

PAULINA ŚWIĘCICKA (Kraków)

Formalność topicznego myślenia. Problem „reguł proceduralnych” dyskursu dogmatycznego rzymskich jurystów

Though this be madness, yet there is method in 't.

Shakespeare, *Hamlet*, act 2 sc. 2

I. Wprowadzenie: dyskursywny charakter prawa jurysprudencyjnego. Nie trzeba szczególnie zapewniać, że formuła proponowania rozstrzygnięć poszczególnych problemów prawnych przez przedstawicieli rzymskiej jurysprudencji, zarówno późnorepublikańskich *veteres*, jak i jurystów klasycznych miała charakter dyskursywny¹, czyli wewnętrznie strukturalnie dialogiczny. W optyce samych przedstawicieli jurysprudencji dyskurs (łac. *discursus* – „rozmowa”, „mowa”, „przemówienie”), który określić można jako dyskusję i analizę problemów prawnych, rozważanie argumentów *pro* i *contra* proponowanych rozwiązań, czy też jako ekspresję sądów na temat swoistych „prawniczych odkryć normatywnych”, zdaje się być zarówno sposobem przejawiania się prawa jak i dochodzenia do prawa jako odkrycia konstytutywnego (e.g. Clem. 5 *ad l. Iul. et Pap. D. 24.1.25: ius constitutum*; Iul. 29 *dig. D. 28.2.13.1: Regula est iuris civilis, qua constitutum est*; Pomp. 5 *ad Q. Muc. D. 50.16.120: sed id interpretatione coangustatum est vel legum vel auctoritate iura constituentium*; por. Cic. *de Off.* 3.65: *a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta*)². Celem takiej komunikacji, mającej zarówno wymiar prak-

¹ W ten sposób określił prawo jurysprudencyjne m.in. T. Giaro, *Diritto come prassi. Vicende del discorso giurisprudenziale*, [w:] *Fides Humanitas Ius. Studi in onore di L. Labruna*, Napoli 2007, vol. 6, s. 2233 i n.; Idem, *Dal soft law moderno al soft law antico*, [w:] *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, a cura di A. Somma, Torino 2009, s. 89, 96-98; zob. też P. Święcicka, *Prawo jurysprudencyjne jako prawniczy dyskurs argumentacyjny (zarys problematyki)*, „Zeszyty Prawnicze” (2011)1, *Le principe d'« ouverture du discours » au point de vue de sa publicité. Autour du problème de la communication intersubjective des « découvertes juridiques » dans le ius iurisprudentiale* (w druku).

² Konstytutywność „odkryć normatywnych” jurysprudencji rzymskiej podkreślił m.in. Gaius, nazywając jurystów tymi, którym pozwolono tworzyć prawo: Gai 1.7: *permisum est iura condere*;

tyczny jak i naukowy, zakładanym, jak można przypuszczać, z „perspektywy wewnętrznej”³ dyskursu, a więc przez samych jego uczestników – jurystów, było zarówno tłumaczenie prawa (e.g. *ex Cic. ad Fam. 10.11.3; Idem de Leg. 3.80-91: interpres* jako „pośrednik”; następnie także „objaśniacz”, „komentator”; oraz *interpretari* jako „wyjaśniać”, „objaśniać”, „komentować”⁴), jak i jego rozwój oraz dostosowanie normy do aktualnych potrzeb zmieniającej się *civitas* (ex: *Clem. 5 ad l. Iul. et Pap. D. 35.1.64.1: interpretatione adiuvari; Ped.-Ulp. 1 ad ed. aedil. cur. D. 1.3.13: suppleri; Iul. 15 dig. D. 1.3.12: ad similia procedere; Gai. 11 ad ed. provinc. D. 23.5.4: plenius interpretari; Iav. 13 epist. D. 1.4.3: plenissime interpretari debere; Iul. 90 dig. D. 1.3.11: certius statuere*). Finalnie więc przy jednoczesnej generalnej świadomości jurystów co do koniecznej zmienności prawa (e.g. *Ven. 1 stipul. D. 45.1.137.6: ius mutari potest*), o której wymownie świadczą obecne w języku jursprudencki antonimiczne zestawienia: *hodie – olim, nunc – tunc, olim – sed postea*⁵ (e.g. *Ulp. 18 ad ed. D. 9.2.1 pr.: lex Aquilia omnibus legibus, quae ante se de damno iniuria locutae sunt, derogavit...: quas leges nunc referre non est necesse*), w drodze dawania porad, opinii i konsultacji, w pewnym sensie zastępując antycznego prawodawcę, starano się zapewnić chwilowe normatywne optimum⁶. Inaczej mówiąc – celem działalności jurystów była interpretacja, ale

por. Gai 4.30: *veterum, qui tunc iura condiderunt (sc. constituerunt – przyp. aut.; słowo to wydaje się bardziej techniczne, bowiem sugeruje aktywność normatywną; argum. ex Iul. 80. dig. D. 1.3.11: Et ideo de his, quae primo constituuntur, aut interpretatione aut constitutione optimi principis certius statuendum est.)*; zob. *Thes. L.L. s.v. conditor* no. 146: *conditor* jako *aedificator, auctor et parens, scriptor, creator, administrator*; określenia te niewątpliwie akcentują kreacyjną funkcję jursprudencki. Na ten temat zob. w szczególności: L. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano 1967, s. 21, 63; R. Quadrato, *Iuris conditor*, Index 22 (1994), s. 87-106, w szczególności s. 93.

³ Na temat perspektywy wewnętrznej i zewnętrznej w prawnoznawstwie, zob. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford 1961, cit. wg wyd.: London 1997, s. 55 i n., 86 i n. W odróżnieniu od perspektywy zewnętrznej, gdzie ludzkie zachowania i reguły tłumaczy się jako pewne prawidłowości, perspektywa wewnętrzna rozumie zachowania ludzkie jako postępowanie polegające na świadomym stosowaniu się do przyjętych, czyli zaakceptowanych, reguł i zmierza do oceny zgodności tych zachowań ze standardami lub do stwierdzenia jej braku, przez co też preferuje stosowanie metod analitycznych i normatywnych od empirycznych. Por. N. McCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford 1978, s. 175 i n., który wspomina o internalnym oraz eksternalnym punkcie widzenia i analizy zachowań relewantnych.

⁴ Zob. A. Ernout-A. Meillet, *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*, Paris 1959, s.v. *interpres*, s. 320; A. Walde-J.B. Hofmann, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, Heildeberg 1938/54, vol. I, s.v. *interpres*, s. 710; i w szczególności: M. Fuhrmann, *Interpretatio. Notizen zur Wortgeschichte*, [w:] *Symptica Franz Wieacker Sexagenario Sasbachwaldeni a Suis Libata*, Göttingen 1970, s. 80-110, wraz z wyczerpującym zestawieniem źródeł.

⁵ Na temat znaczenia wspomnianych opozycji zob.: T. Giaro, *Dogmatische Wahrheit und Zeitlosigkeit in der römischen Jurisprudenz*, *Bulletino dell' Instituto di Diritto Romano* [cit. jako: BIRD] ter. ser. 29 (1987) (estratto), s. 48; zob. też D. Nörr, *Pomponius oder 'Zum Geschichtsverständnis der römischen Juristen'*, [w:] *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt. Geschichte und Kultur Roms im Spiegel der Neuren Forschung* [cit. jako: ANRW], II.15, Berlin-New-York 1976, s. 568, w szczególności przyp. 311, 312.

⁶ Sami juryści rozumieli i *explicitie* deklarowali, że ich działalność interpretacyjna jest niezbędna dla ciągłego rozwoju prawa. Twierdzili też, że interpretacja, o charakterze adaptacyj-

i adaptacja⁷, która – zakładając dokonywanie zmian – miała *ex definitione* charakter twórczy.

Należy też podkreślić szczególny wymiar takiego starożytnego dyskursu jursprudenckiego, a to z uwagi na to, że miał on za swój przedmiot zarówno prawo obowiązujące – przez co sam dyskurs może być określony jako dyskurs dogmatyczny – ale też i takie prawo, które potencjalnie mogłoby zacząć obowiązywać, uzyskując, na drodze kolejnych praktycznych zastosowań, ontologiczny status *sententia recepta* (e.g.: Paul. 32 *ad ed.* D. 19.2.7: *placet*; Paul. 27 *ad ed.* D. 6.1.43: *constat*; Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.6.26.13: *placuit autem, ut Celsus ... et Marcellus ... scripsit*; Afric. 8 *quaest.* D. 15.1.38.2: *placebat*; Afric. 4 *quaest.* D. 16.1.17 pr.: *nec id contrarium videri debere ei, quod placeat*; Iul. 15 *dig.* D. 18.1.39.1: *a plerisque responsum est*; Paul. 32 *ad ed.* D. 19.2.7: *placet*; Gai. 10 *ad ed. prov.* D. 19.5.22: *quantum inter nos statutum sit*; Lab. 2 *post. a lav. epit.* D. 33.2.31: *quod et receptum est*; Pap. 2 *quaest.* D. 45.1.115.2: *utilitatis causa receptum*; Cels. 12 *dig.* D. 47.2.68.4: *placet*)⁸. Rozwiązania wypracowane w dyskursie praktycznym, a taki był niewątpliwie ów rzymski jursprudencki dyskurs dogmatyczny, gdzie Celsusowe *ars boni et aequi* (ex Ulp. 1 *inst.* D. 1.1.1 pr.) oznaczało wprost „wiedzieć, jak czynić”⁹, miały zresztą, co do zasady, walor *pro futuro*, co dziś określa się jako propozycję rozwiązania *de lege ferenda*¹⁰. Inaczej mówiąc, w dyskursie dogmatycznym prowadzonym przez przedstawicieli rzymskiej jursprudenckiej, za pośredni-

nym, miała na celu ulepszenie porządku prawnego, co przy pełnej akceptacji dla jego otwartości na nowe rozwiązania powodowało nieustające jego formowanie i uzupełnianie. Jeden z jurystów klasycznych, Sextus Pomponius, wprost pisał, że bez działalności *iuris prudentes*, prawo nie mogłoby przetrwać i wciąż się rozwijać: Pomp. *lib. sing. enchir.* D. 1.2.2.13: *post hoc deim de auctorum successione dicemus, quod constare non potest ius, nisi sit aliquis iuris peritus, per quem possit cottidie in melius produci*. Inni juryści, jak Sextus Pedius, czy Iulianus, wyrażali przekonanie, że w przypadku niedostatecznej lub niejasnej regulacji, wystarcza – niczym „funkcjonalny surogat ustawy” (określenie za T. Giaro, *Zivilistik als Geschichte und Theorie*, *Rechtshistorisches Journal* [cit. jako: RJ] 14 (1995), s. 356, 360) – interpretacja uzupełniająca lukę lub konkretyzująca znaczenie: Iul. 90 *dig.* D. 1.3.11: *interpretatione ... certius statuendum est*; Ulp. 1 *ad ed. aedil. curul.* D. 1.3.13: *interpretatione suppleri*. Przykład na taką „interpretację formującą”, zob. w szczeg.: G. Francosi, *Due ipotesi di interpretazione 'formatrice'*, [w:] *Nozione formazione e interpretazione dell diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Professor F. Gallo*, vol. 1, Napoli 1997, s. 247. Nasuwa się jednak pytanie, czy w świetle takich wypowiedzi można by twierdzić, że juryści mieli jakiś szczególny „mit własnej kompetencji”. Por. J. Stelmach, *Mity prawnicze*: <http://forum.lex.edu.pl/materialy/plik/732-jerzy-stelmach-mity-prawnicze/>, s. 6.

⁷ Zob. T. Giaro, *Dogmatische Wahrheit*, s. 45 i n. oraz przyp. 152.

⁸ Na temat takich określeń, jak w szczególności *placet*, *constat*, *receptum est* zob. ostatnio: T. Giaro, *Diritto come prassi*, w szczeg. s. 2249, 2253; oraz Idem, *Dal soft law moderno*, w szczeg. s. 96, który widzi tu przejaw „il grado di piechezza del consenso”.

⁹ Praktyczny wymiar działalności jursprudenckiej podkreślali m.in.: F. Schulz, *History of Roman Legal Science*, Oxford 1953, s. 70, 134 i n.; także W. Litewski, *Jursprudenckja rzymska*, Kraków 2000, s. 107-108; zob. też A.M. Ioppolo, *Aristone de Chio e lo stoicismo antico*, Napoli 1980, s. 216 i n.

¹⁰ Zob. A. Grabowski, *Judicial Argumentation and Pragmatics. A Study on the Extension of the Theory of Legal Argumentation*, Kraków 1999, s. 31-32. W perspektywie antycznej, na ten temat zob. P. Świącicka, *Źródła prawa i ich obowiązywanie – współczesność a prawo rzymskie*, *Forum Prawnicze* [cit. jako: FP] 4-5 (2011), s. 65-84.

ctwem dawanych przez nich optatycznych porad, opinii i konsultacji¹¹, pozytywizowało się prawo – *ius*¹².

Dyskursywna formuła prawotwórstwa – mająca niewątpliwie charakter konsensualny (e.g.: Ulp. 17 *ad Sab.* D. 7.2.1.3: *omnes enim auctores apud Plautium de hoc consenserunt*; Marcel. 5 *dig.* D. 11.7.35: *omnes constituerunt*; Pap. 7 *quaest.* D. 21.2.64.4: *secundum omnes sententias*; Ulp. 77 *ad ed.* D. 2.8.12: *inter omnes convenit*; Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.1.11.8: *ab omnibus receptum*)¹³, miała jednak swe konsekwencje dla statusu proponowanych rozwiązań kwestii spornych, a mianowicie powodowała ich dyskursywną niepewność. Wydaje się także, że sami juryści – przy całym swym przywiązaniu do autorytatywnego proponowania rozwiązań (e.g.: lav. 1 *ex post. Lab.* D. 29.2.62 pr.: *ego puto*; Ulp. 7 *ad Sab.* D. 29.4.2.1: *mihi videtur*; Ulp. 4 *disp.* D. 29.1.19.1: *sed mihi videtur*), sprzyjającemu różnorodności dopuszczalnych interpretacji i będącemu jedną z przyczyn charakterystycznego dla rzymskiej jursprudenckiej *ius controversum*¹⁴ – musieli zauważać potrzebę osiągnięcia formuły z określonych względów posiadającej powszechną akceptację (*opinio communis, sententia recepta*), co miało stanowić namiastkę prawa pewnego – *ius certum*¹⁵,

¹¹ Na taki „miękki” charakter rozwiązań proponowanych przez rzymską jursprudenckę zwracał uwagę już L. Lombardi, *Saggio*, s. 17 i n., 62 i n., M. Bretonne, *Storia del diritto romano*¹², Roma-Bari 2008, s. 161 i n., 211 i n.; a także ostatnio: T. Giaro, *Diritto come prassi*, s. 2246; P. Świąćicka, *Źródła prawa i ich obowiązywanie*, s. 69.

¹² Zob. L. Vacca, *La giurisprudenza romana nel sistema delle fonti del diritto*, Torino 1989, s. 132 i n.: interpretacyjny fundament „normy prawnej”; por. na ten temat, w kontekście współczesnym, J. Leszczyński, *Pozytywizacja prawa w dyskursie dogmatycznym*, Kraków 2010.

¹³ O znaczeniu konsensu dla wypracowywania rozwiązań w dyskursie prawniczym, zarówno w starożytności, jak i w czasach nowożytnych, pisali w szczególności: R. Zimmermann, *Die Relevanz einer herrschenden Meinung für Anwendung, Fortbildung und wissenschaftliche Erforschung des Rechts*, Berlin 1983, *passim*, w szczegól. s. 24-25; Th. Drosdeck, *Die herrschende Meinung – Autorität als Rechtsquelle – Funktionen einer juristischen Argumentationsfigur*, Berlin 1989, *passim*; zob. też A. Magdelain, *Ius respondendi*, [w:] Idem, *Ius, Imperium, Auctoritas. Etudes de droit romain*, Roma 1990, s. 103 i n., w szczegól. s. 132-139: « unanimité jurisprudentielle » (ex Gell. 13.13); z autorów polskich zwracał na ten fenomen uwagę: T. Giaro, *Racjonalność prawnicza jako sztuka kompromisu*, [w:] *Rozumność rozumowań prawniczych*, red. M. Wyrzykowski, Warszawa 2008, s. 207 i n., w szczegól. s. 211; Idem, *Römische Rechtswahrheiten. Ein Gedankenexperiment*, Frankfurt a.M. 2007, s. 213-214: „Juristenkonsens”; Idem, *Diritto come prassi*, s. 2250 i n.; Idem, *Dal soft law moderno*, s. 96 i n.; zob. również P. Świąćicka: *Il „consensualismo della legge” nel discorso dei giuristi romani del III secolo d.C. e nel discorso dei giuristi contemporanei – paradosso o razionale necessità?* (w druku).

¹⁴ Zob. znamienne stwierdzenie F. d’Ippolito, *Del fare diritto nel mondo antico*, Torino 2000, s. 125: „ogni diritto giurisprudenziale è per natura controversiale”; na ten temat ostatnio: M. Bretonne, *Ius controversum nella giurisprudenza classica*, [w:] *Atti della Accademia Nazionale dei Lincei* 23, fasc. 3, Roma 2008, s. 755 i n.

¹⁵ O świadomości starożytnych, że pewność prawa (e.g. Cic. *de Inv.* 2.22.67: *certa iura*) stanowi niezaprzeczalną wartość, świadczą choćby podejmowane w schyłkowym okresie republiki próby uporządkowania i uzgodnienia norm ustawowych (*leges*), bowiem *innumerabiles aliae leges de iure civili sunt latae* (Cic. *pro Balb.* 8.21); *immensus aliarum super alias acervatarum legum cumulus* (Liv. 3.34); *immensa diffusaque legum copia* (Suet. *Diu. Iul.* 44.2); *multitudo infinita ac varietas legum* (Tac. *Ann.* 3.25); zob.: Suet. *Diu. Iul.* 44.2-3; Plut. *Caes.* 58; Isid. *Etym.* 5.1.5; jak i proponowane przez samego Cyncerona remedium na normatywny chaos, jakim miało być „nauko-

jakie dziś, przynajmniej teoretycznie, zapewnia formalne wprowadzenie normy prawnej do systemu, przez kompetentny organ, z zachowaniem właściwej procedury legislacyjnej¹⁶. O takiej potrzebie „pewności rozwiązania”, które wypracowane zostaje w drodze konsensusu doktrynalnego, świadczą choćby próby unikania przez samych przedstawicieli jurysprudencji określeń *ius dubium*, *ius varium* oraz *ius ambiguum*, dla opisu rezultatów własnej naukowo-praktycznej działalności, co z kolei stosunkowo często deklarowane jest przez piszących o prawie jurysprudencyjnym przedstawicieli innych antycznych *artes – disciplinae* (e.g.: Cic. *de Off.* 3.91: *ius controversum*; Quint. *Inst.* 7.6.1: *pars magna controversi iuris hinc pendet*; Cic. *pro Mur.* 28: *Peritus ideo haberi nemo potest quod in eo quod sciunt omnes nullo modo possunt inter se discrepare Si id quod oportet responderis, idem videare respondisse quod Servius; sin aliter, etiam controversum ius nosse et tractare videare*; Cic. *de Orat.* 1.242: *ius ambigitur inter peritissimos*; Cic. *pro Caec.* 69: *deinde si de iure vario quippiam iuridactum est*; Gell. 12.13.3: *Tum illi ego ita respondi: 'Si aut de uetere' inquam 'iure et recepto aut controuerso et ambiguo aut nouo et constituendo discendum esset, issem plane sciscitatum ad istos, quos dicis'*)¹⁷. Juryści natomiast dla oceny swych „odkryć normatywnych” wydają się preferować silniejsze stwierdzenia o szczególnym charakterze walidacyjnym¹⁸, za

we” przedstawienie prawa – *redactio iuris civilis in artem*: Cic. *Brut.* 1.152; *Idem de Orat.* 1.42.188-190; *Idem de Leg.* 1.4.14; a także Gell. 1.22.7. Jak wiadomo, za realizację pomysłu Cycerońskiego uważane było przez starożytnych dzieło jednego z jurystów okresu przedklasycznego, Quintusa Muciusa Scaevoli pontifeksa: *libri XVIII iuris civilis*, który – zgodnie ze słowami Pomponiusa: *lib. sing. enchir.* D. 1.2.2.41: *ius civile primum constituit generatim in libris decem et octo redigendo*. Twierdzi się też, że jurysta ten dał w ten sposób w dużym stopniu początek *iurisprudentia* jako *scientia iuris* (por. Pomp. *lib. sing. enchir.* D. 1.2.2.6: *scientia interpretandi*): zob. tak o Q.M. Scaevoli, m.in. F. Schulz, *History*, s. 64, 68, 94; P. Stein, *Regulae iuris. From Juristic Rules to Legal Maxims*, Edinburgh 1966, s. 36, który wspominał o swoistej „scientific revolution”; A. Watson, *Law making in Later Roman Republic*, Oxford 1974, s. 155; B.W. Frier, *The Rise of Roman Jurists: Studies in Cicero's pro Caecina*, Princeton 1985, s. 168 i n., który określił tego jurystę jako „the father of Roman legal science and of the Western legal tradition”; a także: D.J. Bederman, *Classical canons: Rhetoric, classicism and treaty interpretation*, Aldershot 2001, s. 73-81; krytycznie o takim podejściu, wraz z próbą odtworzenia drogi tworzenia się „mitu”, Q.M. Scaevoli: K. Tuori, *The myth of Quintus Mucius Scaevola: Founding father of legal science*, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis [cit. jako: TJJ] 2004, s. 243 i n.; Idem, *Ancient Roman Lawyers and Modern Legal Ideas. Studies on the impact of contemporary concerns in the interpretation of ancient Roman legal history*, Frankfurt a. M. 2007 s. 22 i n.

¹⁶ Zob. jednak krytycznie na temat takiego niewątpliwie pozytywnie ujęcia obowiązującego prawa: L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*⁴, Warszawa 2005, s. 19 i n.: Rozdz. 1: „Zmierzch pozytywizmu”; wyczerpująco na temat różnych koncepcji obowiązywania norm prawnych, ostatnio: A. Grabowski, *Prawnicze pojęcie obowiązywania prawa stanowionego. Krytyka niepozytywistycznej koncepcji prawa*, Kraków 2010, *passim*; dla perspektywy starożytnej, zob. P. Świącicka, *Źródła prawa i ich obowiązywanie*, s. 65 i n.

¹⁷ Zob. w szczególności: M. Brcetone, *Ius controversum*, s. 772.

¹⁸ Niewątpliwie takie ujęcie kładzie akcent na szczególną relację pomiędzy obowiązywaniem a stosowaniem prawa, aktualizując w ten sposób pytanie o powszechne obowiązywanie norm w perspektywie rzymskiej, która, jak można przypuszczać, musiała być inna niż perspektywa współczesnego prawoznawstwa. Dziś, zgodnie z najbardziej podstawową intuicją prawniczą, stwierdzić

można, że norma obowiązuje, została bowiem wprowadzona do systemu w sposób formalny, na drodze decyzji kompetentnego organu – legislatora. Takie pozytywnie ujęcie obowiązywania normy prawnej, jak już wspomniano *supra* w przyp. 16, bez względu na swój możliwy anachronizm (zob. o tym: L. Morawski, *Główne problemy*, s. 19 i n.; A. Grabowski, *Prawnicze pojęcie*, s. 22 i n., 220 i n.), w perspektywie antycznej, pomimo deklaracji Cyncerona co do prawa powszechnie akceptowanego, które obowiązuje od zawsze (Cic. *Brut.* 197: *ita scribere plerisque et id valere et valuisse semper*), może być zaakceptowane jedynie w odniesieniu do aktów prawodawczych *sensu stricto*, jakimi pośród rzymskich *fontes iuris oriundi* były jedynie *leges publicae* i zrównane z nimi *plebiscita*. Pozostałe akty normatywne (*senatusconsulta*, *constitutiones principum*) uzyskiwały natomiast swą powszechną akceptację i legitymizację niejako *via facti*, co określa się jako obowiązywanie „stopniowalne” lub „indukcyjne”: zob. o tym: M. Villey, *Seize essais de la philosophie du droit*, Paris 1969, s. 273, który stwierdził wprost, że w optyce rzymskiej « les règles de droit ... sont de valeur très inégale ». Na ten temat zob. też: F. Schwind, *Der Geltungsbegriff bei den römischen Volksschlüssen*, [w:] *Studi in onore di S. Solazzi*, Napoli 1948, s. 775-779; D. Nörr, *Zur Reskriptenpraxis in der hohen Prinzipatszeit*, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung [cit. jako: ZSS RA] 98 (1981), s. 37-45, w szczeg. przyp. 113 i 117; M. Kaser, *Ein Jahrhundert Interpolationenforschung an den römischen Rechtsquellen*, [w:] Idem, *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode*, Wien-Köln 1986, s. 147-149: „Rechtsbindung”; F. Horak, *Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico* [cit. jako: IURA] 27 (1976) [rec. z pracy L. Vacca, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, Milano 1976], s. 146-148: „Geltungsbegriff”; a ostatnio T. Giaro, *Dal soft law moderno*, s. 94 i n. i ostatnio P. Świąciecka, *Źródła prawa i ich obowiązywanie*, s. 65 i n. Z kolei w odniesieniu do wiązania edyktu pretorskiego (*edictum praetoris*), mającego niewątpliwie walor normatywny, proponuje się użycie pojęcia „normatywności niedoskonałej”, bowiem fundowanej na deontycznie nacechowanym „*sole*”: zob. w szczególności: D. Mantovani, *Praetoris partes. La iurisdictio e i suoi vincoli nel processo formulare: un percorso negli studi*, [w:] *Il diritto fra scoperta e creazione. Giudici e giuristi nella storia della giustizia civile*. Atti del convegno della Società Italiana di Storia del Diritto, a cura di M.G. di Renzo Villata, Napoli 2003, s. 45 i n., 65 i n.; por. M. Talamanca, *Diritto e prassi nel mondo antico*, [w:] *Règle et pratique du droit dans les réalités juridiques de l'Antiquité*, Catanzaro 1999, s. 147, na temat takiego „niedoskonałe wiążącego” waloru konstytucji cesarskich w początkowym okresie cesarstwa. W odniesieniu zaś do opinii i porad (*responsa*, *opiniones*) formułowanych w jurysprudenecyjnym dyskursie, w świetle wypowiedzi samych jurystów można powiedzieć, że określone rozwiązanie zaproponowane w danym momencie przez któregoś z nich, może być uznane za wiążące jedynie jeśli mogłoby znaleźć zastosowanie, co werbalizowała właśnie jedna ze wspomnianych formuł: *verum est, quia sententia vera est*. Oczywiście oceniając – zawsze z perspektywy ahistorycznej – konkretne rozwiązanie, nawet jeśli obdarzone przymiotem *praesumptio veritatis* jako pochodną *auctoritas* przysługującej jej autorowi – juryście, jako *falsa* lub *vera*, lecz jedynie częściowo (e.g. formuła: *ita putat verum esse, si: ex Pomp. 18 ad Q. Muc. D. 40.7.39.1*), jurysta nie derogował normy jurysprudenecyjnej z systemu, ale deklarował jej nieadekwatność w konkretnym przypadku. Niemniej, taka deklaracja musiała w jakiś sposób wpływać na siłę perswazyjną ocenianej opinii, czy nawet w konsekwencji doprowadzić do ukształtowania się innej praktyki rozstrzygania określonych problemów (e.g. *Gai. 2 rer. cott. D. 41.3.38: abolita est enim quorundam veterum sententia*). Inaczej jeszcze mówiąc, jeśli *sententia* była *vera*, mogła być zastosowana, i na tej drodze mogła być określona jako wiążąca przez przyzmat praktyki prawniczej, oczywiście aktualnej dla tego, kto dokonywał jej oceny. W ten sposób określenia *sententia vera* (czyli: znajdujące zastosowanie) – *sententia falsa* (czyli: nieznajdująca zastosowania) można uznać za mające analogiczny walor co obecne we współczesnym dyskursie oceny walidacyjne, niemniej o walorze szczególnym, bowiem będącym pochodną praktyki *hic et nunc*. Co więcej, taką weryfikację – podobnie jak dziś test walidacyjny – należało przeprowadzić w każdym przypadku aplikacji prawa. Na temat tzw. „sądów prawdziwościowych”, zob. w szczególności: K. Ulmer, *Die Vielfalt der Wahrheit in den Wissenschaften und ihre Einheit*, [w:] *Wissenschaften und die Wahrheit. Ein Rechenschaftsbericht der Forschung*, Hrsg. K. Ulmer, Stuttgart 1966, w szczeg. s. 7 i n., 10, 14-16; T. Giaro, *Dogmatische Wahrheit*, s. 1-108, *passim*, w szczeg. s. 15-20; jak też Idem, *Prawda i autorytet w jurysprudencji klasycznej*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego – Prace Prawnicze [cit. jako ZNUJ PP] 125 (1989), s. 50.

jakie uznać należy kognitywne określenia: *verum – falsum* (e.g.: Ulp. 16 *ad ed. D. 6.1.13: quae sententia vera est*; Ulp. 20 *ad Sab. D. 33.7.12.43: falsum est ... nam nemo dubitat*; Ulp. 57 *ad ed. D. 47.10.7.1: verum non est: cui enim dubium est?*; Ulp. 11 *ad ed. D. 4.4.7.10: non per omnia verum est. nam ... sine dubio*; por. Paul. 22 *ad ed. D. 13.6.22: procul dubio est*), będące pochodnymi procesu weryfikacji i falsyfikacji, który, w odniesieniu do tej masy normatywnej składającej się na prawo rzymskie, a określanej jako prawo jurysprudencyjne, miał charakter jednorazowy. Oczywiście jest bowiem, że nawet opinia raz określona jako *falsa*, w innej, choć podobnej sytuacji problemowej mogła być ponownie, *hic et nunc*, wzięta pod uwagę jako potencjalne rozwiązanie (e.g. Ulp. 15 *ad ed. D. 5.3.18 pr.: sed Labeo putat...: sed Octavenus ait ... mihi autem in eo, qui mala fide possedit, Labeonis sententia placet: in altero vero, qui bona fide possessor est, Octaveni sententia sequenda esse videtur*), czemu *nota bene* służyć musiały ciągłe precyzacje zakresu aplikacji poszczególnych reguł wypracowanych w dyskursie jurysprudencyjnym (e.g.: Paul. 1 *manual. D. 8.3.38: Flumine interveniente via constitui potest, si aut vado transiri potest aut pontem habeat: diversum, si pontonibus traicitur. haec ita, si per unius praedia flumen currat*; Paul. 3 *ad Plaut. D. 10.3.14.1: considerandum est. quod quidem magis puto, quia...: sed hoc ita, si... ceterum si... sed is, qui..., videndum est: nam et si...: et verius est, ut... quae cum ita sint, rectissime dicitur... diversum est enim...: hoc enim casu...).*

Podobnie, o potrzebie *ius*, które jest – może być *certum*, świadczą deklaratywne stwierdzenia jurystów na temat powszechnej akceptacji określonego rozwiązania – „odkrycia prawnego”, werbalizujące się w języku prawniczym w formule *hoc iure utimur*¹⁹ (e.g.: Gai. 18 *ad ed. provinc. D. 35.2.73.1: magna dubitatio fuit... sed hoc iure utimur, ut*; Gai. 3 *de manumiss. D. 40.4.57: et sane sunt quidam qui... crediderunt... sed mihi traditum est hoc iure nos uti, ut*; Gai. 3.149: *magna quaestio fuit... praevaluit sententia*; Iav. 5 *ex post. Lab. D. 18.1.79: Labeo et Trebatius negant... ego contra puto... eoque iure utimur*; Paul. 1. *sing. de secundis tabulis. D. 28.6.38.3: Scaevola noster dicebat; sed plerique in diversa sunt opinione... quo iure utimur*; Scaev. 43 *ad Sab. D. 41.1.23.3: et hoc Iulianum quoque scribere saepe rettuli eoque iure utimur*; Ulp. 68 *ad ed. D. 43.13.1.6: Sunt qui putent... hoc tamen iure utimur*)²⁰. Niewątpliwie, formuła ta stano-

¹⁹ Na temat znaczenia takiej deklaracji dla statusu rozwiązania przyjętego w drodze osiągnięcia konsensu doktrynalnego, zob. w szczególności: R. Schreiber, *Die Geltung von Rechtsnormen*, Berlin–Heidelberg–New York 1966, s. 43, 46; T. Giaro, *Prawda i autorytet*, s. 34; formuła *hoc iure utimur* jako „czynnik walidacji faktualnej”; a także Idem, *Geltung und Fortgeltung des römischen Juristenrechts*, ZSS RA 111 (1994), s. 70 i n.; i ostatnio Idem, *Diritto come prassi*, s. 2234; autor znów wspomina o walorze walidacyjnym deklaracji *hoc iure utimur*; zob. też P. Święcicka, *Źródła prawa i ich obowiązywanie*, s. 78-79.

²⁰ Por. stwierdzenie M. Bretone, *Ius controversum*, s. 766: „la giurisprudenza cerca, dubita, si chiede «che cosa sia giusto»; ma l'incertezza o il dubbio rimane in una sfera soggettiva, mentre obiettivamente il diritto, il *ius* in quanto tale, è (e appare) certo e stabile, è sempre «etwas Feststehendes»”.

wiła swoiste potwierdzenie powszechnej zgody na określone rozwiązanie, zamykając przynajmniej na pewien czas drogę jego modyfikacji. Umożliwiało to także sięganie do takiego uznanego rozstrzygnięcia jako do punktu wyjścia dla dyskusji nad innymi problemami prawnymi. Opinia ta, akceptowana przez wszystkich albo przez wielu, albo przez filozofów – a w kontekście rozumowania i argumentacji prawniczej: przez jurystów – zgodnie z nauką Arystotelesa (*top.* I.100 b), jako *communis* lub *dominans opinio*, mogła być nawet podstawą (przesłanką większą) rozumowania, a jego wynik mógł być uznany za prawdziwy, nawet jeśli w takim przypadku akceptacja udzielona przesłance była przenoszona na wniosek nie na mocy wynikania logicznego, ale na mocy konsekwencji udzielenia akceptacji samej przesłance.

Niemniej pokreślić należy, że właśnie z powodu takiego dyskursywnego charakteru rzymskiego prawotwórstwa w sposób naturalny pojawia się pytanie o to, co obiektywnie istotne z punktu widzenia komunikacyjnego kontekstu tak tworzonego prawa. Pytanie to znów ma status szczególny, od dawna już bowiem podkreśla się, że na gruncie normatywnym czysto logiczne formuły znajdowania rozwiązań pojawiających się problemów prawnych, niewątpliwie pozwalające na absolutną – bowiem formalną – pewność, a tym samym na uniknięcie relatywizmu interpretacyjnego²¹, który ma miejsce zawsze, gdy w grę wchodzi moment interpretacji dokonywanej przez określoną jednostkę w określonym momencie i kontekście interpretacyjnym, najczęściej są nieosiągalne²². Jak jednak zauważył Cicero, *sapientia moderatrix omnium rerum* (*ex de Inv.* 1.5).

II. Racjonalności dyskursu a „prawniczy mit racjonalności”. Współcześnie, na poziomie argumentacyjnym, różne substytuty obiektywności i sprawdzalności podjętych decyzji i rozstrzygnięć, także tych normatywnych, proponowane są przez filozofie argumentacji²³, które – co też się za-

²¹ Por. wniosek P. Ricoeura, *Język, tekst, interpretacja*, Warszawa 1989, s. 288-289, który podkreśla, że na terenie szeroko rozumianej nauki o interpretacji humanistycznej, a więc i interpretacji prawniczej, nie ma żadnej wiedzy pewnej i absolutnej, czy też żadnych ostatecznych i niepodważalnych rozstrzygnięć.

²² Konieczne wydaje się przypomnienie, że głosy sceptyczne co do możliwości stosowania tzw. „sądów prawdziwościowych” w naukach dogmatycznych, pojawiły się stosunkowo dawno i grono sceptyków wciąż się powiększa: zob. na ten temat w szczeg.: K. Engisch, *Wahrheit und Richtigkeit im juristische Denken*, München 1963, w szczeg. s. 18-22; J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*², Frankfurt a. M. 1972, s. 14, 94; F. Wieacker, *Ausgewählte Schriften*, Bd. 2, Frankfurt a. M. 1983, s. 59, 66. Wydaje się, że trafnie proponuje się zastąpienie tego kryterium, innym – kryterium słuszności, trafności – „Richtigkeit”: zob. F. Wieacker, *op. ult. cit.*, s. 59 i n.; por. Ch. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *La nouvelle rhétorique. Traité de l'argumentation*, Paris 1954, s. 226.

²³ Zob. K. Opałek, *Główne kierunki w niemieckiej teorii i filozofii prawa po II wojnie światowej*, [w:] Idem, *Studia z teorii i filozofii prawa*, Kraków 1997, s. 11 i n., 66-79; J. Stelmach, B. Brożek, *Metody prawnicze*, Kraków 2004, s. 157 i n. Zob. propozycje: T. Viehweg, *Topik und Jurisprudenz. Ein Beiträge zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*³, München 1958, w szczeg. s. 95 i n.; Ch. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *La nouvelle rhétorique*, s. 145 i n.; J. Habermas, *Theorie*

uważa²⁴ – swoją genezą sięgają starożytnych propozycji filozoficznych, jak hermeneutyka, dialektyka, czy retoryka i topika, kontynuując ich poszukiwania metodologiczne.

Jedną ze wspomnianych propozycji, wysuwanych przez teorie argumentacji, mających dać gwarancję intersubiektywnej kontroli i sprawdzalności rozwiązań proponowanych na drodze osiągnięcia konsensusu doktrynalnego, jest wypracowanie i uznanie za powszechnie ważne przez uczestników takiego dyskursu argumentacyjnego określonych reguł mających charakter formalny, czyli proceduralny²⁵. Takie ujęcie proceduralne reguł pozwala uniknąć definicyjnego regresu, który powstawałby, gdyby określić je materialnie²⁶. Oczywiście podkreślić należy, że bez przyjęcia takich reguł sam dyskurs byłby obiektywnie możliwy, niemniej narzuca się i pozostaje otwarte pytanie o walor jego wyników – walor intersubiektywnej akceptowalności, za czym idzie pytanie o możliwość uznania samego dyskursu za ważny i racjonalny²⁷. Odpowiedź, która się jednak narzuca, to, że właśnie takie „uniwersalne” formalne reguły

und Praxis, Neuwied a. R.–Berlin 1967, s. 246 i n.; Idem, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Bd. 2, Frankfurt a. M. 1981, s. 273, 278 i n.; Idem, *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie der kommunikativen Handelns*, Frankfurt a. M. 1984, *passim*, w szczeg. s. 160 i n., s. 174 i n.; por. Idem, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaat*, Frankfurt a. M. 1992, s. 57 i n.; zob. też R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt a. M. 1978, s. 225 i n. Zob. generalnie na ten temat: A. Aarnio, R. Alexy, A. Peczenik, *The Foundation of the Legal Reasoning*, *Rechtstheorie* 12(1981)2-4, s. 133-158, 257-279; 423-448; A. Aarnio, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht 1987, *passim*; A. Peczenik, *The Basis of Legal Justification*, Lund 1983, *passim*; Idem, *On Law and Reason*, Dordrecht 1989, *passim*.

²⁴ J. Stelmach, *Współczesna filozofia interpretacji prawniczej*, Kraków 1999, s. 49 i n., 114 i n.; J. Stelmach, B. Brożek, *Metody prawnicze*, s. 157-158; *Leksykon retoryki prawniczej*, Warszawa 2010, s. v. argumentacyjna teoria, s. 9.

²⁵ Zob. J. Habermas, *Theorie und Praxis*, s. 246 i n.; Idem, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Bd. 2, s. 273, 278 i n.; Idem, *Vorstudien*, w szczeg. s. 160 i n., 174 i n.; Idem, *Faktizität*, s. 57 i n.; R. Alexy, *Theorie*, s. 225 i n.; z autorów polskich, zob. J. Stelmach, *Współczesna filozofia*, s. 113 i n.; Idem, *Kodeks argumentacyjny dla prawników*, Kraków 2003, s. 11 i n.

²⁶ O tej i innych korzyściach z formalnego określenia reguł dyskursu argumentacyjnego, zob. J. Stelmach, *Kodeks argumentacyjny*, s. 23-24.

²⁷ Na temat legitymizacji rozwiązań problemów prawnych wypracowywanych na drodze dyskursu, przez odwoływanie się do procedury jego prowadzenia, zob. w szczeg.: N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied a. R.–Berlin 1969, *passim*; R. Zippelius, *Legitimation im demokratischen Verfassungsstaat*, [w:] N. Achterberg, W. Krawietz (Hrsg.), *Legitimation des demokratischen Staates*, Stuttgart 1981, s. 86-94; zob. też propozycje reguł – zasad dyskursu: J. Habermas, *Wahrheitstheorien*, [w:] *Wirklichkeit und Reflexion. Festschrift für W. Schulz zum 60. Geburtstag*, Pfullingen 1973, s. 251 i n.; Idem, *Faktizität*, s. 57 i n. (reguły wzorcowej sytuacji komunikacyjnej); R. Alexy, *Theorie*, s. 234 i n. (4 reguły każdego dyskursu praktycznego), s. 242 i n. (reguły argumentacji i uzasadniania wewnętrznego – interne Rechtfertigung oraz zewnętrznego – externe Rechtfertigung; por. J. Wróblewski, *Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision*, *Rechtstheorie* 5 / 1974, s. 39 i n.; Idem, *Legal Decision and Its Justification*, *Logique at Analyse* 53-54 / 1974, s. 412 i n.; por. N. McCormick, *Legal Reasoning*, s. 101 i n. na temat first- and second-order justification); zob. też: A. Aarnio, R. Alexy, A. Peczenik, *Grundlagen der juristischen Argumentation*, [w:] W. Krawietz, R. Alexy (Hrsg.), *Metatheorie juristischer Argumentation*, Berlin 1983, s. 42 (reguły racjonalności dyskursu; zob. *infra*, przyp. 35); z autorów polskich, zob. J. Stelmach, *Kodeks argumentacyjny*, s. 38 i n. (katalog reguł dyskursu).

mogą być gwarancją racjonalności, ta zaś staje się odpowiednikiem prawdziwości, właściwej poziomom dyskursu teoretycznego – naukowego, którego przedmiotem są sporne twierdzenia i który prowadzony jest w odniesieniu do spornych twierdzeń, i w konsekwencji odwołuje się do formalnie rozumianego kryterium prawdy²⁸. Z kolei w odniesieniu do praktycznego poziomu argumentacji za racjonalne można uznać stwierdzenie, że argumentacja, aby podlegać ocenie, musi odwoływać się do określonego pojęcia racjonalności.

Dziś poszukiwanie racjonalności uznać można za swoistą „powszechną obsesję” spadkobierców europejskiej filozofii *Cogito*²⁹, dla których eliminacja absurdu zdaje się mieć pierwszoplanowe znaczenie. Na gruncie współczesnego prawoznawstwa ową „obsesję racjonalności”, czyli przekonanie, że „prawo powinno być racjonalne”, określa się jako jeden z „mitów prawniczych”³⁰. Konsekwencją takiego założenia są jednak kolejne, w szczególności „założenie racjonalności ustawodawcy”³¹, „założenie racjonalności procesu prawodawczego”³², czy wreszcie „założenie racjonalności procesu stosowania prawa”, który w obliczu rzadkości przypadków *clara*, co do zasady obejmuje też interpretację. Jak podkreśla J. Stelmach³³, racjonalność stała się obecnie jednym z najważniejszych kryteriów oceny dla całego szeroko rozumianego prawa. I w zasadzie nie ma wątpliwości, że jest to przykład myślenia opartego na micie, który ma swoje źródło przede wszystkim w metafizycznej tęsknocie za prawem doskonałym, prawem zasługującym na powszechną aprobatę właśnie dlatego, że jest to prawo, które spełnia wymóg racjonalności³⁴.

Możliwe wydaje się jednak wyjaśnienie pojęcia „dyskursu racjonalnego” w perspektywie antycznej³⁵, w szczególności przez odwołanie do siły racji, na którą składają się określone przesłanki rozumowe, konstrukcja argumentu oraz

²⁸ Na temat rozróżnienia dyskursu na teoretyczny i praktyczny, zob. w szczególności: J. Habermas, *Wahrheitstheorien*, s. 221 i n.

²⁹ Zob. J. Stelmach, *Mity prawnicze*, s. 3.

³⁰ Zob. o tym ostatnio: P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*³, Milano 2007, *passim*; J. Stelmach, *Mity prawnicze*, *passim*.

³¹ Zob. o tym szczegółowo: J. Czaja, *O nieracjonalności pojęcia „racjonalnego ustawodawcy”*, [w:] *Studia z filozofii prawa*, red. J. Stelmach, Kraków 2001, s. 175.

³² Por. R. Alexy, *Theorie*, s. 351, 359: Vernünftigkei.

³³ J. Stelmach, *Mity prawnicze*, s. 3.

³⁴ Ibidem.

³⁵ Por. na temat „racjonalności komunikacyjnej”: J. Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Bd. 1, s. 113; Bd. 2, s. 273, 278; por. też perspektywę współczesnego prawoznawstwa, gdzie „dyskurs racjonalny” definiuje się w drodze odwołania do jego zgodności z zawartą wewnątrz danego systemu procedurą, która decydująco wpływa na konieczność argumentacji, jej przedmiot i jej ewentualne ograniczenia: R. Alexy, *Theorie*, s. 263-264, 426 i n. oraz A. Aarnio, R. Alexy, A. Peczenik, *Grundlagen*, s. 42 (6 zasad – gwarancji racjonalności: Prinzip der Konsistenz, Prinzip der Zweckrationalität, Prinzip der Überprüfbarkeit, Prinzip der Kohärenz, Prinzip der Verallgemeinerbarkeit, Prinzip der Aufrichtigkeit); zob. też Ch. Perelman, *Justice, Law and Argumentation. Essays on Moral and Legal Reasoning*, Dordrecht–Boston–London 1980, s. 73, i jego koncepcję „uniwersalnego audytorium” obejmującego „dobrze poinformowanych i rozsądnych ludzi”, jako warunku i gwarancji racjonalności dyskursu; por. komentarz R. Alexego do propozycji Perelmana: *Theorie*, s. 206-207.

jego potwierdzalność jako źródło spójności, która stanowi z kolei podstawę uznania jego prawdziwości – a więc pewności. Z drugiej strony niebagatelne znaczenie ma tu też powszechność, na której opiera się możliwość budowania racji oraz jej przedmiotowa ważność. Powszechność sądu bowiem, której odpowiada wspomniana już antyczna syntagma *communis*, czy trafniej *dominans opinio*, weryfikuje daną wypowiedź jako „niewątpliwą”, a więc pewną (*sententia certa*), albo prawdziwą (*sententia vera*), a w powiązaniu ze spójnością argumentacji – pozwala uznać ją właśnie za racjonalną (*ex e.g.*: Quint. *Inst.* 5.10.12: *argumentum quod probationem praestat ... pro certis autem habemus ... ea, in quae communi opinione consensus est*; por. Pompei. *comm. artis Donati*: H. Keil, *Grammatici latini*, Leipzig 1864, reed. Hildesheim 1961, vol. V. 205, lin. 15 ss.: *ad illud potius debes consentire et illud in usu habere, de quo nemo dubitat*³⁶). Takie ujęcie „dyskursu racjonalnego” zdaje się pasować do dyskursywnie formującego się prawa jurystów, których dyskusja w konsekwencji musiała w jakimś zakresie ciążyć ku racjonalności, nawet jeśli jednym z kryteriów uznawania sformułowanych w jej trakcie propozycji była ich oczywistość.

III. Możliwość pytania o „poszukiwanie racjonalności proceduralnej dyskursu” przez rzymską jurysprudencję. W obliczu specyficznych cech rzymskiej jurysprudencji, które we współczesnej literaturze przedmiotu wskazuje się i podkreśla³⁷, w szczególności jej profesjonalizmu, autorytatywnego charakteru proponowania rozwiązań, izolacji³⁸, otwarcia na różnorodność „normatywnych odkryć”, powstaje pytanie o możliwość poszukiwania przeja-

³⁶ Zob. szerokie zestawienie źródeł greckich i rzymskich, gdzie mowa o *consensus omnium*, wraz z komentarzem: R. Schian, *Untersuchungen über das argumentum e consensu omnium*, Hildesheim–New York 1973, *passim*, w szczeg. s. 191–194; a także K. Oehler, *Der Consensus omnium als Kriterium der Wahrheit in der Philosophie und der Patristik. Eine Studie zur Geschichte des Begriffs der Allgemeinen Meinung*, [w:] *Antike und Abendland* 1961, (Hrsg.) B. Snell, U. Fleischer, 2 ed. Walter de Gruyter, Berlin–New York 2009, s. 103–130.

³⁷ Generalnie na ten temat zob. wciąż aktualne studium F. Schulza, *History*, *passim*, w szczeg. s. 60 i n., 124 i n.; zob. też W. Litewski, *Jurysprudencja rzymska*, s. 95 i n.: rozdz. VIII: „Podstawowe cechy jurysprudencji rzymskiej”.

³⁸ Tendencja do izolacji jurysprudencji, tzw. „Isolierung” jest podkreślana w nauce romanistycznej od dawna, zob.: F. Schulz, *Prinzipien des römischen Rechts* (1934), 2. Aufl. Berlin 2003, s. 13 i n.; M. Kaser, *Der Privatrechtsakt in der römischen Rechtsquellenlehre*, [w:] *Festschrift für F. Wieacker zum 70. Geburtstag*, Göttingen 1978, s. 92 i n.; Idem, *Zur problematik der römischen Rechtsquellenlehre*, [w:] *Festschrift für W. Flume zum 70. Geburtstag*, Köln 1978, s. 103 i n. [=Idem, *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode*, Wien–Köln–Graz 1986, s. 9 i n.]; zob. też: *Lineamenti di storia del diritto romano*², dir. M. Talamanca, Milano 1989, s. 291; niedawno na ten temat pisał, podkreślając znaczenie szczególnego „Isolierungsprozeß”. Ch. Baldus, w recenzji krytycznej z: J. Kirov, *Die soziale Logik des Rechts. Recht und Gesellschaft der römischen Republik* (Göttingen 2005), w: *Seminarios Complutenses de Derecho Romano* 17 (2005), s. 243. Wydaje się jednak, że choć należy zaakceptować tezę, że jurysprudencja zazdrośnie strzegła czystości swej metody, wiedząc jak zachować swą autonomię wobec innych starożytnych *artes – disciplinae*, to jednak owa cecha *Isolierung* oznaczała bardziej świadomość specyfiki prawa jako praktyki niż zupełną izolację jurysprudencji od wpływów innych emanacji kulturowych.

wów dążenia przez samych jurystów – autorów rozwiązań prawnych do „racjonalnego wymiaru dyskusji praktycznej i naukowej” oraz „intersubiektywnej sprawdzalności osiągniętych rezultatów”. Oczywiście mając na uwadze programowe – choć nieabsolutyzowane – unikanie przez rzymską jurysprudencej teoretycznego opracowywania tendencji pojawiających się w ramach praktyki prawniczej, można założyć niemożliwość odnalezienia w materiale źródłowym pozostawionym przez jurystów deklaracji *explicite* co do określonych zasad czy reguł prowadzenia dyskusji na temat prawa. Brak teoretycznego opracowania jakiegoś zjawiska nie może jednak automatycznie oznaczać, że nie występowało ono, jak i że nie było jego świadomości³⁹.

Postawione powyżej pytanie może wydać się jeszcze bardziej skomplikowane, jeśli wziąć pod uwagę topiczną metodę myślenia, właściwą formującym prawo przedstawicielom jurysprudencej, zdecydowanie inną od dzisiejszego – „kodyfikacyjnego” modelu tworzenia prawa, w którym „racjonalny prawodawca” stara się *ex ante* przewidzieć – mniej lub bardziej skutecznie – wszystkie sytuacje problematyczne i zaproponować dla nich normatywne rozwiązanie⁴⁰. Tymczasem rzymska jurysprudenceja, sama nie tworząc problemów prawnych, zdaje się w szczególnie cierpliwy sposób oczekiwać na pojawienie się kwestii problemowych po to, aby znaleźć remedium albo na drodze doprecyzowywania zakresu funkcjonującej już w porządku prawnym reguły, albo – zaproponowania reguły zupełnie nowej. Niemniej, znamienne zdaje się być to, że gdy już problem prawny został przedstawiony, stający przed nim jurysta nie pytał, o to, czy da się go rozwiązać, ale o to, jak można go rozwiązać. Możliwość znalezienia rozwiązania zdaje się więc być zakładana – inaczej mówiąc presupponowana – przez samo postawienie problemu, co już ma określone – „pryncypialne” – znaczenie i przywodzi na myśl swoiste „technologiczne” myślenie współczesnych informatyków czy programistów.

I wreszcie nie można nie zauważyć, że analizując ów antyczny dyskurs dogmatyczny, wskazać można wiele przykładów, gdy to nie racjonalna analiza lub argumentacja decydowały o przyjęciu rozwiązania, ale przeciwnie –

³⁹ Por. uwagi na temat jurysprudencejnej „świadomości historyczności prawa” i jednocześnie niezbyt obfitej refleksji historycznej jurystów: T. Giaro, *Dogmatische Wahrheit*, s. 37 i n., wraz z literaturą cytowaną w przyp. 118 i 119.

⁴⁰ Generalnie na temat współczesnej „jurydyzacji życia”: J. Kochanowski, *Deregulacja jako pierwszy etap reformy systemu tworzenia prawa*, *Ius et Lex* III.1 (2005), s. 216 i n.; na temat „nadmiernej obszerności, niestabilności i przesadnej szczegółowości ustawodawstwa w Polsce”: zob. K.H. Goetz, R. Zubek, *Stanowienie prawa w Polsce: reguły legislacyjne a jakość ustawodawstwa*, *Ius et Lex* III.1 (2005), s. 239 i n.; zob. też L. Morawski, *Instrumentalizacja prawa (Zarys problemu)*, *Państwo i Prawo* 6 (1993), s. 17 i n.: „intensyfikacja tendencji jurydyzacyjnych”; por. na temat antycznych prawodawców: D. Daube, *The Self-Understood in Legal History*, [w:] *Idem, Collected Studies in Roman Law*, (Hrsg.) D. Cohen, D. Simon, Bd. 2, Frankfurt a. M. 1991, s. 1277: „Some legislators or recorders of law have no intention of covering the ground. Ancient ones, in particular, not suffering from what Beseler called completomania, are apt to communicate only the real needful: the settlement of doubts and reforms”.

to intuicja stanowiła sposób „uchwycenia prawa”⁴¹, co w samym dyskursie prawniczym werbalizowało się w deklaratywnej i niedopuszczającej dyskusji formule: *palam est, manifestum est, evidens est* (e.g.: Ulp. 27 *ad Sab. D.* 40.7.3.15: *ratio huius evidens est*; Ulp. 5 *disp. D.* 30.75.1: *evidenti ratione nihil debetur*; Ulp. 21 *ad Sab. D.* 30.34.3: *eiusque rei ratio evidens est*)⁴². Należy jednak podkreślić, że intuicja, która według starożytnych dawała wynik prawidłowy i pewny (*ex Arist. Analit. Post.* 100 a 9 ff.: ἐπιβολή jako poznanie intuicyjne mające charakter obiektywistyczny, oglądowy, związane zarówno z poznaniem zmysłowym – αἴσθησις, jak i intelektualnym – λογισμός; oraz: *Idem Rhet.* 1.2.1356b 3-5; 1357b 26; *Idem Top.* 105 a 10 ff: gdzie Stagiryta łączy intuicję z indukcją – ἐπαγωγή, a więc myśleniem racjonalnym, przez co dalszy proces poznania ma już charakter naukowy – dyskursywny – λογισμός, albowiem przeprowadzany jest metodycznie, jest uzasadniany oraz skierowany na osiągnięcie prawdy – ἀλήθεια), niekoniecznie musi być subiektywną spekulacją, nawet bowiem jeśli *primo visu* opiera się na prawniczym wyczuciu i doświadczeniu, ów ostatni czynnik jest pochodną jednej z fundamentalnych cech każdego dyskursu profesjonalnego, a mianowicie wymogu „minimum kompetencji”, aby w nim uczestniczyć⁴³. Odkrycie, przynajmniej teoretyczne, „publicznej możliwości prawa” oraz „publicznej możliwości nauczania prawa”, czyli inaczej mówiąc – ów „komunikacyjny przełom” w domenie prawa i wiedzy prawniczej, jaki dokonał się w III w. przed Chr., dzięki działalności takich jednostek, jak Gneius Flavius czy Tiberius Coruncanius (*ex Pomp. lib. sing. enchir. D.* 1.2.2.7: *actiones populo tradere*; *D.* 1.2.2.35 i 38: *iuris civilis scientiam publice profiteri*; por. Cic. *de Orat.* 3.33.133: *M'. vero Manilium nos etiam vidimus transverso ambulante foro; quod erat insigne eum, qui id face-*

⁴¹ Na znaczenie intuicji jako sposobu poszukiwania prawa właściwego dla konkretnego przypadku zwracał uwagę w szczeg.: M. Kaser, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung*, [w:] *Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen. Philologisch-historische Klasse*, Bd. 2, Göttingen 1962, s. 54 i n.; zob. też: W. Waldstein, *Topik und Intuition in der römischen Rechtswissenschaft*, [w:] *Festgabe für A. Herdliczka zu Seinem 75. Geburtstag*, München-Salzburg 1972, w szczeg. s. 248-263; *Idem*, *Entscheidungsgrundlagen der klassischen römischen Juristen*, ANRW II.15. *passim*, w szczeg. s. 4-6 i przyp. 2-5, s. 4-5; T. Giaro, *Über metodologische Werkmittel der Romanistik*, ZSS RA 105 (1988), w szczeg. s. 246-261.

⁴² Zob. też: K. Engisch, *Einführung das juristische Denken*⁸, Stuttgart-Berlin-Köln 1983, s. 491; K. Larenz, *Methodenlehre et Rechtswissenschaft*², Berlin-Heidelberg 1979, s. 121 i n., którzy zauważyli, że intuicyjne proponowane rozwiązania problemów prawnych w zasadzie nie może podlegać kontroli z naukowego (racjonalnego) punktu widzenia, w tym kontekście bowiem powołanie się na samo przeczucie, czy też rozumienie wydaje się niewystarczające.

⁴³ Zob. na przykład: J. Stelmach, *Kodeks argumentacyjny*, s. 47, który łączy ten wymóg z koniecznością uwzględniania w dyskursie praktycznym ustaleń faktycznych. Na temat wymogów definiujących „legal competence”, zob. też A. Ross, *On Law and Justice*, London 1958, rozdz. 9; *Idem*, *Directives and Norms*, London 1968, s. 130-133; por. J. Habermas, *Faktizität*, s. 426: na temat wymogu otwartości dyskursu oraz wymogu kompetencji jego uczestników jako gwarancji tzw. „idealnej sytuacji mowy”. Dla antycznej perspektywy, zob. P. Świąciecka, *Le principe d' «ouverture du discours»* (w druku); Eadem, *Iurisconsultus et Auditores. Dialektyczna formuła poznania i rozwoju prawa w Rzymie republikańskim* (w druku).

ret, facere civibus suis omnibus consili sui copiam; Liv. 9.46.5: [*Cn. Flavius*] *civile ius, repositum in penetralibus pontificum, evolgavit*; Val. Max. 2.5.2: *ius civile per multa saecula inter sacra caerimoniaque deorum immortalium abditum solisque pontificibus notum*⁴⁴), a następnie gruntujący się w okresie klasycznym republikański model jurysty – profesjonalisty, którego Cicero, być może na fali „konstruowania wzorców społecznych”⁴⁵ określił w *de Oratore* jako *iuris consultus* (*ex Cic. de Orat. 1.48.212: Sin autem quaereretur quisnam iuris consultus vere nominaretur, eum dicerem, qui legum et consuetudinis eius, qua privati in civitate uterentur, et ad respondendum et ad agendum et ad cavendum peritus esset*⁴⁶), świadczą wymownie o samouświadomieniu przez przedstawicieli jursprudencki konieczności „komunikowalności materii prawnej”, jak i „otwartości i publiczności dyskursu”⁴⁷, z drugiej jednak także o uznaniu „racjonalnego” ograniczenia powszechnego dostępu do dyskusji, mającej mieć walor tak praktyczny, jak naukowy, dla tych, którzy nie legitymują się ani określoną wiedzą zdobytą w trakcie *de facto* hermetycznej, dostępnej jedynie dla przedstawicieli elit społecznych⁴⁸, ale mającej zawsze praktyczny wymiar edukacji prawniczej (*ex e.g. Cic. Brut. 89.306: Q. Sca-*

⁴⁴ Słowa Pomponiusa ‘*publice profiteri*’ (*lib. sing. enchir. D. 1.2.2.35 i 38*), którymi opisał działalność Tiberiusa Coruncianusa, zdają się mieć niebagatelne znaczenie, bowiem czasownik ‘*profiteor*’ oznacza: „publicznie wyznać”, „deklarować”, ale i „ofiarować”: zob. J. Sondel, *Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*, Kraków 1997, s.v. *profiteor*, s. 793; Heumann-Seckel, *Handlexicon, s.v. profiteri*, s. 466; Lewis-Short, *A Latin Dictionary, s.v. profiteor*, s. 1458. Można więc metaforycznie powiedzieć, że jurysta ten „ofiarował prawo społeczności rzymskiej”.

⁴⁵ Cicero, niejako przy okazji kreślenia portretu idealnego mówcy, wskazał też cechy idealnego jurysty, który według niego miał być specjalistą posiadającym wiedzę techniczną oraz znajomość *iura et mores*: Cic. *de Orat. 1.48.209-49.213; 55.234-236*, a także ibidem 1.45.198-46.201; 3.33.132-136. Cicero twierdził przy tym, że istnieje związek między sztuką wymowy połączoną z filozofią, sztuką rozumienia prawa oraz polityką, więc, w konsekwencji, wykształcenie humanistyczne powinno dawać umiejętności we wszystkich tych dziedzinach, albowiem uzupełniają się one.

⁴⁶ Por. Cic. *de Orat. 1.55.236: Nam, si ita diceres, qui iuris consultus esset, esse eum oratorem, itemque qui esset orator, iuris eundem esse consultum, praeclaras duas artis constitueres atque inter se parit et eiusdem socias dignitatis. Nunc vero iuris consultum sine hac eloquentia, de qua quaerimus, fateris esse posse, fuisseque plurimos; oratorem negas, nisi illam scientiam adsumperit, esse posse. Ita est tibi iuris consultus ipse per se nihil nisi leguleius quidam cautus et acutus, praeco actionum, cantor formularum, auceps syllabarum; sed quia saepe utitur orator subsidio iuris in causis, idcirco istam iuris scientiam eloquentiae tamquam ancillulam pedisequamque adiunxisti*. Zob. komentarz do odnośnych fragmentów z *de Oratore*: M. Bretonne, *Diritto e pensiero giuridico romano*, Firenze 1976, s. 28-30.

⁴⁷ Zob. współczesne ujęcia tej zasady: J. Habermas, *Vorstudien*, s. 160, 174 i n.; Idem, *Theorie der kommunikativen Handelns*, Bd. 2, s. 57 i n., s. 141 i n.; J. Habermas, N. Luhmann, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie*, Frankfurt a.M. 1971, s. 137 i n., s. 255 i n.; por. też R. Alexy, *Theorie*, s. 225-232 oraz A. Kaufmann, *Problemgeschichte der Philosophie*⁴, s. 169; z polskich autorów, zob. J. Stelmach, *Kodeks argumentacyjny*, s. 49-50. Na temat tej zasady, jak i związanych z nią wymogu „minimum kompetencji” oraz „zasady równości przywilejów uczestników dyskursu” w antycznej perspektywie, zob. P. Świącicka, *Le principe d’« ouverture du discours »* (w druku).

⁴⁸ Wysokie pochodzenie społeczne jurystów republikańskich, podkreślali m.in. F. Schulz, *History*, op. cit., s. 7 przyp. 3; M. Bretonne, *Storia*¹², s. 154-155. Generalnie na temat pochodzenia jurystów zob.: W. Kunkel, *Die Römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung*² (Vortw. D. Liebs), Köln–Weimar–Wien 2001, s. 38-61; D. Mantovani, *Iuris scientia e honores. Contributo*

evolae P. f., ... tamen consulentibus respondendo studiosos audiendi docebat), ani też doświadczeniem zdobytym w podczas działalności społecznej (e.g.: Cic. *de Orat.* 3.33.134: *prudenterissimi hominis sapientia*). Nieograniczony dostęp do dyskursu dogmatycznego, głównie z uwagi na jego hermetyzm⁴⁹, dla każdego zainteresowanego, bez względu na kompetencję do udziału w nim, musiałby bowiem prowadzić do anarchizacji samego dyskursu. Generalnie więc można powiedzieć, że w starożytnym Rzymie twórczo i wiążąco na temat prawa wypowiadają się juryści, czyli profesjonalści, a ów profesjonalizm ich był podkreślany (e.g.: Cic. *pro Caec.* 24.69: *peritissimi homines*; *Idem Brut.* 39.145: *ut eloquentium iuris peritissimus Crassus, iuris peritorum eloquentissimus Scaevola putaretur*; *Idem ad Att.* 8.3.3: *ille restituendi mei quam retinendi studiosior*; Suet. *Ner.* 32: *studiosis iuris*) i stanowił ważki argument na rzecz *auctoritas* przysługującej *prudentes* (ex Cic. *de Orat.* 1.45.198: *ut in respondendo iure auctoritate*; *Idem top.* 28: *auctoritas iuris peritorum*; Pomp. 2 *def. D.* 1.1.7 pr.: *ius ... auctoritate prudentium venit*; por. Sen. *Ep.* 94.27: *sic quomodo iurisconsultorum valent responsa, etiam si ratio non redditur*), która z kolei legitymizowała ich działalność oraz internalizację proponowanych przez nich rozwiązań (por. Pomp. *lib. sing. enchir.* D. 1.2.1.5: *ut naturaliter evenire solet, ut interpretatio desideraret prudentium auctoritatem*)⁵⁰. Oczywiście z uwagi na „publiczny kontekst” prawa ocena normy aktualnie wiążącej, czy też praktyki interpretacyjnej przez nie-profesjonalistę nie była wykluczona, i też wcale często miała miejsce, aby wspomnieć tylko Cycerona, krytykującego jurystów za to, że w zasadzie nie interesowali się owym *corpus leges populi romani*, jakim były *leges rogatae*, przez co ich oryginalne brzmienie szło w zapomnienie (ex Cic. *de Leg.* 3.20.46: *Extremae leges sunt nobis non usitatae, rei publicae necessariae. Legum custodiam nullam habemus, itaque eae leges sunt quas apparitores nostri volunt: a librariis petimus, pub-*

allo studio dei fattori sociali nella formazione giurisprudenziale dei romani, [w:] *Nozione*, cit., vol. 1, s. 617-680.

⁴⁹ Zob. w szczególności: N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, s. 357 i n.; M. Sandström, *The Concept of Legal Dogmatics Revisited*, [w:] *Epistemology and Ontology*, ed. Z. Bańkowski, Wiesbaden 2005, w szczeg. s. 136-137. Na temat specyfiki dogmatyki prawniczej i jej wpływu paradogmatycznego na dyskurs prawniczy, zob.: A. Aarnio, *On the Paradigm Articulation in Legal Research*, *Rechtstheorie* 3 (1981), s. 47 i n.; *Idem*, *On Paradigm of Legal Dogmatics – Problems of Scientific Progress in Legal Research*, [w:] *Contemporary Conceptions of Law: Proceedings of the 9th World Congress*, Basel 27.8.1979–1.9.1979, ed. P. Trappe, Wiesbaden 1982, w szczeg. s. 141-142; J. Pöyhönen, *Knowledge in Law and the Possibility of Alternative Legal Dogmatics*, [w:] *On the Utility of Legal Theory*, ed. A. Aarnio, M. van Hoecke, Tampere 1985, s. 188 i n., s. 192; A. Peczenik, *Scientia Iuris. Legal Doctrine as Knowledge of Law and as a Source of Law*, Dordrecht 2005, s. 1-2.

⁵⁰ Na temat niemożliwości prawotwórstwa bez silnie sformalizowanego autorytetu – w szczególności w perspektywie „na zewnątrz”, czyli wobec „nieprawników”, zob. T. Giaro, *Prawda i autorytet*, s. 31; zob. też s. 32: autorytet jako czynnik ułatwiający recepcję opinii poszczególnych prawników zarówno w środowisku prawniczym, jak i nieprawniczym; oraz s. 38-39: gdzie autor generalnie pisze na temat różnych funkcji autorytetu w piśmiennictwie jurystów klasycznych, jak funkcji wyjaśniającej, potwierdzającej, wprowadzającej przykład.

licis litteris consignatam memoriam publicam nullam habemus. Graeci hoc diligentius, apud quos νομοφύλακες creabantur; nec ei solum litteras — nam id quidem etiam apud maiores nostros erat — sed etiam facta hominum observabant ad legesque revocabant), jak też za to, że podawali w swych *responsach* wiele elementów stanu faktycznego, niemających znaczenia dla samego rozwiązania, jak, przykładowo, imiona stron (*ex Cic. de Orat.* 2.33.142: *ideo enim in Catonis et in Bruti libris nominatim fere referri, quid alicui de iure viro aut mulieri responderit*). Niemniej, domniemywać można, że oceny takie nie miały dla samych jurystów znaczenia dogmatycznego, stanowiąc jedynie przejaw znamiennej – bowiem społecznie uwarunkowanej – krytyki prawa⁵¹.

Podobnie intuicyjnie „nieracjonalna” argumentacja odwołująca się do autorytetu⁵² po bliższej analizie wskazywać może na istnienie „pierwiastka racjonalnego” w samych jej założeniach. Choć bowiem w przypadku *argumentum ab auctoritate* sam ciężar trafności argumentacji przerzucany jest na tego, czyją opinię się powołuje, przez co można powiedzieć, że autorytet, niewątpliwie tkwiący w reichenbachowskim kontekście odkrycia, nie wchodzi już do kontekstu uzasadnienia⁵³, z drugiej strony jednak w takim przypadku oczekiwać należy akceptacji przez jurystów zasady określanej współcześnie jako zasada inercji⁵⁴, zgodnie z którą ciężar argumentacji spoczywa na tym, kto proponuje rozwiązanie inne niż to, które już zostało zaakceptowane i którego nie trzeba – dzięki tej akceptacji – uzasadniać. Inaczej mówiąc, w argumentacji *ab auctoritate* racjonalnie uznaje się, że rozwiązania już raz przyjęte, nie powinny

⁵¹ Na temat *laus (laudatio) legis* lub *iuris*, a także na temat krytyki prawa (*vituperatio legis*), zob. w szczeg.: D. Nörr, *Rechtskritik in der römischen Antike*, München 1974, s. 11 i n., zvl. s. 34 i n., s. 42 i n., s. 48 i n., s. 62-82: „Einzelfälle der Rechtskritik in der ausserjuristischen Literatur”, wraz z zestawieniem i analizą źródeł literackich.

⁵² Na temat *auctoritas* jako substytutu uzasadnienia racjonalnego, zob. A. Pernice, *Ulpian als Schriftsteller*, Labeo 8 (1962), s. 383 i n.; F. Schulz, *Prinzipien*, s. 122-123; Idem, *History*, s. 124-125; na temat zasadności takiej oceny, sceptycznie: T. Giaro, *Prawda i autorytet*, s. 30-31; generalnie na temat argumentacji *ab auctoritate* zob.: K. Szymanek, *Sztuka argumentacji. Słownik terminologiczny*, Warszawa 2001, s.v. argument z autorytetu, s. 66-69.

⁵³ Wyróżnienie kontekstu odkrycia i kontekstu uzasadnienia w ogólnej metodologii nauk pochodzi od H. Reichenbacha: *Experience and Prediction*, Chicago 1938, następnie zaś spopularyzowane zostało przez K. Poppera w związku z jego teorią trzech światów – przedmiotów fizycznych, przeżyć psychicznych oraz obiektywnych treści przeżyć psychicznych, czyli problemów, teorii, uzasadnień. Kontekst odkrycia należy do świata przeżyć psychicznych, zaś kontekst uzasadnienia – do świata obiektywnych ich treści. Zob. K. Popper, *Logik der Forschung*, Tübingen 1971; pol. wyd. *Logika odkrycia naukowego*, Warszawa 1977. Zob. też L. Morawski, *Argumentacja, racjonalność prawa i postępowanie dowodowe*, Toruń 1988, s. 25, który, w związku przedstawionymi kontekstami, wspominał o elementach psychologicznych i logicznych odkrycia naukowego. Uwzględnienie obu kontekstów, a więc podejście z perspektywy heurezy do zagadnień interpretacji i argumentacji wydaje się zdecydowanie uzasadnione, bowiem pozwala na odsłonięcie istoty dyskursu prawniczego, a także fenomenu dialektycznego stosunku, jaki zachodzi między prawami norm i reguł prawnych a prawami tego, który je interpretuje i stosuje.

⁵⁴ Zob. Ch. Perelman, *The New Rhetoric and The Humanities. Essays on Rhetoric and Its Applications*, Dordrecht–Boston–London 1979, s. 131; Idem, *Justice, Law and Argumentation*, s. 28, 159 i n., 169-170; zob. też J. Wróblewski, *Wstęp do polskiego przekładu dzieła Perelmana: Logika prawnicza. Nowa retoryka*, Warszawa 1984, s. 26-27; por. R. Alexy, *Theorie*, s. 216-217.

zostać odrzucone bez ważnej przyczyny, która powinna być wskazana (por. Paul. 4 *ad Plaut.* D. 1.3.23: *Minime sunt mutanda, quae interpretationem certam semper habuerunt*). Przekonanie takie widać – jak się wydaje – i wśród przedstawicieli jursprudence⁵⁵, gdzie dopiero w przypadku, gdy następuje zmiana w praktyce rozwiązywania określonych problemów, pojawia się *ratio* rozstrzygnięcia (e.g.: Ulp. 4 *fideicomm.* D. 1.4.2: *In rebus novis constituendis evidens esse utilitas debet, ut recedatur ab eo iure, quod diu aequum visum est*) – nawet jeśli dość rzadko *explicite*, a częściej *implicite*, jako tzw. *ratio in penetratione*, w pozostałych przypadkach bowiem wystarcza powołanie się na przejętą od poprzedników i ugruntowaną praktykę (e.g.: Gai. 3 *de manumiss.* D. 40.4.57: *mihi traditum est hoc iure nos uti*; Ulp. 30 *ad ed.* D. 13.7.22 pr.: *peraeque relatum est et traditum, et ita Papinianus ... ait*; Ulp. 30 *ad Sab.* D. 17.2.57: *generaliter enim traditur*). Niemniej podkreślić należy, że absolutna akceptacja autorytetu w zasadzie nie była właściwą krytycznym umysłem jurystów⁵⁶, bez względu na dość prawdopodobną świadomość niezbędności autorytetu dla możliwości naukowego charakteru *iuris scientia* (ex Pomp. *lib. sing. enchir.* D. 1.2.2.5: *ut naturaliter evenire solet, ut interpretatio desideraret prudentium auctoritatem*)⁵⁷, jak i skłonność przedstawicieli jursprudence do ciągłego odwoływania się do własnej tradycji interpretacyjnej (e.g.: Gai 2.68: *talem habemus regulam traditam*)⁵⁸, czy wreszcie identyfikację kolejnych jurystów z momentem *fundatio iuris civilis* (ex Pomp. *lib. sing. enchir.* D. 1.2.2.38-39: *post hos fuerunt Publius Mucius et Brutus et Manilius, qui funderunt ius civile*; zob. e.g.: Iav. 6 *ex post. Lab.* D. 24.3.66 pr.: *Servius ait. ea sententia Publii Mucii est*; Pomp. 37 *ad Q. Muc.* D. 50.7.18: *in qua sententia videtur Publius Mucius fuisse*). Tendencje te obecne były w okresie wczesno- i średnioklasycznym, jak też widoczne były u późnych klasyków, jak Paulus (e.g.: Paul. 54 *ad ed.* D. 41.2.3.3: *Neratius et Proculus ... ceterum quod Brutus et Manilius mutant ... Sabini sententiam veriorem esse*), Ulpian (e.g. Ulp. 17 *ad Sab.* D. 7.1.68: *Vetus fuit quaestio... sed Bruti sententia optinuit*; Ulp. 18 *ad ed.* D. 9.2.27.22-23: *Brutus ait*; Ulp. 28 *ad Sab.* D. 18.2.13 pr.: *Celsus quoque libro octavo digestorum refert Mucium Brutum Labeonem quod Sabinum existimare: ipse quoque Celsus idem probat*), czy Modestyn (e.g. Mod. 3 *reg.* D. 49.15.4: *inter Brutum et Scaevolam*), którzy wprost uznawali się za konty-

⁵⁵ Takie przekonanie wyraził m.in.: T. Giaro, *Prawda i autorytet*, s. 33.

⁵⁶ Por. F. Schulz, *History*, s. 124: „respect for authority was not in the least slavish”; por. T. Giaro, *Prawda i autorytet*, s. 33, gdzie autor podkreślił, że autorytet jedynie ułatwiał recepcję opinii jurysty w środowisku, ale nie zastępował niezbędnych warunków jej recepcji, jak bezpośrednia wewnętrzna siła jej oczywistości, czy też jej przekonujące zewnętrzne uzasadnienie dyskursywne; zob. też ibidem na temat „emancypacji elementu intelektualnego od *auctoritas*”; i przykł. źródeł. tam cyt. w przyp. 18 s. 33.

⁵⁷ Znaczenie autorytetu jako czynnika niezbędnego dla prawidłowego funkcjonowania nauki podkreślali m.in.: J. Goćkowski, *Autorytety świata uczonych*, Warszawa 1984, s. 34 i n.; oraz T. Giaro, *Prawda i autorytet*, s. 30-31.

⁵⁸ Zob. szerzej, *infra*.

nuatorów jurystów okresu republikańskiego. Autorytet służył jednak bardziej szczególnemu wzmocnieniu argumentacji własnej, swoistemu potwierdzeniu słuszności merytorycznej rozwiązania, także dlatego, że *et ita Labeo (etc.) dixit* (e.g.: Ulp. 33 *ad Sab.* D. 24.1.32.27; Paul. 5 *ad Sab.* D. 18.2.14.1; Paul. 59 *ad ed.* D. 50.16.53.2).

Z kolei sięgając do przykładów pochodzących zarówno z tzw. literatury problemowej, jak i tej *profiteri docere studere operam dare*, czyli głównie dydaktycznej, która nie miała mieć charakteru normatywnego, zauważalne są przejawy określonego widzenia i ujmowania rzeczywistości, które określić można jako antyczne podstawowe zasady „racjonalnego myślenia”⁵⁹. Chodzi tu mianowicie o trzy podstawowe zasady „racjonalizmu”: zasadę tożsamości (VER Diels-Kranz fr. 28 B 8), zasadę (nie)sprzeczności (Arist. *Met.* G 1005b 19-20; *Met.* B 996b 30; *Met.* G 1011b 13-14; *Met.* G 1005b 23-26) oraz zasadę wyłączonego środka (Arist. *Met.* G 1011b; *Idem Herm.* 9.18 a 28)⁶⁰. Do akceptacji tych zasad dochodzi następnie konieczność rozumienia pojęcia „przyczyny”, bowiem jak podkreślał Arystoteles (*Met.* A 981 a), empirycy znają skutek (τὸ ὄν), nauka pozwala znaleźć przyczynę (τὸ διότι), teoretykiem jest zaś ten, kto zna i przyczynę i skutek. I wreszcie rozróżnienie rodzajów przyczyny (materialnej, formalnej, sprawczej i celowej: Arist. *Met.* D 1013 b) oraz akceptację linearności łańcucha przyczyn, nakazującego przyjąć, że jeśli ruch przebiega od „A” do „B”, to nie istnieje w świecie taka siła, która każe mu przebiegać od „B” do „A”, uznać należy za niezbędne warunki formułowania sądów mających cechy konieczności i niezmienności. Zasady takie, mając status powszechnych zasad racjonalnego myślenia i opisu świata w ogóle, warunkują tym samym podstawę uznania za racjonalny, a przez to wiążący i prawomocny, każdy możliwy do przeprowadzenia dyskurs praktyczny i ich akceptacji zasadnie oczekiwać można od każdego jego uczestnika. Inspirację nimi, jak i wzbogacenie ich o „prawnicze znaczenie”, widać

⁵⁹ Przez „racjonalne myślenie” w optyce grecko-rzymskiej starożytności rozumieć należy wyzwolone od początkowej „cudownej fantazji”, czysto racjonalne poszukiwanie i wyjaśnianie tego, co jest przedmiotem dociekań, myślenie motywujące, gdzie liczy się przede wszystkim argument rozumowy, logiczne uzasadnianie; i wreszcie postawę badawczą, dla której niewystarczającą jest poprzestanie na zebraniu i weryfikacji danych faktycznych, ale która wychodzi poza fakty i doświadczenia, aby znaleźć dla nich rację, przyczynę, zasadę, dzięki czemu cały proces badawczy nabiera charakteru naukowego. W tym sensie myślenie racjonalne ma w Antyku długą tradycję, przy czym główne osiągnięcia w tym zakresie zawdzięcza późniejsza nowożytna filozofia *Cogito*, Grekom. Jego przejawów, nawet jeśli jedynie na poziomie poetyckim, poszukiwać można bowiem już w dziełach Homera, a więc jeszcze przed pojawieniem się pierwszych filozoficznych spekulacji, jako odpowiedzi na pytania o „przyczynę”, „zasadę” i „dlaczego” rzeczy: zob. na ten temat P. Świąteczka: *‘Si de interpretatione iuris quaeratur...’? Refleksje na temat granic prawniczej zasadności interpretacyjnej w starożytnym Rzymie*, [w:] *Świat, Europa, Mała Ojczyzna. Studia ofiarowane Profesorowi S. Grodzkiemu w 80-lecie urodzin*, Bielsko-Biała 2009, s. 119 i n., w sfczar. s. 124-126.

⁶⁰ Por. R. Alexy, *Theorie*, s. 224-234, który jako uniwersalne reguły dyskursu praktycznego wymienia m. in.: 1) zasadę, że żaden mówca nie może przeczyć sam sobie; 2) zasadę, że dla określenia tych samych rzeczy każdy mówca powinien używać tego samego predykatu; 3) zasadę, że różni mówcy nie mogą używać tego samego wyrażenia w różnych znaczeniach.

u jurystów, przy czym, za szczególnie istotne uznać należy stosowanie argumentacji odwołującej się do *naturalis ratio* jako podstawy i uzasadnienia dla rozwiązania zgodnego z naturalnymi prawami zjawisk rzeczywistości, czyli *argumentum ex natura rerum* (e.g.: Gai 2.79: *In aliis quoque speciebus naturalis ratio requiritur*; Gai. 7 *ad ed. prov. D. 9.2.4 pr.: naturalis ratio permittit*; Paul. *l.s. de port. q. lib. dam. D. 48.20.7 pr.: Cum ratio naturalis*; por. Paulus 19 *resp. D. 1.5.12: Septimo mense nasci perfectum partum iam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis*; zob. też *infra*), a także przejście do dyskursu prawniczego, wypracowanego w ujęciu teoretycznym przez Greków, pojęcia przyczyny i jursprudenncyjną dyskusję na temat związanego z nią problemu przyczynowości (w szczeg.: Ulp. 18. *ad ed. D. 9.2.7.6*; Iul. 86. *dig. D. 9.2.51 pr.*)⁶¹.

Kolejną kwestią wymagającą rozważenia jest ewentualna akceptacja przez jurystów tzw. „zasady jednoznaczności”⁶², jako pryncypium *interpretatio cessat in claris*, zgodnie z którym, generalnie mówiąc, do argumentacji sięga się w przypadku, którego nie można rozwiązać stosując zwykłe reguły interpretacyjne, a także gdy możliwe jest więcej niż jedno uzasadnienie proponowanego rozwiązania, każde legitymowane z punktu widzenia racjonalności

⁶¹ Podkreślał to osiągnięcie rzymskiej jursprudenncyjności m.in. H. Kupiszewski, *Prawo rzymskie a współczesność*, Warszawa 1988, s. 128-129. Przypomnieć warto, że Rzymianie, uznając bardzo długo naturalistyczną koncepcję przyczynowości, w zasadzie nie potrafili sobie z tym problemem poradzić. Pewne próby racjonalizacji tej kwestii zauważyć można w rozstrzygnięciach późnorepublikańskiego jurysty Serviusa Sulpiciusa Rufusa, w szczególności w dokonany przez niego rozróżnieniu *vitium i vis* (Ulp. 81 *ad ed. D. 39.2.24.4-5: 4. si aedificii vitio id acciderit, non si violentia ventorum vel qua alia ratione, quae vim habet divinum; 5. quia id nec operis nec loci vitio factum est. si autem aqua vitiet fundamenta*; Alf. 2 *dig. D. 39.2.43 pr.: respondit, si vitio aedificii et infirmitate factum esset ...sed si tanta vis venti fuisset ... quod aut vento aut omnino aliqua vi extrinsecus admota caderet, sed quod ipsum per se concideret*). Następnie, nawiązując do ustaleń i propozycji swych poprzedników, problem ten rozważał Labeo, omawiając takie zagadnienia, jak *cautio damni infecti*, odpowiedzialność *ex lege Aquilia* i rozkład ryzyka w przypadku kontraktu *locatio conductio rei* (Iav. 9 *ex post. Lab. D. 19.2.57*; Iav. 5 *ex post. Lab. D. 19.2.59*; por. Ulp. 18 *ad ed. D. 9.2.29.3*; Ulp. 32 *ad ed. D. 19.2.11.4*; Ulp. 32 *ad ed. D. 19.2.19.4*). Pozwoliło mu to sformułować dystynkcję: *vitium naturale* i *vitium accidens extrinsecus* (e.g.: Iav. 9 *ex post. Lab. D. 19.2.57: Labeo ex locato tantummodo actionem esse ait, quia non ipsa congestio, sed umor ex ea congestione postea damno fuerit, damni autem iniuriae actio ob ea ipsa sit, per quae, non extrinsecus alia causa oblata, damno quis adfectus est*; Iav. 5 *ex post. Lab. D. 19.2.59: si vi naturali, veluti terrae motu hoc acciderit*; por. Alf. 2 *dig. D. 39.2.43 pr., cit. retro*) jako różnych *causa*, które odpowiedzialność uzasadniały lub wykluczały. Kolejnym ogniwem w opracowywaniu tego zagadnienia była dyskusja tocząca się w 1. poł. II w. po Chr., w szczególności między między Celsusem i Julianem (Ulp. 18 *ad ed. D. 9.2.7.6*; Iul. 86 *dig. D. 9.2.51 pr.*), w związku z interpretacją reguł wprowadzonych przez wspomnianą *lex Aquilia* i problemem przyczynowości określanym w literaturze niemieckiej jako „die überholende (abgebrochene) Kausalität”. Zob. na ten temat w szczególności studia: D. Nörra, *Kausalitätsprobleme im klassischen römischen Recht: ein theoretischer Versuch Labeos*, [w:] *Festschrift für F. Wieacker zum 70. Geburtstag*, Göttingen 1978, s. 115 i n.; W. Selba, *Kausalität in der dogmengeschichtlichen Betrachtung*, [w:] *Festgabe für A. Herdlitzka zu seinem 75. Geburtstag*, München-Salzburg 1972, s. 215 i n. Na temat greckich koncepcji przyczyny zob. wciąż jedno z najlepszych opracowań: R. Maschke, *Die Willenslehre im griechischen Recht*, Berlin 1926, s. 72 i n.; por. R.J. Hankinson, *Cause and Explanations in Ancient Greek Thought*, Oxford 1998.

⁶² Zob. na ten temat P. Świącicka: „*Si de interpretatione iuris quaeratur...*”, w: *szeg. s. 130 i n.*

(słuszności). Współcześnie, w teorii wykładni przeciwstawia się wspomnianej formule, zasadę *clara non sunt interpretanda*⁶³, zakładającą niedopuszczalność interpretacji w sytuacji, gdy tekst prawny jest jasny i powszechnie zrozumiały⁶⁴. Oczywiście, natychmiast pojawiają się pytania: Co to znaczy „jasny”?, a także „Jak ustalić ową powszechność”? Niemniej, wypowiedzi jurystów, jak choćby dobrze znane słowa Paulusa: *Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio* (1 ad Ner. D. 32.25.1), nawet jeśli sformułowane w odniesieniu do wykładni testamentów, pozwalają domniemywać, że generalnie akceptowali oni wspomnianą „zasadę jednoznaczności” w formule wykluczającej dalszą interpretację w razie jednoznaczności interpretacyjnej przekazu normatywnego, osiągnięte dzięki zastosowaniu choćby jednego z kryteriów dokonywania wykładni⁶⁵. Inaczej mówiąc, interpretacja jurystów nie miała wystarczających przesłanek do wychodzenia poza to, co wyrażały same sformułowania, jeśli rezultat był jednoznaczny dzięki wykładni językowej, bowiem w treści normatywnego przekazu nie wystąpiła *ambiguitas*, która mogła być naturalnym wynikiem formowania się języka prawniczego nie w sposób sztuczny, na użytek jurystów, ale w zależności – podobnie jak i dziś – od słownictwa powszechnego, przez co interferencja terminów nieostrych w sferę prawa, z właściwą sobie dynamiką, miała charakter ciągły (e.g.: Iul.

⁶³ Na temat problemów związanych z uznawaniem tej zasady w kontekście współczesnego dyskursu aplikacyjnego, zob. w szczególności: M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*³, Warszawa 2006, s. 55-59.

⁶⁴ W związku z tymi dwoma możliwymi ujęciami tzw. „zasady jednoznaczności” we współczesnym prawoznawstwie wyróżnia się dwie koncepcje wykładni: klaryfikacyjną (in. semantyczną, intensjonalną) i derywacyjną. Klaryfikacyjna koncepcja wykładni kwestionuje w ogóle potrzebę dokonywania wykładni w sytuacji zrozumiałości danego tekstu, podczas gdy koncepcja derywacyjna przyjmuje, że interpretacja ma miejsce zawsze, niezależnie od tego, czy i jak bardzo tekst prawny jest prosty i zrozumiały, sama wykładnia jest tu bowiem pojmowana jako dekodowanie normy prawnej z przepisów prawnych. Zob. szczegółowe omówienie obu tych koncepcji w odniesieniu do współczesnej rzeczywistości prawnej, np. M. Zieliński, *Wykładnia prawa*, s. 77 i n., 82 i n.; Idem, *Interpretacja jako proces dekodowania tekstu prawnego*, Poznań 1972, *passim*; a także J. Woleński, *Logiczne problemy wykładni prawa*, ZNUJ PP 6 (1972), s. 23 i n.; K. Pleszka, T. Gizbert-Studnicki, *Dwa ujęcia wykładni. Próba konfrontacji*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego – Prace z Nauk Politycznych 20 (1984), s. 17 i n. Warto przypomnieć, że zwolennicy koncepcji derywacyjnej podkreślają, iż podstawowym rodzajem wykładni jest wykładnia językowa i ona też jest stosowana w pierwszej kolejności, jednak chociażby w celu potwierdzenia osiągniętych w ten sposób wyników, warto też sięgać do dyrektyw pozajęzykowych – systemowych i funkcjonalnych.

⁶⁵ Zob. jednak T. Giaro w: *Brill's New Pauly. Encyklopedia of the Ancient World*, „Antiquity” vol. 6, Leiden–Boston 2005, s.v. *Interpretatio*, col. 866, który uważa, że koncepcja *clara non sunt interpretanda* nie była znana w ogóle prawu rzymskiemu, albowiem nawet „jasny edykt” wymagał interpretacji (Ulp. 24. ad ed. D. 25.4.1.11: *Quamvis sit manifestissimum edictum praetoris, attamen non est negligenda interpretatio eius*). Co ciekawe, interpretacja edyktu przybierała szczególną formułę, a mianowicie – komentarzy do edyktu, zw. *libri ad edictum*, co oznaczało nie tyle jego „czystą” interpretację, ile raczej uzupełnienie i adaptację do aktualnego stanu rzeczy, zwłaszcza, że jurysci nierzadko narzekali na lakoniczność i niezupełność edyktu (e.g.: Afric. 4 *quaest.* D. 37.4.14 pr.: *quamvis verbis edicti parum expressum sit*; Paul. 41 ad ed. D. 37.8.2: *Nihil in hac parte edicti cavet praetor*). Na temat jurysprudencyjnej krytyki edyktu pretorskiego, zob. T. Giaro, *Diritto come prassi*, s. 2237-2241.

86 dig. D. 9.2.51 pr.: *occidisse dicitur vulgo quidem... sed lege Aquilia*; Ulp. 32 ad ed. D. 21.2.4 pr.: *quem volgo auctorem secundum vocant*). Świadomość tych prawidłowości mieli już sami starożytni (e.g. Quint. *Inst.* 5.14.33-34; 11.2.41)⁶⁶. Inaczej mówiąc, w przypadkach *clara* interpretacja miała charakter *ad litteram* (in. *ad verbum, per expressum*), formalny i deklaratoryjny⁶⁷ i na tym etapie należało też ją zakończyć.

Przekonanie uczestników dyskursu o słuszności argumentacji, które wiąże się ze słusznością całego procesu interpretacyjnego, także wydaje się niezbędne dla przyjęcia, że sam rezultat osiągnięty na drodze dyskursu może być uznany za słuszny. Współcześnie podkreśla się także, że dogmatyczny dyskurs prawniczy cechuje się specyficznym „roszczeniem słuszności” (Anspruch auf Richtigkeit⁶⁸), często traktowanym jako jedna z koniecznych cech prawa – systemu prawnego (*universalium iuris*)⁶⁹. Nie wnikając w trafność takiego ujęcia⁷⁰, warto zauważyć, że przyjęcie innej optyki musiałoby prowadzić do akceptacji stwierdzenia obarczonego tzw. błędem performatywnym (performativer Widerspruch), jako: „nakazuję ci, że p, ale uważam swój nakaz za niesłuszny”⁷¹. Z kolei samo przekonanie o słuszności argumentacji może znajdować swój przejaw jako odwołanie do rozumu praktycznego albo jako

⁶⁶ Zob. M. Kaser, *Zur juristischen Terminologie der Römers*, [w:] *Studi in onore di B. Biondi*, vol. 1, Milano 1965, s. 95 i n. w szczeg. s. 101 [= *Ausgewählte Schriften*, vol. 1, Napoli 1976, s. 35 i n.]; a także generalnie: G. Devoto, *Storia della lingua romana*, Bologna 1987 r.a., s. 271 i n.; W odniesieniu do współczesnej rzeczywistości prawnej o tym problemie szczegółowo pisał: T. Gizbert-Studnicki, *Wieloznaczność leksykalna w interpretacji prawniczej*, Kraków 1978, *passim*.

⁶⁷ W odróżnieniu od interpretacji ekstensywnej (w tym analogii) i restrykcyjnej, które zakładały kreatywność w jakimś zakresie. Zob. o tym M. Bretone, *Il giuriconsulto interprete della legge*, *La-beo* 15(1969)3, s. 300, 301, 303; por. U. Wesel, *Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung der römischen Juristen*, Köln 1967, s. 42-43.

⁶⁸ Zob. w szczeg.: J. Habermas, N. Luhmann, *Theorie der Gesellschaft*, s. 124: na temat tzw. „roszczeń ważności” (Geltungsansprüche), jakie można wskazać w dyskursie; R. Alexy, *Theorie*, s. 263-264, 272: Anspruch auf Richtigkeit; Idem, *Zur Kritik des Rechtspositivismus*, [w:] (Hrg.) R. Dreier, *Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie [cyt. dalej: ARSP] Beiheft 37 (1990), s. 26; Idem, *Idee und Struktur eines vernünftigen Rechtssystems*, [w:] (Hrg.) R. Alexy, R. Dreier, U. Neumann, *Rechts- und Sozialphilosophie in Deutschland heute*, ARSP Beiheft 44 (1991), s. 38-39; Idem, *Problems of Discursive Rationality in Law*, [w:] (eds.) W. Maihofer, G. Sprenger, *Law and the States in modern Times*, ARSP Beiheft 42 (1990), s. 178-179; zob. też A. Aarnio, R. Alexy, A. Peczenik, *Grundlagen*, s. 42.

⁶⁹ Zob. w szczeg. R. Alexy, *The Nature of Legal Philosophy*, *Associations* 7 (2003), s. 63-75, w szczeg. s. 72 [= *Ratio Juris* 17 (2004), s. 156-167]; Idem, *Law Discourse and Time*, ARSP Beiheft 64 (1995), s. 101 i n.

⁷⁰ Zob. na ten temat A. Grabowski, *Prawnicze pojęcie*, s. 44 i n., 132 i n., i w szczeg. s. 148-162.

⁷¹ Na temat wskazanego, jak i innych „błędów performatywnych” i ich absurdalnych konsekwencji, zob. w szczeg.: J.L. Austin, *Philosophical Papers*, London-Oxford-New York 1970, s. 64 i n., 99 i n.; J. Hintikka, *Knowledge and Belief*, Ithaka 1962, s. 98 i n.; Z. Vendler, *Telling the Facts*, [w:] *Speech Act Theory and Pragmatics*, (eds.) J.R. Searle, F. Kiefer, M. Bierwisch, Dordrecht 1980, s. 2794 i n.; czy też R. Alexy, *Problems of Discursive Rationality in Law*, s. 178; N. McCormick, O. Weinberger, *An Institutional Theory of Law. New Approach to Legal Positivism*, Dordrecht 1986, s. 141 i n.; z polskich autorów zob.: L. Morawski, *Główne problemy*, s. 149 i n.; a także T. Gizbert-Studnicki, *Stwierdzenie jako akt mowy*, *Studia Filozoficzne* 3 (1973), s. 94 i n.; A. Grabowski, *Prawnicze pojęcie*, s. 44 i n.

odwołanie do rozsądku – *ratio*. W to, że dla przedstawicieli rzymskiej jurysprudencji słuszność i sprawiedliwość (*aequum, iustum*) rozwiązania miały szczególną wartość, w zasadzie nie można wątpić (e.g.: Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 9.2.8: *nec videtur iniquum*; Pomp. 18 *ad Sab.* D. 10.4.15: *non esse autem iniquum*; Cels. 5 *dig.* D. 12.1.32: *bonum et aequum est*; Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.2.63.5: *quasi iniquum sit ...sed magis est...: quae sententia habet aequitatem*; Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.1.13.17: *aequum est enim*; Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.2.9 pr.: *aequissimum esse ait*; Paul. 5 *resp.* D. 19.2.54 pr.: *aequum videtur*; Pomp. 2 *ex Plaut.* D. 21.3.2: *aequius esse*; Ulp. 34 *ad Sab.* D. 23.3.16: *quae sententia habet aequitatem*; Iul. 21 *dig.* D. 27.8.5: *aequius esse*). Z kolei odwołanie do *ratio* – zarówno jako *recta ratio* – a więc zdrowego rozsądku (e.g.: Ulp. 5 *ad ed.* D. 5.4.1.3: *ceterum ratio facit, ut*; Marc. 1 *inst.* D. 1.5.5.3: *et tamen rectius probatum est*; Ulp. 18 *ad Sab.* D. 7.5.5.1: *quae mihi non inarguta videtur*; Paul. 3 *ad Plaut.* D. 10.3.14.1: *rectissime dicitur*; Pap. 11 *quaest.* D. 12.7.5 pr.: *sed recte defendi*; Ulp. 29 *ad ed.* D. 14.4.9.2: *quae sententia non est sine ratione*; Paul. 5 *ad Plaut.* D. 17.1.45 pr.: *et recte dicitur*; Paul. 5 *ad Plaut.* D. 17.1.45.7: *Nerva Atilicinus... et merito*; Afric. 8 *quaest.* D. 19.2.35.1: *recte quidem notat*; Ulp. 42 *ad Sab.* D. 47.2.46.7: *Recte dictum est*), jak i *aequitas naturalis* – czyli naturalnej słuszności (e.g.: Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.4.3.7: *sed ipse Celsus naturali aequitate motus putat*; Paul. 16 *ad Sab.* D. 49.15.19 pr.: *idque naturali aequitate introductum est, ut*; por. Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.1 pr.: *Huius edicti aequitas naturalis est*; Ulp. 40 *ad ed.* D. 37.5.1 pr.: *Hic titulus aequitatem quandam habet naturalem*; Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.4.1 pr.: *Hoc edictum praetor naturalem aequitatem secutus proposuit*), nierządkiem uzasadniało akceptację określonego „normatywnego odkrycia”, często nie wymagając już dodatkowego wzmocnienia z uwagi na jego oczywistość (*palam, manifestum, evidens*) – bowiem naturalną – słuszność i trafność (e.g. Gaius 2 *aur.* D. 44.7.1.9: *Si id, quod dari stipulemur, tale sit, ut dari non possit, palam est naturali ratione inutile esse stipulationem.*)⁷².

Z przekonaniem o braku konieczności interpretacji w przypadkach *clara*, jak i koniecznej słuszności całego procesu argumentacyjnego wiąże się postulat celowości i ekonomii argumentacji. W zasadzie bez większych wątpliwości można przyjąć akceptację takiego pryncypium przez przedstawicieli juryspru-

⁷² Literatura na temat odwoływania się przez rzymskich jurystów do argumentu opartego na „zdrowym” czy „naturalnym” rozsądku jest obszerna. Jako traktujące *explicite* o argumentacji wypada jednak powołać studium M. Bartoška, *Sulla concezione „naturalistica” e materialistica dei giuristi classici*, [w:] *Studi in Memoria di E. Albertario*, vol. II, Milano 1950, s. 465-514; a także studia W. Waldsteina, *Bemerkungen zum 'ius naturale' bei den klassischen Juristen*, ZSS RA 105 (1988), s. 702-711; Idem, *Ius naturale im nachklassischen römischen Recht und bei Juristen*, ZSS RA 111 (1994), s. 1-65; Idem, *Saggi sul diritto non scritto*, Introduzione e cura di U. Vincenti, Padova 2002, *passim*; zob. też P. Świąćcicka, *Réflexions sur la structure de l'argumentation juridique basée sur naturalis ratio au point de vue du droit des juristes romains*, [w:] *Droit naturel et droits de l'homme*, Actes des Journées internationales de la Société d'Historie du Droit, Grenoble-Vizille, 27-30 mai 2009, éd. M. Mathieu, Grenoble 2011, s. 55-85.

dencji. Precyzja języka (e.g.: *Iul. 18 dig. D. 12.1.20: sed haec intellegenda sunt propter suptilitatem verborum*), a także rezygnacja z tego, co zbędne, uznane być mogą za niemal przysłowiowe cechy komunikacji rzymskich jurystów, preferujących niemal zawsze zwięzłość od zbytecznych – bowiem niekonicznych dywagacji (e.g.: *Afric. 4 quaest. D. 16.1.19.5: et haec paulo expeditius dicenda; Afric. 8 quaest. D. 19.2.35.1: quod ipsum simplicius ita quaeremus*).

I wreszcie, na kształt dyskursu dogmatycznego, w postaci swoistego ograniczenia – mającego niewątpliwie charakter formalny – owej szczególnej jursprudencyjnej *libertas interpretationis*, wpływała konieczność urzeczywistnienia dyskursu argumentacyjnego, który, aby być dyskursem konkretnym (i szczegółowym), musi „się dziać” *hic et nunc*. Tu też ogromne znaczenie ma materia, której sam dyskurs dotyczy, albowiem implikując, *nolens volens*, adaptację argumentacji do jej rzeczywistego jednostkowego kontekstu, dopuszcza lub nawet wymusza modyfikację wymienionych uprzednio reguł, właśnie ze względu na przedmiot, którego specyficzny charakter musi być respektowany⁷³. Oczywiście, jak już zostało wspomniane, przedmiotem dyskursu dogmatycznego było (tak, jak jest i dziś) prawo, które ze swej specyfiki jako materii dogmatycznej wymusza określone modyfikacje generalnych zasad dokonywania interpretacji czy uzasadniania propozycji rozwiązań normatywnych, czy wreszcie osiągnięcia konsensu.

Obecnie jako ograniczenia dyskursu dogmatycznego wskazuje się takie czynniki limitujące dowolność argumentacji, jak: konieczność jej prowadzenia zawsze w związku z prawem obowiązującym, konieczność uwzględniania tradycji interpretacyjnej, a w systemach *common law* – precedensów, czy wreszcie konieczność brania pod uwagę zasad wypracowanych przez poszczególne dogmatyki prawnicze⁷⁴. Podkreśla się też generalne znaczenie

⁷³ Co często jest konsekwencją przyjęcia tzw. *Sondelfallthese*, mówiącej, że dyskurs prawniczy to szczególny, konkretny przypadek ogólnego dyskursu praktycznego: zob. R. Alexy, *Theorie*, s. 33-39, 263-272, 356-359; tak też w ostateczności: J. Habermas, *Faktizität*, s. 205; z autorów polskich zob. J. Stelmach, *Współczesna filozofia*, s. 114, 127-128; ale por. Idem, *Interpretacja bez granic*, FP 2 (2011) 4, s. 16 i n., gdzie autor ten odrzucił wspomnianą koncepcję.

⁷⁴ Zob. przykładowo: A. Aarnio, R. Alexy, A. Peczenik, *The Foundation of Legal Reasoning*, s. 277, którzy wskazują trzy czynniki ograniczenia dyskursu jurydycznego, a mianowicie: 1) normy obowiązujące; 2) precedensy; 3) dogmatykę prawniczą; por. N. MacCormick, *Legal Reasoning*, s. 66-72, 86-97, który jako limity argumentacji wskazuje: 1) prawo i 2) rozwiązania kluczowych problemów prawnych (tzw. *points of law*); por. T. Giaro, *Wykładnia bez kodeksu. Uwagi historyczne o normatywności interpretacji prawniczej*, [w:] *Teoria i praktyka wykładni prawa*, red. P. Winczorek, Warszawa 2005, s. 15, który w odniesieniu do tego problem wspomina o „bounded rationality”, czyli tzw. racjonalności związanej, jako ograniczenia wskazując: związanie materiają prawną, regułami dokonywania interpretacji oraz tradycją interpretacyjną; zob. krytyka użycia przez T. Giaro pojęcia „bounded rationality”, wprowadzonego, m.in. przez T. Uleną (e.g. *Theories of Bounded Rationality*, [w:] C.B. McGuire, R. Redner (eds.), *Decisions and Organizations. A volume in honor of Jacob Marshak*, New York 1972, s. 161-176) oraz H.A. Simona (e.g. *The Theory of Rational Choice. Its Shortcomings and the Implications for Public Policy Decision Making*, *Science Communication* 12.2/1990, s. 170-198), na określenie tzw. ograniczeń epistemicznych poznania i podej-

„prawnego kontekstu” argumentacji⁷⁵. W zasadzie bez większej wątpliwości o świadomości podobnych ograniczeń argumentacji, a przez to i modyfikacji reguł prowadzenia samej dyskusji normatywnej, można mówić i w odniesieniu do dyskursu dogmatycznego rzymskiej jurysprudencji, o czym świadczyć może choćby wspomniana już szczególna tendencja do „izolacji” jurysprudencji, czyli przekonanie o odrębności prawa jako praktyki (zob. *retro*). Co więcej, nierzadko juryści sami podkreślali, że reguła, która jest sprzeczna z prawem – czy też może raczej z ich wyobrażeniem o prawie, które jest *ars boni et aequi* (Celsus, *apud* Ulp. 1 *inst.* D. 1.1.1 pr.; por. *Rhet. Her.* 2.13.20: *ex aequo et bono ius constat quod ad veritatem et utilitatem communem videbitur pertinere*) – nie powinna mieć zastosowania (e.g. Ulp. 9 *de off. procons.* D. 48.19.8.9: *Solent praesides in carcere continendos damnare aut ut in vinculis contineantur: sed id eos facere non oportet*), czy też, że rozwiązanie, nawet jeśli słuszne, jeśli miało by być sprzeczne z normą bezspornie uznawaną za wiążącą, nie powinno mieć miejsca (Ulp. 4 *de adult.* D. 40.9.12.1: *quod quidem perquam durum est, sed ita lex scripta est*)⁷⁶. Co więcej, w dyskursie argumentacyjnym obecne są wzmianki na temat *voluntas legislatorum*⁷⁷ (e.g. Gai 3.56: *legis itaque Iunia lator cum intellexeret*; Ulp. 3 *ad l. Iul. et Pap.* D. 24.2.11 pr.: *nam quia intellexit legis lator*; Ulp. 4 *de adult.* D. 40.9.12: *Prospexit legis lator...*; Ulp. D. 48.5.24.2: *quod maiorem iniuriam putavit legis lator*; Ulp. 1 *de adult.* D. 48.5.30.6: *Hoc quinquennium observari legis lator*; por. Cic. *part. orat.* 38.132-134; 39.136; *de Inv.* 2.46.136, 2.47.138, 2.48.143; *de Orat.* 1.57.243, 1.57.244; *Idem pro Caec.* 18.53, 23.65, 29.85), czy też uzasadnienia czysto tetyczne, przez odwoływanie się wprost do postanowień aktów normatywnych, jak *senatusconsulta* (e.g. Ulp. 1 *de off. procons.* D. 40.2.13: *ita enim senatus censuit*), czy też *constitutiones principum* (e.g.: Ulp. 23 *ad Sab.* D. 30.49 pr.: *et ita imperatorem decrevisse*; Ulp. 30 *ad Sab.* D. 17.2.23.1: *et ita Divum Marcum pronuntiasset*; Ulp. 5 *disp.* D. 36.1.23 pr.: *et in proposita quaestione decretum Divi Marci esse trahendum*; Pomp. 7 *ex*

mowania decyzji: P. Świącicka, 'Si de interpretatione iuris quaeratur...?', s. 127 i przyp. 47; a także Eadem: *Le principe d'« ouverture du discours »* (w druku).

⁷⁵ Na temat problemu limitacji swobody argumentacyjnej, zob. w szczeg.: N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, s. 357-358; W. Weigel, *Economics of the Law. A Primer*, London–New York 2008, s. 22-23; M. Atienza, *Las Razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid 1993, s. 19, który podkreślił znaczenie wspomnianego *contexto juridico*; zob. też: J. Schröder, *Recht als Wissenschaft*, München 2001, s. 3, który z kolei rozróżnia ograniczenia interpretacji prawniczej wynikające z formalnego i faktycznego obowiązywania prawa.

⁷⁶ Choć też bez wątpliwości mówić można o krytyce prawa „stanowionego” przez samych jurystów: zob. D. Nörr, *Rechtskritik*, s. 83 i n. (Rozdz. VI-XI).

⁷⁷ Na temat takiego argumentu zob. w szczeg.: J. Stroux, *Summum ius summa iniuria. Ein Kapitel aus der Geschichte der 'interpretatio iuris'* (1926), cit. wg przekładu włoskiego: *Summum ius summa iniuria. Un capitolo concernente la storia della interpretatio iuris*, trad. G. Funaioli, praef. S. Riccobono, [w:] *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo* 12 (1929), s. 672 i n.; O. Behrends, *Die Fraus Legis*, Göttingen 1982, p. 48-49 i przyp. 109 na s. 49.

Plaut. D. 40.7.21.1: imperatorem Antoninum constituisse)⁷⁸ lub wprost stwierdzenia, że tak jest zgodnie z prawem (Ulp. 36 *ad Sab. D. 1.6.5: iuris est*)⁷⁹. Z kolei wykorzystywanie przez jurystów „odkryć normatywnych” zarówno swoich poprzedników, jak i im współczesnych jurystów jest w zasadzie przysłowiowe, można nawet mówić o swoistej „manii cytowania” (e.g.: Ulp. 27 *ad ed. D. 13.4.2.7: Idem Iulianus tractat, ...et Iulianus scribit ...Marcellus autem et alias tractat et apud Iulianum notat... plane si..., quemadmodum si... sed mihi videtur*; Ulp. 30 *ad ed. D. 16.3.1.41: et ait Trebatius... Labeo autem ait ...existimo*; Paul. 5 *ad Plaut. D. 17.1.45.7: Nerva Atilicinus aiunt, ...et merito*; Ulp. 32 *ad Sab. D. 24.1.5.5: Iulianus ...ait: Neratius autem (cuius opinionem Pomponius non improbat)*; Iav. 6 *ex post. Lab. D. 24.1.64: Labeo: Trebatius ... respondit ... sed verum est, quod Proculus et Caecilius putant*)⁸⁰, czy o kontynuacji w formie „mentalnego związania” tradycją interpretacyjną⁸¹. Pewne zaś szczególne techniki argumentacyjne⁸² oraz topiki prawnicze⁸³, do których nagminnie sięga się dziś⁸⁴, nawet jeśli nie mają dogmatycznej legitymacji, zostały wypracowane właśnie przez rzymską jusysprudencję. Oczywiście,

⁷⁸ Zob. wyczerpujące zestawienie fragmentów źródłowych, w których juryści powołują konstytucje cesarskie: G. Gualandi, *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, vol. II, Milano 1963, s. 21 i n.; a także ostatnio: M.G. Zoz, *Le costituzioni imperiali nella giurisprudenza*, Torino 2007, *passim*.

⁷⁹ Na temat takiego szczególnego pojmowania „powinności w kategorii bytu”, zob. P. Voci, *'Ars boni et aequi'*, Index 27 (1999), s. 2.

⁸⁰ „Obfitość cytatów” w pismach jurystów klasycznych podkreślali, m.in.: F. Schulz, *Prinzipien*, s. 124; E. Bund, *Zur Argumentation der römischen Juristen*, [w:] *Studi in onore di Edoardo Volterra*, vol. I, Milano 1971, s. 573-574, 578-579; zob. też ostatnio R. Westbrook, *The Early History of Law: A Theoretical Essay*, ZSS RA 127 (2010), s. 10: „an orgy of citation”.

⁸¹ Tradycjonalizm myślenia jako charakterystyczny rys nastawienia rzymskich jurystów do wszelkiego materiału normatywnego, w szczególności zaś przeświadczenie o istnieniu swoiście ekskluzywnej jursprudenckiej tradycji interpretacyjnej podkreśla się w literaturze na temat rzymskiej jursprudenckiej od dawna, zob. w szczeg.: S. Riccobono, *Scritti di diritto romano*, Palermo 1957, vol. I, s. 123, 173, 175; F. Schulz, *Prinzipien*, s. 72: „Periodenlosigkeit”; *Idem, History*, s. 124 i n.: „professional tradition”; E. Rabel, *Gesammelte Aufsätze*, Tübingen 1971, Bd. 4, s. 7-8: „reproduzierende Tradition”; D. Nörr, *Pomponius*, s. 585 i n. „die Kontinuität der juristischen Interpretation von der Republik bis in die Gegenwart deutlich zu machen”; *Idem, Zum Traditionalismus der römischen Juristen*, [w:] *Festschrift für W. Flume zum 70. Geburtstag*, Köln 1978, Bd. 1, s. 153-190, *passim*; M. Talamana, *Per la storia della giurisprudenza romana*, BIDR ter. ser. 19 (1977), s. 267-270: „continuità” e „contemporaneità”; M. Bretonne, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*², Napoli 1982, s. 352: „continuità interna, sociale e tecnica”; zaś z romanistów polskich, zob. w szczególności: H. Kupiszewski, *Continuità nel diritto*, *Studia Iuridica* 12 (1985), w szczeg. s. 183-184; T. Giaro, *Dogmatische Wahrheit*, w szczeg. s. 32 i n.: „Kontinuität der rechtswissenschaftlichen Tradition”.

⁸² Zob. w szczególności katalog argumentów: G. Tarello, *Sur la spécificité du raisonnement juridique*, Wiesbaden 1972; por. Ch. Perelman, *Logique juridique*, Paris 1979, s. 55 i n.

⁸³ Zob. G. Struck, *Topische Jurisprudenz. Argument und Gemeinplatz in der juristischen Arbeit*, Frankfurt a. M. 1971, s. 3 i n., 35 i n., 46 i n.; *Idem, Zur Theorie juristischer Argumentation*, Berlin 1977, s. 58-66; por. R. Alexy, *Theorie*, s. 285 i n.; z autorów polskich zob. J. Stelmach, *Kodeks argumentacyjny*, s. 87 i n.

⁸⁴ Zob. przykładowo: AA.VV., *Lacińskie paremie w europejskiej kulturze prawnej i orzecznictwie sądów polskich*, red. W. Wołodkiewicz, J. Krzynomów, Warszawa 2001; M. Sobczyk, *Prawo rzymskie przed sądami Wspólnot Europejskich*, *Studia Prawnoustrojowe 7: Materiały z Ogólnopolskiego Zjazdu Romanistów w Ostródzie 16-18 czerwca 2006*, s. 279-294.

ponieważ takie argumenty i topiki w Rzymie dopiero się pojawiły, były one co do zasady pochodnymi określonego typu rozumowań dialektycznych czy nawet retorycznych o znaczeniu ogólnym, które były znane jurystom i które zostały przez nich przystosowane do potrzeby prawniczej. Niemniej, ich powszechność i – co więcej – wydaje się, że świadome użycie w antycznym dyskursie dogmatycznym, nawet bez równoległego fundamentu teoretycznego, w zasadzie nie może podlegać kwestionowaniu.

Przykładowo wskazać można następujące argumentacje, dziś formujące metodę prawniczą, a uznawane i w ramach antycznego instrumentarium jurydycznego:

1. *argumentum a simili – per analogiam* opierające się na przekonaniu, że w podobnych przypadkach dozwolone jest zastosowanie takiej samej argumentacji (e.g.: Ulp. 26 *ad Sab.* D. 1.7.22.2: *Haec omnia dicenda sunt, sive in locum filii sive in locum nepotis aliquis impuberem adrogaverit*; Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.18: *et suum heredem et servum necessarium pure scriptos, paciscentes priusquam se immisceant putat recte pacisci, quod verum est. idem et in extraneo herede*; Iul. 3 *dig.* D. 3.5.29: *Ex facto quaerebatur: ...: Valerius Severus respondit adversus contutorem negotiorum gestorum actionem tutori dandam: idem respondit, ut magistratui adversus magistratum eadem actio detur, ita tamen, si non sit conscius fraudis, secundum quae etiam in subcuratore idem dicendum est*; Afric. 7 *quaest.* D. 3.5.45pr.: *idem est, et si filio meo mandaveris, ut pro te fideiuberet, et ego pro te fideiusserim*);

2. *argumentum a contrario* wychodzące z kolei od przekonania, że różne sytuacje, należy rozstrzygać w różny sposób (e.g.: Gai. 4 *ad ed. provinc.* D. 4.4.27.1: *ex quo scilicet simul intellegimus, quid observari oporteat, si ... item ex diverso si*; Ulp. 28 *ad Sab.* D. 18.2.4.2: *Idem Iulianus ... scribit,et ait dissimilem esse hanc speciem partus specie et ideo*);

3. *argumentum a fortiori*, zgodnie z zasadą, że skoro dozwolone jest więcej, to i mniej, lub też, że skoro niedopuszczalne jest mniej, to i niedopuszczalne jest więcej (e.g. Ulp. 17 *ad Sab.* D. 7.8.4.1: *et est verum, ut et Pomponius libro quinto et Papinianus libro nono decimo quaestionum probat, posse eam cum viro et postea nubentem habitare. hoc amplius Pomponius ait et cum socio habitaturam*);

4. *argumentum ab exemplo*, czyli argumentację z przypadków wzorcowych (e.g.: Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.3.7.3: *Non solum autem si alia actio non sit, sed et si dubitetur an alia sit, putat Labeo de dolo dandam actionem et adfert talem speciem*; Gai. 4 *ad ed. prov.* D. 4.4.27.1: *ex quo scilicet simul intellegimus, quid observari oporteat, si*; Ulp. 7 *disp.* D. 17.1.29.1: *Non male tractabitur, si,*);

5. *argumentum ab absurdum*, gdy często stosowano dowód nie wprost lub też *explicite* uznawano konsekwencje aplikacji jakiegoś rozwiązania za absurdalne (e.g.: Ulp. 10 D. 3.5.9.1: *sed istam sententiam Celsus eleganter deri-*

det: is enim negotiorum gestorum, inquit, habet actionem, qui utiliter negotia gessit: non autem utiliter negotia gerit, qui rem non necessariam vel quae oneratura est patrem familias adgreditur; Afric. 8 quaest. D. 15.1.38.2: idque ita se habere evidentius appariturum ait, si Sticho peculium legatum esse proponatur: qui certe si ex testamento agat, cogendus non est eius, quod vicarius suus debet, aliter quam ex peculio ipsius deductionem pati: alioquin futurum, ut, si tantundem vicarius domino debeat, ipse nihil in peculio habere intellegatur, quod certe est absurdum; Paul. 5 quaest. D. 24.3.44.1: cum absurde dicitur dolo videri eum facere, qui non ipsi quem convenit sed alii restitutus petit; Cels. 15 dig. D. 28.1.27: 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; Cels. 23 dig. D. 41.2.18.1 illud enim ridiculum est dicere);

6. *argumentum a rerum natura* (por. *retro*), bazujące na przekonaniu, że w dyskursie nie można formułować tez, ani proponować rozstrzygnięć sprzecznych z naturą rzeczy, a więc niemożliwych w sensie ontologicznym (e.g.: Tryph. 10 *disp.* D. 1.5.15: *nec enim natura permisit simul uno impetu duos infantes de utero matris excedere; Ulp. 28 ad Sab. D. 18.6.4.1: difficile autem est, ut quisquam sic emat, ut ne degustet);*

7. *argumentum a cohaerentia* dla jurystów oznaczające konieczność dokonywania uzgadniającej interpretacji reguł prawnych wprowadzanych w różnym czasie (e.g. Paul. 4 *quaest.* D. 1.3.26: *Non est novum, ut priores leges ad posteriores trahantur; Paul. 5 ad leg. Iul. et Pap. D. 1.3.28: Sed et posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariae sint; Mod. 2 excus. D.1.4.4: Αἱ μεταγενέστεραι διατάξεις ἰσχυρότεραι τῶν πρὸ αὐτῶν εἰσιν. – Id est: posteriores leges plus valent quam quae ante eas fuerunt – Dig. ed. stereotypa).*

W antycznym dyskursie dogmatycznym stosowano też interpretację systemową (e.g.: Cels. 9 *dig.* D. 1.3.24: *Incivile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere*), historyczną w drodze odwoływania się do tradycji czy utrwalonych zwyczajów⁸⁵ (e.g.: Afric. 4 *quaest.* D. 16.1.17pr.: *nec id contrarium videri debere ei, quod placeat, si; Paul. 11 quaest. D. 1.7.34: nec enim moribus nostris convenit filium temporalem habere; Ulp. 26 ad Sab. D. 1.6.8pr.: nam cum ius potestatis moribus sit receptum nec possit desinere quis habere in potestate, nisi exierint liberi quibus casibus solent, nequaquam dubitandum est remanere eos in potestate*), funkcjonalną, odwołującą się do celu ustawy – *ratio legis* (e.g. Cels. 33 *dig.* D. 1.3.19: *In ambigua voce legis ea potius accipienda est significatio, quae*

⁸⁵ Niemniej podkreślić należy, że rzymscy juryści ani zwyczajowi, ani tradycji nie absolutyzowali, rozumiejąc, że rozwiązanie oparte na normie zwyczajowej czy też przyjmowane „tradycyjnie” w niektórych przypadkach musi ustąpić rozwiązaniu opartemu na lepszych racjach: e.g. Ulp. 5 *ad ed.* D. 2.4.4.2: *Parentem hic utriusque sexus accipe: sed an in infinitum, quaeritur: quidam parentem usque ad tritavum appellari aiunt, superiores maiores dici: hoc veteres existimasse Pomponius refert: sed Gaius Cassius omnes in infinitum parentes dicit, quod et honestius est et merito optinuit.*

vitio caret, praesertim cum etiam voluntas legis ex hoc colligi possit), czy też celu całego prawa – *ratio iuris* (e.g. Pap. 29 *quaest.* D. 49.15.10 pr.: *verum huic sententiae refragatur iuris ratio*), czy teleologiczną, jako prowadzącą do realizacji celu dyskursu, jakim było znalezienie właściwego – czyli słusznego rozstrzygnięcia określonego przypadku (ex Paul. 15 *quaest.* D. 50.17.90: *In omnibus quidem, maxime tamen in iure aequitas spectanda est*), a czasem nawet ekonomiczną, w przypadku której chodzi o efektywność prawa i korzyść z przyjęcia określonego rozwiązania (e.g. Iul. 18 *dig.* D. 12.1.20: *benignius tamen est utrumque valere*).

Z kolei wśród topik uznanych następnie za specyficzne topiki prawnicze, wymienić należy, przykładowo: zasadę ochrony zaufania – *fides* (e.g.: Pap. 9 *quaest.* D. 16.3.24: *sed contra bonam fidem et depositi naturam est usuras ab eo desiderare temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit. ... si tamen ab initio de usuris praestandis convenit, lex contractus servabitur*; Tryph. 9 *disp.* D. 16.3.31.1: *Incurrit hic et alia inspectio. bonam fidem inter eos tantum, quos contractum est, nullo extrinsecus adsumpto aestimare debemus an respectu etiam aliarum personarum, ad quas id quod geritur pertinet? ... si per se dantem accipientemque intuemur, haec est bona fides, ut ... si totius rei aequitatem, quae ex omnibus personis quae negotio isto continguntur impletur, mihi reddenda sunt, quo facto scelestissimo ademta sunt. et probo hanc esse iustitiam, quae suum cuique ita tribuit, ut non distrahatur ab ullius personae iustiore repetitione...*, *recte dicitur non contrahi depositum, quia non est ex fide bona rem suam dominum praedoni restituere compelli*); zasadę, że niemożliwe nie zobowiązuje (e.g. Cels. 8 *dig.* D. 50.17.185: *impossibilium nulla obligatio est*), zasadę konieczności zwrotu tego, co zostało uzyskane bez podstawy prawnej (e.g.: Pomp. 9 *ex var. lect.* D. 50.17.206: *iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiozem*; Pomp. 21 *ad Sab.* D. 12.6.14: *nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiozem*; Paul. 17 *ad Plaut.* D. 12.6.65.4: *Quod ob rem datur, ex bono et aequo habet repetitionem: veluti si dem tibi, ut aliquid facias, nec feceris*; Gai 3.91: *Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem soluit, re obligatur; nam proinde ei condici potest*); zasadę dopuszczalności obrony koniecznej w sytuacji zagrożenia (e.g. Paul. 10 *ad Sab.* D. 9.2.45.4: *vim enim vi defendere omnes leges omnia iura permittunt*); zasadę ryzyka, które obciąża właściciela jako *casum sentit dominus* (e.g. Paul. 33 *ad ed.* D. 18.6.8 pr.: *Necessario sciendum est, quando perfecta sit emptio: tunc enim sciemus, cuius periculum sit: nam perfecta emptio periculum ad emptorem respiciet*).

IV. Argumentum: możliwość i sens pytania o reguły proceduralne dyskursu dogmatycznego rzymskich jurystów. Sumując te rozważania, niewątpliwie stanowiące jedynie przyczynek do bardziej pogłębionych badań na

temat „formalności topicznego myślenia” przedstawiciele rzymskiej juryspruden-
dencji, w pierwszej kolejności zauważyć należy, że nawet jeśli twierdzi się
zasadnie, że metoda jurystów miała charakter topiczny, a interpretacja i argu-
mentacja służyć miały rozwiązywaniu poszczególnych problemów prawnych,
czego efektem było „konkretne prawo”, jak też, że w dyskursie jurydycznym
posługiwano się określonymi topikami, szukając prawa właściwego dla kon-
kretnych przypadków, to jednak wiele argumentów źródłowych przemawia za
tym, że w dogmatycznym dyskursie jurysprudencyjnym obecny był także ele-
ment „myślenia systemowego”, właściwego dla stanowisk o paradygmatycz-
nym charakterze, które przyjmują jakies metodologiczne aksjomaty, prawdzi-
we i powszechnie ważne typy rozumowań czy też widzą prawo w kategoriach
„założonego z góry i jedyne go możliwego systemu”. Topika prawnicza jako
podstawa dla rozumowań opiera się przy tym na regułach pewnego typu –
nieformalnej – logiki na przykład takiej, jaką proponowali R.H. Johnson
i J.A. Blair⁸⁶ albo J. Wenzel⁸⁷, przez co przyjmuje określone prawidłowości
w formie reguł i zasad⁸⁸. Przestrzeganie zaś przez przedstawiciele rzymskiej
juryspruden-
dencji określonych zasad podczas prowadzenia swej dyskusji prak-
tycznej i naukowej, nawet jeśli bez ich teoretycznego opracowania, czy nawet
werbalizacji, uznać należy za swoiste – bo wolicjonalne, choć niekoniecznie
czysto subiektywne – ograniczenie *libertas interpretationis*. Wydaje się więc,
że można w tym zakresie antycypować zarówno akceptację reguł, które były
właściwe wszelkim wypowiedziom celowym, przez co gwarantowały ważność
i prawomocność dyskursu – co współcześnie ma miejsce dzięki Habermasow-
skim „formalnym zasadom etyki argumentacyjnej”⁸⁹, wykluczającym niemal
automatycznie techniki i metody erystyczne, jak sofizmaty czy paralogizmy,

⁸⁶ Zob. R.H. Johnson, J.A. Blair, *The current state of informal logic*, *Informal Logic* 9 (1987), s. 147-51; Eidem, *Informal logic: An overview*, *Informal Logic* 20(2000)2, s. 93-99; definiują oni logikę nieformalną jako: „a branch of logic whose task is to develop non-formal standards, criteria, procedures for the analysis, interpretation, evaluation, criticism and construction of argumentation”, podkreślając, że logika taka może być użyteczna dla „everyday discourse”, jak i dla tzw. „disciplined inquiry”, nazwanego przez innego autora, M. Weinsteina, „stylized discourse”: zob. M. Weinstein, *Towards a research agenda for informal logic and critical thinking*, *Informal Logic* 12 (1990), s. 121-143; na temat użyteczności logiki nieformalnej dla argumentacji, zob. w szczególności: R.H. Johnson, *The relation between formal and informal logic*, *Argumentation* 13(1999)3, s. 265-274.

⁸⁷ Zob. J. Wenzel, *Three perspectives on argumentation*, [w:] R. Trapp and J. Scheutz (Eds.), *Perspectives on argumentation. Essays in honour of W. Brockreide*, Illinois 1990, s. 9-26.

⁸⁸ Paradoksalnie, autorzy współczesnych topiczno-retorycznych teorii dyskursu, w szczególności Th. Viehweg, S.E. Toulumin, czy Ch. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, nie dali rady uniknąć „momentu proceduralnego”: zob. Ch. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *La nouvelle rhétorique*, s. 145 i n.; Ch. Perelman, *Fünf Vorlesungen über die Gerechtigkeit*, München 1967, s. 158; *Idem*, *The New Rhetoric*, s. 9. *Idem*, *Justice, Law and Argument*, s. 73: na temat koncepcji «l’auditorium universelle»; zob. też stwierdzenie Th. Viehwega, *Topik und Jurisprudenz*, s. 33: „Nennt man einen Ableitungszusammenhang ein System, könnte man in noch kürzerer Sprechweise sagen, daß das Problem zum Zwecke der Lösung in ein System eingeordnet wird”.

⁸⁹ Zob. ocenę propozycji „komunikacyjnego ujęcia prawa” i determinacji dyskursu dogmatycznego w drodze określenia reguł proceduralnych: L. Morawski, *Główne problemy*, s. 162-164; „Teoria dyskursu ... zdaje się wcielać podstawowe wskazania uniwersalnej etyki porozumiewania

jak i takich reguł, które były właściwe jedynie dla dyskursu dogmatycznego, będąc pochodną szczególnego statusu materii, której dotyczył sam dyskurs (*i.e.* prawa), której specyfika wymagała w określonych przypadkach modyfikacji wspomnianych reguł ogólnych lub wykluczenia niektórych możliwości interpretacyjnych i argumentacyjnych dostępnych w innych szczegółowych przypadkach dyskursu⁹⁰. Można wreszcie wskazać świadomość i akceptację – przynajmniej na poziomie aplikacyjnym – pewnych reguł, które wiążą się z celowym charakterem dyskursu dogmatycznego i wydają się niezbędne w sytuacjach, gdy kwestia ostatecznego rozstrzygnięcia jest otwarta do końca i konieczne jest posłużenie się jakimś dodatkowym kryterium wyboru postępowania interpretacyjnego (tzw. *hard cases*)⁹¹, na przykład: wybór między interpretacją literalną a interpretacją systemową czy celowościową, czy też ostateczne uwzględnienie kryterium o charakterze materialnym, jak słusność, skuteczność, czy nawet faktyczna akceptacja rozwiązania (konsens). Niewątpliwie też rzymska jurysprudencja nierzadko stawiała przed koniecznością rozstrzygnięcia takich antycznych *hard cases*, gdzie konieczne było rozważenie różnych dopuszczalnych postępowań interpretacyjnych i wybór jednego z nich (*e.g.* Cels. 3 *dig.* D. 12.4.16: *Dedi tibi pecuniam, ut mihi stichum dares: utrum id contractus genus pro portione emptionis et venditionis est, an nulla hic alia obligatio est quam ob rem dati re non secuta? in quod proclivior sum*), czy też ocena wielu argumentów *pro* i *contra* danego rozstrzygnięcia (*e.g.* Ulp. 18 *ad ed.* D. 9.2.11 *pr.: Item Mela scribit, si... Proculus...: et sane si ... quamvis nec illud male dicatur, si*), czy wreszcie, takich przypadków, gdy pomimo istnienia ustalonej praktyki rozstrzygnięcia, kierując się właściwym sobie wyczuleniem na specyfikę każdego stanu faktycznego, uznawano akceptowaną regułę za wadliwie interpretowaną (*e.g.* Cels. 35 *dig.* D. 34.7.1 *pr.: Catoniana regula sic definit, quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum quandocumque decesserit, non valere. quae definitio in quibusdam falsa est*), niedostatecznie precyzyjnie stosowaną (*e.g.* Ulp. 21 *ad Sab.* D. 30.41.2: *purum igitur legatum Catoniana regula impedit, condicionale non, quia ad condicionalia Catoniana non pertinet*), czy też nawet uznane rozwiązanie okazywało się niewystarczająco właściwe (*e.g.*: Iav. 5 *ex post. Lab.* D. 18.1.79: *Labeo et Trebatius negant ... ego contra puto ... eoque iure utimur*; Gai. 28 *ad ed. prov.* D. 39.2.32: *plerisque placet, sed movet me*), w konsekwencji czego – nawet chwilowo akceptując uprzednio wyrażony pogląd – szukano rozwiązania lepszego (*e.g.*: Iul. *apud Paul.* 17 *ad Plaut.*

się” (s. 162); por. N. MacCormick, *Legal Reasoning*, s. 272, który dyskurs prawniczy definiuje w drodze uznania go za zinstytucjonalizowany i sformalizowany typ rozumowania moralnego.

⁹⁰ Zob. R. Alexy, *Theorie*, s. 38 i n., 285 i n.; zob. też J. Stelmach, *Kodeks argumentacyjny*, s. 58-60, 64.

⁹¹ Zob. H.L.A Hart, *Positivism and the Separation of Law and Moral*, *Harvard Law Review* 71 (1958), s. 606-608 = *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford 1983, repr. 2001, s. 62-64; *Idem*, *The Concept of Law*, s. 124-136.

D. 12.1.31.1: *Sabinus Cassius...: sed si... et hoc verum est: nam et Iulianus ait ... sed adicere debuit Iulianus ... idem dici debet...*) lub też ostatecznie sięgano do kryteriów materialnych, czyli – jak określił P. Stein „emotionally loaded”⁹² – *aequitas* (zob. *retro: aequitas, aequitas naturalis*), *humanitas* (Ulp. 18 *ad Sab.* D. 7.1.25.1: *sed Iuliani sententia humanior est*; Marcel. 1. *sing. resp.* D. 13.5.24: *est enim humanior et utilior ista interpretatio*; Iul. 29 *dig.* D. 28.2.13 *pr.: ideo ad huiusmodi sententiam humanitate suggerente decursum est*; Paul. 8 *quaest.* D. 29.1.38.1: *sed humanius est dicere*), czy *pietas* (e.g.: Ulp. 1 *ad ed. aedil. curul.* D. 21.1.35: *ad pietatis rationem offensam*), być może intuicyjnie realizując sugestię Quintiliana: *dubium ius aequitatis regula examinanda est* (*Inst.* 12.3.6). Jasne jest przy tym, zwłaszcza w warunkach konkurencji klasycznych szkół, jak i związanego z tym fenomenem *ius controversum*, że każdy z rzymskich jurystów musiał zdawać sobie sprawę, że ani on sam, ani inni *iurisconsulti* nie mają monopolu ani na prawdę, ani na właściwe rozstrzygnięcie (e.g. Gai 3.178: *non constat, nam diversae scholae auctoribus placuit*).

Pytanie o sens i możliwość poszukiwania „formalnych reguł topicznego myślenia”, organizujących w jakimś stopniu dyskurs dogmatyczny rzymskiej jursprudenckiej, wydaje się więc w tym świetle nie tylko możliwe i sensowne, ale i w pewnym sensie niezbędne dla możliwości opisu prawa jursprudenckiego jako tej masy składającej się na prawo rzymskie, która formowała się na drodze dyskursu legitymowanego przez doktrynalny konsens. Należy też podkreślić, że niejako „programowe” unikanie przez jurystów podejmowania teoretycznych wywodów i składania oficjalnych deklaracji na temat tego, w jaki sposób argumentacja powinna być prowadzona, nie wydaje się z góry przesądzać (nie)możliwości udzielenia odpowiedzi na tak postawione pytanie, ale czyni to pytanie jeszcze bardziej ciekawym. Pozwala bowiem uniknąć problemu projektującego działania teoretycznych opracowań na tzw. sferę operatywną prawa. Z postawionym pytaniem wiążą się jednak i inne kwestie, w szczególności konieczność określenia, jak dalece tożsame, zarówno ontologicznie (zarówno w sensie uniwersalnego obowiązywania reguł, jak i w sensie poczucia związania nimi z określonych – dowolnych – powodów, które trzeba by założyć u uczestników dyskursu⁹³), treściowo jak i funkcjonalnie mogą być takie reguły dyskursu antycznego oraz te, o których wspominają współczesne filozofie argumentacji. Inaczej mówiąc, chodzi tu o rozstrzygnięcie kwestii, czy można mówić o konwergencji w znaczeniu funkcjonalnej zbieżności określonych reguł i zasad czy określonych mechanizmów (procedur tworzenia, stosowania czy dyskursywnej analizy prawa i jego możliwości

⁹² Zob. P. Stein, recenzja z: D. Nörr, *Rechtskritik in der Römischen Antike*, *The Journal of Roman Studies* 67 (1977), s. 190.

⁹³ Konieczność rozróżnienia obu tych sensów wynika z konieczności uniknięcia tzw. klasycznego błędu naturalistycznego, czyli uzasadniania „uniwersalnego obowiązywania” reguł proceduralnych przy użyciu argumentu empirycznego (e.g. społeczna akceptowalność, skuteczność).

aplikacyjnych)⁹⁴, które wytworzyły się w różnych „prawniczych warunkach naturalnych”. Oczywiście w tym momencie zagadnienia te traktuję jako *thema probandum*, a tym samym punkt wyjścia dla dalszych badań, które wydają się możliwe do podjęcia zarówno na płaszczyźnie empirycznej, jak i normatywnej oraz analitycznej.

⁹⁴ Por. elementy dyskursywnie pojmowanego systemu prawa: R. Alexy, *Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation*, *Rechtstheorie* 2 (1981), s. 185 i n.; Idem, *Rechtssystem und praktische Vernunft*, *Rechtstheorie* 18 (1987), s. 416 i n.; Idem, *Idee und Struktur eines vernünftigen Rechtssystems*, *ARSP Beiheft* 44 (1991), s. 36 i n.; zob. też A. Aarnio, R. Alexy, A. Peczenik, *The Foundation of Legal Reasoning*, s. 272 i n.