

ręku i chronił za pomocą owych powództw *pater familias*. Toteż nie można mówić o zastłude dawnego prawa, polegającej na „oparciu procesu na prawie podmiotowym i dostosowaniu go do różnej natury praw podmiotowych”²⁷. Chyba że będziemy ów dawny proces oceniać stosując współczesne pojęcia i kryteria.

Późniejsza zaś władza pretora nad „państwem *actionum*”, która także według oceny H. Kupiszewskiego uczyniła z niego „figurę węża niepowiara”²⁸, nie spowodowała, bo nie mogła spowodować, odsunięcia kwestii słowość, z jaką pretorzy, startując z pozycji wyznaczonej zasadami *ius civile* i procesu legistycznego, potrafili szybko dostosować się do możliwości, jakie stworzyło im nowe postępowanie sądowe. Jest prawdą, że pretor dawne *actiones civiles*, wzbogacając je o fikcje, o dodatki, że należały rozstrzygnąć zgodnie z *bona fides*, dokonując podstawienia nowych osób w miejsce stron procesowych. Coraz częściej, nie oglądając się na prawo cywilne, kreował też pretor nowe *actiones*, nawet wówczas, gdy spełnienia których starał się przy tym jak najprecyzyjniej określić warunki, od których ochrony prawnej. Dla S. Wróblewskiego to właśnie, że pretor *ius civile*, ani nawet utrwalone już *ius honorarium*, oznaczało możliwość prawa procesowego nad materialnym, „zaniedbanie” ważnej kwestii praw podmiotowych. Wydaje się jednak, że można na tę działalność magistratury spojrzeć z innego punktu widzenia: próbować dostrzec w niej nie tylko organ stosujący prawo, lecz, od pewnego momentu, przede wszystkim prawodawcę, który wziął na siebie ciężar zapewnienia właściwego rozwoju zasad dotyczących żywo rozwijającego się obrotu. Nie chodzi przy tym o prawodawcę w takim znaczeniu, że wydawał edykt: edykt długo źródłem prawa obowiązującego nie był. Byłby natomiast pretor prawodawcą w tym znaczeniu, że udzielając ochrony prawnej w sytuacjach nowych sprawiał, iż powoastawało w rezultacie nowe chronione uprawnienie, a używając dzisiejszej terminologii, nowe prawo podmiotowe. Pretor wykreślał więc ustawodawcę — w dzisiejszym znów rozumieniu jego funkcji.

Czy jednak oznacza to, że gubił z pola widzenia uprawnionego? Otóż nie, bowiem to przecież dla niego te nowe możliwości tworzył. Co więcej, przy padkach, gdy wprowadzał do formuły fikcję, że należy kogoś traktować jak gdyby był obywatel, albo jakby nie uległ *capitis deminutio*, czy wreszcie jak gdyby stał się właścicielem przez zasiedzenie przy *actio*

publiciana, tego właśnie, kogo *ius civile* ochrony pozbawiło, czynił „uprawnionym”. Wypada oczywiście zgodzić się z uwagą S. Wróblewskiego, że wszystkie te zabiegi „nie posuwały w niczym naprzód pojęcia prawa podmiotowego”. Najistotniejsze jednak wydaje się to, że powiększały one katalog chronionych uprawnień.

Co zatem mogło oznaczać ogłoszenie przez Hadrianą *edictum perpetuum*? Powiada S. Wróblewski, że chociaż wówczas przewaga elementu procesowego zanika, a pretor dając skargę stosuje znów prawo obowiązujące, a więc powraca do roli jego sługi, to jednak postępowanie formułkowe opiera się nadal na udzielanej za pośrednictwem pretora *actio*, co oznacza, że jurysci w dalszym ciągu interesowali się wyłącznie nią. I to pomimo tego, że edykt nie rozwijał się więcej, a *actiones* „spod władzy pretora przeszły pod władzę prawa”²⁹. Kiedy zaś zapanował proces nowy, cesarski, nie było sił, które by nowy stan prawa odpowiednio do zmiany podstaw operować mogły: literatura klasyczna rzadzi bowiem praktyką, w niej zaś utrzymują się *actiones*³⁰. Przyznaje jednak nasz Autor, że zostały one od powiednio przekształcone i pozbawione tych właściwości, które łączyły je z dawnym prawem procesowym. Przez to zaś zostały zbliżone do praw podmiotowych i rozszerzeń w dzisiejszym znaczeniu, choć pojęcia te nie wyszłyby „samodzielnie”. Taki też stan mieli przejąć i utrwalić kompilatorzy Justiniana³¹.

Z chwilą utrwalenia się edyktu, kiedy magistratury utraciły wpływ na dalszy rozwój prawa, nastąpił w istocie powrót do sytuacji sprzed procesu formułkowego. Zainteresowany musiał więc teraz utrzymać, przy spełnieniu rzecz jasna określonych warunków, ochronę prawną, gdy taką możliwość przewidywało czy to *ius civile*, czy *ius honorarium*. Magistratus stał się rzeczywiście, na powrót, sługą prawa. Nie zmienił się jednak przez to sposób postępowania właściwy zarówno procesowi legistycznemu, jak i formułkowemu uprawnień poszczególnych jednostek: ani magistratury, ani jurysci nie interesowali się ich treścią, ani też nie dociekali, jakie obowiązki odpowiadają określonym uprawnieniom. Nie można więc mówić, by zanikła wówczas przewaga prawa procesowego — nie ma chyba powodów, patrzyć się poprzez pryzmat możliwości ich ochrony, potraktujemy jako „przewagę” prawa procesowego. Zasadniej jednak mówić o swoistej jednostości tego, co dziś uważamy za prawo materialne, i tego, co jest prawem procesowym, jednostości ucieleśnionej w rzymskiej *actio*: środka, poprzez który mógł dokonywać się rozwój prawa, ale nawet wówczas, gdy się nie dokonywał, ten środek decydował o możliwości uzyskania ochrony.

²⁷ Por. S. Wróblewski, op. cit. 30 14-1.

²⁸ Ibid.

²⁹ Por. H. Kupiszewski, *Prawo rzymskie*, t. 1, s. 14-1.