*, Seminare. Poszukiwania Naukowe 2014, t. 35.
- Jungmeister C.A.W., w: *Das Corpus Iuris Civilis ins Deutsche übersetzt*, t. 5, red. C.E. Otto, B. Schilling, C.F.F. Sintetis, Leipzig 1832.
- Kastelik-Smaza A., *Epidemia Covid-19 jako siła wyższa w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, Europejski Przegląd Sądowy 2020, nr 5.
- Krüger P., *Codex Iustinianus (editio maior)*, Berolini 1877.
- Kursa S., *Testator i formy testamentu w rzymskim prawie justyniańskim*, Warszawa 2017.
- Lanza C., *Impedimenti del giudice. Alcuni modelli di “diritto classico”*, Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano 1987, nr 29.
- Marezoll L.G., *Über die bei Testamentserrichtung zu beobachtende Einheit des Ortes, des Tages, der Zeit und des Rechtsactes*, Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß 1831, t. 4.
- Mataczyński M., Saczywko M., w: *Kodeks cywilny*, t. 1. Komentarz. Art. 1–352, red. M. Gutowski, Warszawa 2018.
- Mayer-Maly T., *Höhere Gewalt: Falltypen und Begriffsbildung*, w: *Festschrift für Artur Steinwenter zum 70. Geburtstag*, Graz–Köln 1958.
- Mayer-Maly T., *Vis maior*, w: *Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, red. K. Ziegler, t. IXA, 1, Stuttgart 1961.
- Mazzini I., *La malattia conseguenza e metafora del peccato nel mondo antico, pagano e Cristiano*, w: *Cultura e promozione umana. La cura del cuerpo e dello spirito nell’antichità classica*

- e nei primi secoli cristiani. Un magistero ancora attuale?*, red. E. Dal Covolo, I. Gianetto, Troina 1998.
- Muñoz Catalán E., *Aplicación jurídica del Testamentum Tempore Pestis o testamento en caso de pandemia como la generada actualmente por el coronavirus*, Foro. Revista De Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva época 2020, t. 23, nr 1, DOI: 10.5209/foro.73999.
- Panfil K., w: *Kodeks cywilny*, t. 3A. *Komentarz*, red. K. Osajda, Warszawa 2021.
- Partyka A., *Epidemia (covid-19) a tok postępowania cywilnych i sądownoadministracyjnych*, Przegląd Prawa Publicznego 2020, nr 5.
- Paura R., *Lermeneutica delle epidemie nel pensiero Cristiano e l'idea del Dio Punitore*, Orbis Idearum 2020, t. 8, nr 1, DOI: 10.26106/Y90A-AR83.
- Roosen J., Curtis D.R., *Danger of Noncritical Use of Historical Plague Data*, Emerging Infectious Diseases 2018, t. 24, nr 1, DOI: 10.3201/eid2401.170477.
- Scott S.P., *The Civil Law*, t. 13–14, Cincinnati 1932.
- Siems H., *Bemerkungen zu sunnis und morbus soticus. Zum Problem des Fortwirkens des römischen Rechts im frühen Mittelalter*, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung 1986, t. 103, DOI: 10.7767/zrgra.1986.103.1.409.
- Sitek B., *Pestis Antonini. Reakcja Marka Antoniusza na globalną starożytną epidemię*, Teka Komisji Prawniczej PAN – Oddział w Lublinie 2020, t. 13, nr 1, DOI: 10.32084/tekapr.2020.13.1-29.
- Siwicka M., *Człowiek w obliczu epidemii – relacja Tukidydesa i Prokopiusza z Cezarei*, Vox Patrum 2021, t. 78.
- Sobczyk M., „Klasyczne” teorie siły wyższej w ich współczesnym zastosowaniu, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2010, t. 19, z. 3.
- Sobczyk M., *Siła wyższa w rzymskim prawie prywatnym*, Toruń 2005.
- Stradomska-Balcerzyk K., *Kształtowanie cywilnoprawnych stosunków zobowiązaniowych w świetle ustawodawstwa pandemicznego*, Monitor Prawniczy 2020, nr 17.
- Suder W., *Et forte annus pestibus erat. Epidemie w Republice Rzymskiej*, Wrocław 2007.
- Suder W., *Gniew bogów. Etiologia religijna epidemii w Republice Rzymskiej*, Acta Universitatis Wratislaviensis No 3063, Prawo CCCV, Wrocław 2008.
- Suder W., *Uwagi na temat epidemiologii w świecie grecko-rzymskim do I w. p.n.e.*, Acta Universitatis Wratislaviensis No 3028, Classica Wratislaviensia, t. 28, Wrocław 2008.
- Tellegen-Couperus O.E., *Testamentary Succession in the Constitutions of Diocletian*, Zutphen 1982.
- The Codex of Justinian. A New Annotated Translation, with Parallel Latin and Greek Text. Based on a Translation by Justice Fred W. Blume*, red. B.W. Fier, t. 2, Cambridge 2016.
- Vinci M., *Il testamento redatto in tempo di malattia contagiosa: radici romanistiche e letture attualizzanti*, Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano 2020, t. 114.
- Willems C., *Zwischen Infektionsschutz und Schutz des Erblasserwillens: Das sogenannte testamentum tempore pestis conditum in C. 6, 23, 8 (290)*, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung 2021, t. 138, DOI: 10.1515/zrgr-2021-0019.
- Wójcik M., *Plaga Justyniana. Cesarstwo wobec epidemii*, Zeszyty Prawnicze 2011, t. 11, nr 1, DOI: 10.21697/zp.2011.11.1.20.
- Zelek M., w: *Kodeks cywilny*, t. 2. *Komentarz. Art. 353–626*, red. M. Gutowski, Warszawa 2019.

