

WOJCIECH DAJCZAK (Poznań)

## Zbliżenie romanistyki i komparatystyki prawniczej – źródło szansy na twórczy rozwój czy słabości badań prawno-porównawczych?

W związku z pracą Basila Markesinisa pt. *Rechtsvergleichung in Theorie und Praxis. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Methodenlehre*, 2004

**I. Postulaty Ernsta Rabela.** Tworzący w pierwszej połowie XX w. Ernst Rabel jest powszechnie uznawany za uczonego, który dał „decydujący impuls” dla rozwoju współczesnej metodologii prawa porównawczego<sup>1</sup>. Występując w roku 1923 z postulatem konieczności badań komparatystycznych, wyróżnił w ich ramach trzy części (Teilgebiete). Pierwszą, obejmującą porównywanie konkretnych zasad prawnych, nazwał dogmatycznym albo systematycznym porównawstwem. Jako drugą część wyróżnił tzw. historyczne porównawstwo. Trzecią część miało stanowić budowanie „części ogólnej”, zbliżające się do refleksji filozoficzno-prawnej<sup>2</sup>. W takiej wizji porównawstwa prawnego E. Rabel uznał jednoznacznie związek badań porównawczo-prawnych i historycznych. Wyraźnie jednak podporządkował badania historyczne celom komparatystyki. Wywodził, że rozważania historyczno-porównawcze mają być tylko jedną z metod badania poszczególnych porządków prawnych, prowadzącą do ustalenia przyczyn podobieństw pomiędzy nimi<sup>3</sup>. Jako uczonego wywodzący się z romanistycznej szkoły L. Mitteis’a lokował w ten sposób badania historycznoprawne ze świadomością zarzutów także – jak mówił – „ze strony czołowych romanistów”, którzy uważali, że najpierw trzeba do-

---

<sup>1</sup> Por.: S. Hofer, *Ernst Rabel (1874-1955)*, w: *Juristas universales*, t. 3, ed. R. Domingo, Madrid 2004, s. 919.

<sup>2</sup> E. Rabel, *Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung*, w: *Gesammelte Schriften*, t. 3, Tübingen 1967, s. 2 i n.

<sup>3</sup> E. Rabel, op. cit., s. 3.

prowadzić do końca badania antycznych źródeł rzymskich<sup>4</sup>. Zajęcie takiego stanowiska przez E. Rabela miało oparcie w praktycznie zorientowanym przez niego celu komparatystyki. Określił go jako służące rozwojowi prawa narodowego, rozsądne wybieranie ze „zbioru rozwiązań”, rozwiązania opartego na doświadczeniu wielu krajów<sup>5</sup>.

W naszkicowanym wystąpieniu E. Rabela znalazły odbicie trzy kwestie istotne, moim zdaniem, dla refleksji nad zbliżeniem romanistyki i komparatystyki prawa prywatnego. Są to: problem relacji badań romanistycznych do badań porównawczo-prawnych, cel badań komparatystycznych oraz bezpośrednie impulsy podejmowania badań porównawczych. Trzecia z wyróżnionych kwestii nie ograniczała się w naszkicowanym wyżej programie do ogólnej troski o rozwój narodowego prawa. Bezpośrednim impulsem wystąpienia E. Rabela były praktyczne problemy wykładni traktatu wersalskiego i dążenie do przełamania izolacji niemieckiej nauki prawa bezpośrednio po pierwszej wojnie światowej<sup>6</sup>. Te impulsy oraz sięgające początku XX w. postulaty ujednolicenia prawa w szeregu krajów europejskich przyniosły w latach dwudziestych minionego wieku także instytucjonalny rozwój komparatystyki<sup>7</sup>. Jednak jak zauważał Basil Markesinis, w opublikowanych w roku 2004 rozważaniach poświęconych stanowi i metodzie badań porównawczych, „metodę pozostał Rabel”, a po nim nastąpił „czas bohaterów”, „charyzmatycznych kaznodziejów”, którzy nie dostrzegali w komparatystyce instrumentu służącego społecznym potrzebom<sup>8</sup>. W swoim programie przełamania tej sytuacji B. Markesinis odniósł się w szczególności do relacji romanistyki i komparatystyki. Przed podjęciem prezentacji i oceny tej wizji metodologicznej uważam za celowe przypomnienie kilku znaczących wypowiedzi na temat relacji pomiędzy badaniami historycznoprawnymi i porównawczymi z drugiej połowy XX w.

**II. Wizja partnerstwa komparatystyki i historii prawa w drugiej połowie XX w.** W opublikowanym po II wojnie dziele *Vorschule der Rechtsphilosophie* Gustaw Radbruch wyraźnie podkreślił pokrewieństwo historii prawa i komparatystyki jako nauk mających za przedmiot poznanie prawa jako bytu. Traktował je równorzędnie, uznając za drogi poznania różnych jego wymiarów<sup>9</sup>. Jako praktyczny efekt takiego podejścia można wskazać to, że operowanie przez tego filozofa prawa metodą porównawczą, głównie poprzez odniesienia do prawa anglosaskiego, uznaje się za jedną z przesłanek, które doprowadziły G. Radbrucha do sformułowania formuły ustawowego bezprawia<sup>10</sup>.

<sup>4</sup> Ibidem.

<sup>5</sup> Ibidem, s. 9 i 20 i n.

<sup>6</sup> E. Rabel, op. cit. 17 i n.

<sup>7</sup> K. Zweigert, H. Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Tübingen 1996, s. 59.

<sup>8</sup> B. Markesinis, *Rechtsvergleichung in Theorie und Praxis*, München 2004, s. 23 i 25.

<sup>9</sup> G. Radbruch, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, hrsg. Von A. Kaufmann, Göttingen 1965, s. 1.

<sup>10</sup> H. Scholler, *Die Rechtsvergleichung bei Gustaw Radbruch und seine Lehre vom überpositiven Recht*, Berlin 2002, s. 97 i n.

Na początku lat dziewięćdziesiątych Alan Watson, który w naukowych zainteresowaniach ewoluował od romanistyki do komparatystyki, określił jako podstawowy cel badań porównawczych wskazanie przesłanek zmian prawa i w konsekwencji oświetlenie relacji pomiędzy regułami (*legal rules*) i instytucjami prawa a społeczeństwem, w którym ono funkcjonuje. Jako istotny element tak zorientowanych badań wskazywał aspekt historyczny. W tym kontekście akcentował centralną rolę prawa rzymskiego w wyjaśnianiu rozwoju prawa prywatnego na Zachodzie i sformułował postulat koniecznej bliskości prawa porównawczego i rzymskiego<sup>11</sup>. Współautor klasycznego podręcznika porównawczego prawa prywatnego, niemiecki uczony Hein Kötz, uczynił w końcu lat dziewięćdziesiątych relację pomiędzy historią prawa i porównawstwem prawnym przedmiotem samodzielnego wystąpienia. Wywodził on w szczególności, że są to „bliźniacze nauki”, pochodzące „z tego samego pnia”, których rozgraniczanie jest w konsekwencji sztuczne<sup>12</sup>. Odnosząc ten pogląd do prawnego rozwoju w Europie, stwierdził, że obie te nauki w powiązaniu powinny wnieść „istotny wkład do przywrócenia europejskiej jedności prawnej... przywrócenia świadomości o tym, co jest wspólne europejskim prawnikom”<sup>13</sup>. W niedawnej refleksji na temat współczesnego miejsca prawa rzymskiego M. Kuryłowicz wyraził ogólną myśl, że „w badaniach prawno-porównawczych prawo rzymskie zajmuje ciągle szczególną i niekwestionowaną pozycję”<sup>14</sup>. Myśl ta znajduje oparcie w naszkicowanych wyżej poglądach G. Radbrucha, A. Watsona i H. Kötza. Trzeba jednak zwrócić uwagę na odmienną postawę pomiędzy utrwalaną w szczególności poprzez tych uczonych wizją partnerstwa historii prawa oraz komparatystyki jako równorzędnych nauk a wcześniejszą tezą E. Rabela, który uznał badania historyczno-porównawcze za jedną z części komparatystyki, ograniczając je jednak i podporządkowując praktycznym celom badań porównawczych. Można uznać, że prezentowane przez romanistów zarzuty wobec takiego podejścia E. Rabela służyły zachowaniu przez romanistykę autonomii w minionym stuleciu<sup>15</sup>. Wspomniana praca B. Markesinisa, światowej sławy komparatysty, nie pozwala jednak dziś mówić o niekwestionowanym uznaniu znaczenia romanistyki dla badań prawno-porównawczych.

**III. Krytyka związku romanistyki i komparatystyki przez B. Markesinisa.** Autor ten, uznając aktualność metodologicznej wizji E. Rabela i krytycznie oceniając rozwój porównawstwa prawnego w drugiej połowie XX w., postawił w szczególności tezę, że „powiązanie komparatystyki i prawa rzymskiego zaszkodziło (albo co najmniej nie pomogło) interesom komparatystyki,

<sup>11</sup> A. Watson, *Roman Law and Comparative Law*, Athens 1991, s. IX.

<sup>12</sup> H. Kötz, *Was erwartet die Rechtsvergleichung von der Rechtsgeschichte*, JZ, 47 (1992), s. 20 i n.

<sup>13</sup> Ibidem, s. 22.

<sup>14</sup> M. Kuryłowicz, *Prawo rzymskie. Historia tradycja współczesność*, Lublin 2003, s. 118.

<sup>15</sup> Por. R. Zimmermann, *Roman Law, Contemporary Law, European Law*, Oxford 2001, s. 46 i n.

ale nieco przedłużyło, tak czy inaczej utracone, życie prawa rzymskiego”<sup>16</sup>. Postawienie takiej tezy skłania do rozważenia leżących u jej podstaw *rationes*, a następnie jej oceny z punktu widzenia możliwości płynących z badania rzymskich źródeł. Wystąpienie to wpisuje się w rozważany od czasu Arystotelesa, obecny także w dyskusji o prawie rzymskim<sup>17</sup>, konflikt pomiędzy tym, co „eleganckie” a tym, co „użyteczne”<sup>18</sup>. Punkt wyjścia B. Markesinisa stanowi myśl, że komparatystyka XX w. nie wyczerpała możliwości, jakie dał w swojej praktycznie zorientowanej wizji metodologicznej tej nauki E. Rabel. Praktyczną orientację komparatystyki rozumie on jako wywołanie zainteresowania sędziego, czyli znalezienie metody prowadzącej do korzystania w orzecznictwie ze studiów obcego prawa<sup>19</sup>. Z tej perspektywy krytycznie ocenił także, niezwiązaną z romanistyką, komparatystykę kontynentalną, w pierwszym rzędzie Rene Davida, za ograniczenie porównawstwa prawnego do „misji cywilizacyjnej”, opartej na metodzie systematyzowania według rodzin prawnych, która z upływem lat ujawnia coraz więcej słabości<sup>20</sup>. Bardziej rozbudowana krytyka została skierowana przeciwko uczonemu angielskim, łączącym badania romanistyczne i komparatystyczne. Za źródło szkodliwego oddziaływania romanistyki Rabel uznaje to, iż wchodzący w obszar komparatystyki romanisty nie potrafią uwolnić się od prawa rzymskiego w tym sensie, że nie potrafią usunąć go z rozważań i poświęcić uwagi narodowym systemom prawnym oraz nie potrafią uznać, iż prawo rzymskie nie zostało ustalone dla rozwiązywania problemów prawnych współczesności<sup>21</sup>. Jako pierwszy skutek takiego podejścia wskazuje odchodzenie, także w ramach komparatystyki od praktycznych pytań, budowanie aury „przesadnej intelektualności i osamotnienia”, powodujące rozszczepienie nauki prawa i jego stosowania<sup>22</sup>. Jako ostateczny skutek takiej sytuacji wskazuje stopniowe przenoszenie na komparatystykę właściwej – jak mówi – prawu rzymskiemu atropii, marginalizujące ją, które doprowadziło do zamknięcia współczesnej komparatystyki w getto, w którym skazana jest na upadek<sup>23</sup>.

**IV. Propozycja praktycznej komparatystyki B. Markesinisa.** Opierając się na takiej diagnozie stanu badań prawno-porównawczych oraz przekonaniu o tym, że globalizacja daje dziś bezpośrednie impulsy dla ich rozwoju, B. Markesinis obok naszkicowanej wyżej krytyki oddziaływań romanistyki na kom-

<sup>16</sup> B. Markesinis, *Rechtsvergleichung...*, s. 125.

<sup>17</sup> Zob. np. T. Giaro, *Dogmatyka a historia prawa w polskiej tradycji romanistycznej*, PK 37 (1994), nr 3-4, s. 85 i n.

<sup>18</sup> Co do świadomości B. Markesinisa takie osadzenia podjętej przez niego dyskusji zob.: B. Markesinis, *Rechtsvergleichung...*, s. 57.

<sup>19</sup> Ibidem, s. 46.

<sup>20</sup> Ibidem, s. 5 i 35.

<sup>21</sup> Ibidem, s. 9 i n.

<sup>22</sup> Ibidem, s. 25 i 55.

<sup>23</sup> Ibidem, s. 55 i 61.

paratystykę przybliży, postulowany przez siebie od lat, kierunek jej rozwoju polegający na stworzeniu metody korzystania z obcych doświadczeń *ad casum*<sup>24</sup>. Jako „najlepszy przykład” wykorzystania przez sędziego obcego prawa lub obcych idei prawnych dla rozwoju narodowego prawa, gdy jest ono niejasne, wskazał B. Markesinis angielski wyrok z roku 2000 w sprawie *Greatorex v. Greatorex*<sup>25</sup>. Podstawą powołanej sprawy jest stan faktyczny polegający na tym, że młody człowiek w wyniku swojego grubego niedbalstwa (*negligence*) spowodował wypadek, w którym doznał obrażeń. Jego ojciec, przybyły na miejsce zdarzenia jako członek zespołu ratowniczego, doznał poważnego szoku (*post traumatic stress*), gdy udzielał pomocy pozbawionemu świadomości synowi. Powstały na tej podstawie problem prawny dotyczył tego, czy ojciec może domagać się od swojego syna albo od Motor Insurance Bureau (MIB)<sup>26</sup> z tego tytułu odszkodowania. Po stwierdzeniu, że w *common law* nie ma wiążącego w tym zakresie precedensu, sędzia sięgnął do orzecznictwa niemieckiego. Jeden z elementów rozważań angielskiego sędziego stanowi powołanie się na wyrok niemieckiego Sądu Najwyższego<sup>27</sup>. Sędzia rozważył wypowiedzianą w nim zasadę, iż jest etyczny, ale nie prawny obowiązek ochrony swojego życia i zdrowia, gdyż psychicznie złe przyjęcie przez krewnych wiadomości o śmierci lub wypadku musi być spodziewane, natomiast uznanie takiego obowiązku prawnego byłoby obcym dla porządku prawnego sposobem ograniczenia prawa stanowienia o sobie<sup>28</sup>. Taką argumentację uznał sędzia angielski za „przekonującą”, przyjmując, że prawo do stanowienia o sobie jest przesłanką wyłączającą odpowiedzialność za wywołanie wstrząsu psychicznego (*psychiatric injury*) po tragicznej wiadomości, gdy uznamy tego rodzaju zdarzenie za coś rodzajowo odrębnego<sup>29</sup>. Rozumowanie to uzasadniło oddalenie powództwa w sprawie. Akcentując użyteczność takiego uprawiania komparatystyki B. Markesinis zwrócił też uwagę na bezpośrednie przesłanki wykorzystania niemieckiego prawa dla zbudowania *ratio decidendi* angielskiego wyroku. Były nimi: umiejętność pełnomocnika MIB do wykorzystania niemieckich idei w argumentacji przez angielskim sądem oraz fakt, iż sięgnął do obcego prawa w komunikatywnej postaci wyroku sądowego nie zawierającego w argumentacji „nieprzetłumaczalnych... typowo niemieckich pojęć prawnych”<sup>30</sup>.

<sup>24</sup> Por.: B. Markesinis, *Foreign Law & Comparative Methodology. A subject and a thesis*, Oxford 1997, s. 147 i n.; idem, *Rechtsvergleichung...*, s. 46.

<sup>25</sup> [2000] 1 WLR 1970.

<sup>26</sup> Instytucja wypłacająca odszkodowania ofiarom wypadków drogowych, których sprawca nie jest ubezpieczony.

<sup>27</sup> BGHZ 56, s. 163 i n. Sprawa dotyczyła roszczenia żony, której mąż zginął w wyniku zderzenia czołowego pojazdów. Zderzenie zostało spowodowane przez obu jego uczestników, z których jeden przeżył. Żona zmarłej ofiary wypadku domagała się od niego odszkodowania z tytułu pogorszenia zdrowia wywołanego informacją o śmierci męża.

<sup>28</sup> B. Markesinis, *Rechtsvergleichung...*, s. 158.

<sup>29</sup> Jedną z kwestii objętych rozważaniami sądu było rozgraniczenie pomiędzy *nervous shock* i *emotional injuries*, szerzej zob. ibidem, s. 160.

<sup>30</sup> B. Markesinis, *Rechtsvergleichung...*, s. 168.

## V. Ocena propozycji B. Markesinisa z perspektywy doświadczenia prawa rzymskiego.

**5.1. Odniesienie współczesnego problemu do rzymskich źródeł prawnych.** Pamiętając, o przedstawionych wyżej zarzutach wobec romanistyki, spójrzmy na *ratio* sprawy *Greatorex v. Greatorex* z perspektywy doświadczenia prawa rzymskiego. Nie ma podstaw, aby czynić to poprzez poszukiwanie podobnego stanu faktycznego w antycznych źródłach. Pole do rozważań otwiera się jednak, gdy podejmiemy ogólny problem: jak prawo powinno wytyczać granice stanowienia o sobie?

To pytanie kieruje uwagę, w pierwszym rzędzie, ku rzymskim rozstrzygnięciom dotyczącym wolności do okaleczenia się i popełnienia samobójstwa. Praktycznymi owocami takiego podejścia w wieku XVII i XVIII było rozpowszechnianie poglądu, że w prawie rzymskim samobójstwo było przestępstwem<sup>31</sup>. Pogląd ten został zakwestionowany w końcu XIX w., a XX-wieczna krytyczna analiza rzymskich źródeł pozwala uznać, że próby samobójcze rozdziły w Rzymie reakcję prawną tylko w szczególnych przypadkach, gdy np. były ocenione jako wystąpienie przeciwko dyscyplinie wojskowej lub uznanie winy przez oskarżonego w procesie<sup>32</sup>. Jako kolejną, odwołującą się do prawa rzymskiego, próbę postawienia kwestii granic prawa stanowienia o sobie, wskazać można podjęte w roku 1902 przez Karla von Gareisa pytanie o to, jaka jest natura i treść władzy człowieka za życia nad swoim ciałem<sup>33</sup>. Sformułował on tezę, że prawo rzymskie dostarczyło elementów do właściwego uchwycenia tego problemu i upatrywał ich w pojęciu *potestas*, które odnosił także do podmiotu uprawnienia. Pogląd ten został w całości zakwestionowany w recenzji H. Krügera, który uznał go za nieudowodniony i niewiarygodny<sup>34</sup>.

W romanistycznej dyskusji nad prawną oceną samobójstwa jak i naturą władzy człowieka nad sobą istotne miejsce zajmują dwa literalnie sprzeczne ze sobą fragmenty z komentarza Ulpiana do edyktu. Dają one podstawę dla refleksji nad metodą i użytecznością kierowania się dziś ku prawu rzymskiemu z praktycznym pytaniem o to, jak prawo powinno wytyczać granice stanowienia o sobie. W pierwszym z nich, odnoszącym się do edyktowej rubryki *ad legem Aquiliam*<sup>35</sup>, czytamy: „wolny człowiek ma w swoim imieniu skargę analogiczną w stosunku do *lex Aquilia*, bezpośredniej bowiem nie ma; albowiem

<sup>31</sup> A. Wacke, *Der Selbstmord im römischen Recht und in der Rechtsentwicklung*, ZSS RA, 97 (1980), s. 40.

<sup>32</sup> Ibidem, s. 76 i n. (tam dalsza literatura).

<sup>33</sup> Cytuję za: H. Krüger, rec. *Festgabe der juristischen Fakultät zu Königsberg für ihren Senior Johann Theodor Schirmer zum 1. August 1900*, Königsberg 1900, ZSS 23 (1902), s. 480.

<sup>34</sup> Ibidem, s. 481.

<sup>35</sup> O. Lenel, *Das edictum perpetuum*, Leipzig 1927 s. 198 i n.; O. Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis*, t. 2, Roma 2000, Ulp. 615.

nikt nie jest uważany za właściciela swoich członków...”<sup>36</sup>. Zawarte w tekście słowa *dominus membrorum suorum nemo videtur* wychwytywano w XVIII i XIX-wiecznej literaturze prawniczej jako paremię wyrażającą zasadę, iż żaden człowiek nie ma pełnej wolności w dysponowaniu swoim ciałem<sup>37</sup>. Paremię tę przypomina, wydane w końcu XX stulecia, opracowanie Detlefa Liebsa<sup>38</sup>. Szersze spojrzenie na wskazany tekst czyni jednak wątpliwym zasadność wykorzystania tej peremii w odpowiedzi na pytanie o granice prawa stanowienia o sobie. Kontekst wskazanego tekstu w dokonanej przez O. Lenela rekonstrukcji komentarza Ulpiana daje podstawę dla dominującego w romanistyce poglądu, że jurysta rozważał przypadek zranienia człowieka wolnego, który błędnie uważał się za niewolnika (*liber homo bona fide serviens*)<sup>39</sup>. Wśród kwestii spornych, w dotyczącej tekstu dyskusji romanistycznej, znajduje się w szczególności sens słów *dominum ... videtur*. Roland Wittmann uznał, że nie wypowiedział ich Ulpian, ale jest to pochodząca z początku okresu poklasycznego glosa, która miała wyjaśniać przyznanie skargi jako wyjątek od zasady *liberum corpus nullam recipit aestimationem*<sup>40</sup>. Andreas Wacke uznał, że wskazane słowa zostały wykorzystane przez jurystę, aby uzasadnić daczego przyznał nie *actio legis Aquiliae*, ale skargę analogiczną (*actio utilis*)<sup>41</sup>. Postrzegając omawiany fragment jako kolejny z przypadków rozszerzania w prawie klasycznym ochrony prawnej poprzez przyznanie *actio utilis*<sup>42</sup> do skargi akwiliańskiej, skłaniałbym się, w ramach dyskusji romanistycznej, do rozwijającego myśl A. Wacke poglądu, że słowa *dominus... videtur* należy postrzegać jako wyjaśnienie przyznania *actio utilis*, jako odstępstwa od zasady, że do wniesienia *actio legis Aquiliae* legitymowany był tylko właściciel (*dominus*)<sup>43</sup>. Sygnalizując rozbieżność propozycji interpretacyjnych, podkreślić należy, że krytyczna analiza tego źródła nie daje podstawy dla odczytywania słów *dominus ... videtur* jako wyrazu dyskusji o swobodzie stanowienia przez człowieka o sobie. Z punktu widzenia konfrontowanej ze sprawą *Greatorex v. Greatorex* użyteczności prawa rzymskiego, uwagi dotyczące powyższego fragmentu wskazują, że do oczywistych błędów mogłaby prowadzić propozycja, aby odniesienia do niego sprowadzić do upowszechnionych w ramach *ius commune* paremii, oderwanie ich od krytycznej analizy rzymskich źródeł. Drugi ze wskazanych fragmentów komentarza do edyktu Ulpiana pozwala podjąć pytanie, czy i jak

<sup>36</sup> D.9,2,13 pr.: *Liber homo suo nomine utilem Aquiliae habet actionem: directam enim non habet, quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur...*

<sup>37</sup> Por. A. Wacke, op. cit., s. 49 (tam dalsza literatura).

<sup>38</sup> D. Liebs, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*, München 1998, s. 67.

<sup>39</sup> R. Reggi, *Liber homo bona fide serviens*, Milano 1958, s. 280 i n.; R. Wittmann, *Die Körperverletzung an freien im klassischen römischen Recht*, München 1972, s. 77 i n.

<sup>40</sup> R. Wittmann, op. cit., s. 81 i n.

<sup>41</sup> A. Wacke, op. cit., s. 49.

<sup>42</sup> Por.: R. Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1996, s. 994 i n.

<sup>43</sup> D.9,2,11,6 (Ulp.).

jest możliwe połączenie hermetycznej metody romanistyki ze zorientowanym praktycznie poszukiwaniem w obcym prawie *ratio* rozstrzygnięcia konkretnego problemu. Według rekonstrukcji komentarza Ulpiana do edyktu wskazany fragment znajdował w rozważaniach dotyczących odpowiedzialności za czynności osób podległych władzy<sup>44</sup>. W tekście czytamy: „gdy niewolnik sam się zranił, to właściciel nie powinien tych szkód uwzględniać w rozliczeniu, podobnie jak gdyby ten się zabił lub rzucił w dół. Także bowiem niewolnikom jest naturalnie dozwolone srożyć się nad swoim ciałem. Gdy jednak właściciel wyleczył niewolnika, który się sam zranił, to uważam, że ten [niewolnik] stanie się dłużnikiem swojego właściciela co do wydatków, choć gdy właściciel go leczy, to raczej troszczy się o swoje sprawy”<sup>45</sup>. Zawarte w tym tekście słowa *licet enim etiam ... saevire* odnoszące się wprost do pytania o granice prawa stanowienia o sobie, w tym przypadku łączą się co do sensu z zasadniczym problemem prawnym. W romanistyce wskazywano, że wypowiedzianą tu zasadę prawnej wolności naruszania swojego zdrowia Ulpian odnosił do wolnych i niewolników<sup>46</sup>. Rozwijając to ustalenie, N. Bellocci wywodzi, że powołana argumentacja jest odbiciem przemian epoki serwiańskiej, wyrażających się tym, że niewolnik pozostając *in patrimonio* właściciela przestał być traktowany tylko jak każda *res*, ale z uwagi na *utilitas* zaczęto uznawać w prawie jego podmiotowość<sup>47</sup>. W dyskusji romanistycznej zwraca się też uwagę, że przyjęta przez Ulpiana jako *ratio decidendi* wolność decydowania o swoim życiu i zdrowiu jest odbiciem stanowiska rzymskiego stoicyzmu i jest zgodna z obrazem rekonstruowanym w oparciu o szerszą podstawę źródłową<sup>48</sup>.

**5.2. Problem przeniesienia wniosków z doświadczenia prawniczego do współczesnej dyskusji prawno-porównawczej.** Nasuwa się pytanie, czy i jak *ratio* rozstrzygnięcia odnoszącego się niewolniczej rzeczywistości można wyprowadzić poza ramy prawno-historycznych rozważań i wykorzystać w dyskusji na współczesnym, praktycznym pytaniem. Zdecydowanie przychyliam się do poglądu, że odrzucić należy podejście do tekstu rzymskiego jako źródła normy prawnej<sup>49</sup>. Interesująca wydaje mi się natomiast propozycja metodologiczna Knuta Nörra sformułowana w ramach rozważań o roli prawa rzymskiego w końcu XX stulecia.

<sup>44</sup> O. Lenel, *Palingenesia*...., Ulp. 852; O. Lenel, *Das Edictum*, s. 273 i n.: quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicitur.

<sup>45</sup> D.15,1,9,7: Si ipse servus sese vulneravit, non debet hoc damnum deducere, non magis quam si se occiderit vel praecipitaverit: licet enim etiam servis naturaliter in suum corpus saevire. sed si a se vulneratum servum dominus curaverit, sumptuum nomine debitorem eum domino puto effectum, quamquam, si aegrum eum curasset, rem suam potius egisset.

<sup>46</sup> A. Wacke, op. cit., s. 70; N. Bellocci, *Il tentato suicidio del servo. Aspetti socio-familiari nei giuristi dell'ultima epoca dei Severi*, SDHI 63 (1997), s. 262.

<sup>47</sup> N. Bellocci, op. cit., s. 262.

<sup>48</sup> A. Wacke, op. cit., s. 46 i 76; N. Bellocci, op. cit., s. 266.

<sup>49</sup> Por. np.: T. Giaro, op. cit., s. 96 i n.



Przyjmując za punkt wyjścia przekonanie, iż wychwycone w rzymskim prawie prywatnym aksjologiczne wybory mogą być wykorzystywane dla legitymizacji rozwiązań we współczesnym prawie, zaproponował ich „przeniesienie” poprzez tzw. „dekontekstualizację” i następnie „resubstancjalizację”. Wyjaśniając w skrócie ten model, pierwszy z wyróżnionych etapów ma polegać na tym, że zrekonstruowaną w wyniku badań prawnohistorycznych *ratio decidendi* uwalnia się od historycznego kontekstu. Drugi etap to wprowadzenie *ratio* do współczesnej dyskusji prawniczej<sup>50</sup>. Przyjmując takie podejście do drugiego ze wskazanych tekstów Ulpiana, można na jego podstawie sformułować ogólną zasadę, iż osoba, w której interesie leży zdrowie innej konkretnej osoby, może domagać się świadczenia pieniężnego z tytułu jej zamachu na swoje zdrowie tylko wtedy, gdy w wyniku tego zamachu poniosła wydatki na sprawę stanowiącą szkodę. Zasada ta została wyprowadzona z rozstrzygnięcia stanu faktycznego i prawnego innego jak w sprawie *Greatorrex v. Greatorrex*. Taka odmienność dotyczy jednak też wykorzystanego przez sąd angielski wyroku niemieckiego. Przejęta z niego myśl, iż nie ma prawnego obowiązku troski o własne zdrowie i życie została wypowiedziana w ramach rozważań co do tego, czy przyczynienie się do wypadku osoby, która poniosła w nim śmierć, może zmniejszyć odpowiedzialność drugiego sprawcy wypadku, od którego wdowa po zmarłym dochodziła odszkodowania na podstawie § 823 ust. 1 BGB z tytułu rozstroju zdrowia wywołanego wiadomością o wypadku. Sąd Najwyższy RFN, nie mając wyraźnej podstawy miarkowania odszkodowania, dopuścił je w ramach słusznościowych rozważań, wskazując, że w takim stanie faktycznym powódka od samego męża w ogóle nie mogłaby dochodzić odszkodowania, bo on nie miał prawnego obowiązku troski o swoje życie i zdrowie<sup>51</sup>. Zatem mimo odmienności prawnych i faktycznych można wskazać jako wspólną, istotną dla argumentacji w drugim z przedstawionych tekstów Ulpiana i wyroku niemieckim myśl, że samo uszkodzenia własnego ciała wynikające z wolności stanowienia o sobie nie rodzi odpowiedzialności cywilnoprawnej względem osoby, która ma szeroko rozumiany interes w tym, aby sprawca uszkodzenia był zdrowy. Rozstrzygnięcie Ulpiana mogło więc inspirować do podobnego rozstrzygnięcia jak wyrok SN RFN. Co więcej, dostrzeżenie faktu, że przejęta z niemieckiego wyroku zasada wypowiedziana została w fragmencie rozważań, w którym sąd odwoływał się do „słuszności”, „natury rzeczy”, protokołów z prac przygotowujących BGB, pozwala stwierdzić że wskazanie zgodności pomiędzy rozstrzygnięciem Ulpiana i argumentacją sądu niemieckiego służyłoby obiektywizacji przejmowanej *ratio deci-*

<sup>50</sup> K.W. Nörr, *Das römische Recht zwischen Technik und Substanz: Bemerkungen zu seiner Rolle am Ende des 20. Jahrhunderts*, ZeuP 1 (1994), s. 74 i n.; odnosząc się do wykorzystywania rzymskich *rationes* we współczesnej dyskusji prawniczej, K. Nörr wskazuje w pierwszym rzędzie na poziom konstytucyjny jako obszar wykorzystania *rationes* wychwyconych w proponowany przez siebie sposób.

<sup>51</sup> BGHZ 56, 163.

*dendi*. Poczynione w ten sposób ustalenie jest więc przyczynkiem do budowania postulowanej przez E. Rabela części ogólnej komparatystyki.

Spójrzmy z tej perspektywy na naszkicowane wyżej wywody B. Markesinisa, w których za punkt wyjścia przyjął on tezę o szkodliwości prawa rzymskiego dla komparatystyki i wskazał jako „najlepszy przykład” postulowanej przez siebie „praktycznej komparatystyki” sprawę *Greatorex v. Greatorex*. Powyższe porównawczo-historyczne uwagi dotyczące zasady rozstrzygnięcia w tej sprawie pozwalają, moim zdaniem, zakwestionować ogólną tezę o szkodliwości prawa rzymskiego dla komparatystyki oraz wskazać, iż może mieć miejsce przypadek, gdy sięgnięcie do rzymskiego doświadczenia będzie użyteczne także w ramach postulowanej przez B. Markesinisa praktycznie zorientowanej komparatystyki<sup>52</sup>.

**VI. Uwagi końcowe.** Pozostaje na koniec pytanie, dlaczego doszło do wskazanego kryzysu i jakie są ogólne wskazania korzystania z romanistycznego doświadczenia, które może służyć twórczemu rozwojowi badań prawnoporównawczych. Sądzę, że postawiona przez B. Markesinisa diagnoza, że istotną przyczyną kryzysu komparatystyki jest odejście od „pozostawionej” przez E. Rabela metody, może być rozciągnięta na oddziaływanie romanistyki. W konsekwencji rozwiązanie kryzysu powinno nastąpić nie poprzez przeciwstawienie komparatystyki i romanistyki, ale poprzez ożywienie metodologicznych założeń E. Rabela. Przypomnę, iż jeden z podstawowych postulatów tego uczonego sprowadzał się do tego, że stanowiące część komparatystyki tzw. historyczne porównawstwo powinno być podporządkowane jej praktycznym celom, polegającym na rozsądnym wyborze rozwiązania opartego na doświadczeniu wielu krajów. Zestawiając to wskazanie ze spostrzeżeniem B. Markesinisa, iż powołaniu niemieckiego wyroku w angielskiej praktyce służyła umiejętność pełnomocnika MIB do wykorzystania niemieckich idei i fakt, iż sięgnął do obcego prawa w komunikatywnej postaci wyroku sądowego niezawierającej „nieprzetłumaczalnych... typowo niemieckich pojęć prawnych”<sup>53</sup> oraz przypominając powyższe odniesienia do prawa rzymskiego, można sformułować wniosek, że szansę dla twórczego wykorzystania romanistycznego doświadczenia w badaniach prawnoporównawczych może dać: zainteresowanie romanistów problemami rozwoju i stosowania dzisiejszego prawa, traktowanie rzymskiego doświadczenia jako zbioru dostarczającego rozwiązań lub oświetlającego nowożytny rozwój prawa oraz prezentacja ustalonych tą drogą wyników w sposób komunikatywny dla współczesnego prawnika. Naszkicowana propozycja metodologiczna K. Nörra i przykład sprawy

<sup>52</sup> Poza zakresem niniejszych rozważań pozostawiam głębszą analizę tego, w jakim zakresie propozycja B. Markesinisa wypełnia oczekiwania wobec badań porównawczo-prawnych. Uważam jednak, iż nie wyczerpuje ona praktycznych potrzeb w zakresie harmonizacji prawa i wykładni harmonizującej mających swoje źródła w procesach globalizacji i integracji europejskiej.

<sup>53</sup> B. Markesinis, *Rechtsvergleichung...*, s. 168.

*Greator ex v. Greator ex* skłaniają do poglądu, że ważny obszar dla współczesnego korzystania z rzymskich doświadczeń mogą stanowić kwestie rozstrzygnięcia konfliktów pomiędzy wartościami<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> W tym kontekście interesujące są także próby wykorzystywania rzymskiego doświadczenia prawniczego jako przedmiotu ekonomicznej analizy prawa, zob. np.: U. Malmendier, *Societas publicanorum. Staatliche Wirtschaftsaktivitäten in den Händen privater Unternehmer*, Köln 2002; oraz badanie praktycznych skutków omyłek w rekonstrukcji prawa rzymskiego, zob. np.: W. Dajczak, *Das Trennungs- und Abstraktionsprinzip. Die Zweifel polnischer Richter bezüglich des Grundstückskaufs im Vergleich mit der romanistischen Diskussion über den dinglichen Vertrag*, w: *Deutsches Sachenrecht in polnischer Gerichtspraxis*, red. W. Dajczak, H.G. Knothe, Berlin 2005, s. 235 i n.

