

## I. ROZPRAWY

TOMASZ GIARO (Warszawa)

### Prawda dogmatyczna i „ponadczasowość” jurysprudencji rzymskiej \*

Status naukowy dogmatyki, czyli tej części prawoznawstwa, która opracowuje pojęciowo prawo obowiązujące w celu zastosowania go w praktyce<sup>1</sup>, jest kwestionowany nie od dzisiaj. Jeśli za Arystotelesem uznamy ścisłość nauk za pochodną stabilności ich przedmiotu (wiązał on doskonałą precyzję matematyki z idealnym, czysto wyobraźniowym charakterem badanych przez nią obiektów)<sup>2</sup>, będziemy musieli dogmatykę, mającą niejaki trudności z „unieruchomieniem” swego przedmiotu badawczego, postawić w hierarchii naukowości stosunkowo nisko<sup>3</sup>. Trud-

---

\* Praca zawiera część wyników moich studiów przeprowadzonych dzięki stypendium A. v. Humboldt-Stiftung w okresie 1984-85 w Bonn. Składam podziękowanie mojemu opiekunowi naukowemu Prof. Rolfowi Knütlowi oraz Fundacji. Dziękuję również za cenne uwagi mojemu Nauczycielowi, Panu Prof. Henrykowi Kupiszewskiemu. Znacznie obszerniejsza wersja pracy, oparta na bogatszym materiale źródłowym i bibliograficznym, jest w druku pod tytułem *Dogmatische Wahrheit und Zeitlosigkeit in der römischen Jurisprudenz* w *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano* 90, 1987.

<sup>1</sup> Dla ominięcia wielu problemów, których rozstrząsanie nie ma bezpośredniego związku z naszym tematem, ograniczamy się do tej ogólnej definicji, ale por. szczegółowiej Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980, s. 19-20, 24-27, 37-42; J. Wróblewski, *Wybrane zagadnienia metodologiczne dogmatyki prawa*, w: *Zagadnienia metodologiczne prawoznawstwa*, Wrocław—Warszawa—Kraków—Gdańsk—Łódź, 1982, s. 20-42; R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt a.M. 1983, s. 307-314; J. Woleński, *Semantyczne ujęcie dogmatyki prawa*, *Studia Filozoficzne* 2-3, 1985, s. 83-92.

<sup>2</sup> Met. II, 3 (995a 15), por. W. Waldstein, *Werte und Objektivierung des Rechtsdenkens*, w: *Gedächtnisschrift Tammelo*, Berlin 1984, s. 421. Wywód ten ma oczywiście genezę platońską (Tim. 29B: „Myśli, dotyczącego tego, co trwa i jest mocne i jasno się rozumowi przedstawia. są też trwałe i nie do obalenia” — tłum. Witwickiego): por. F. Dirlmeier, *Aristoteles, Nikomachische Ethik*<sup>3</sup>, Berlin 1983, s. 270.

Pomijamy tu obiekcje nowszej filozofii prawa co do stosowności kategorii prawdy i fałszu do zdań powinnościowych, wskutek których dopuszcza ona ope-

ności te są obecne zarówno w płaszczyźnie normatywno-praktycznej, tzn. w zakresie formułowania samych norm prawnych, jak i w płaszczyźnie opisowo-teoretycznej, tzn. przy stawianiu twierdzeń na temat ich obowiązywania<sup>4</sup>. W pierwszym zakresie zmienność i nieskończone zróżnicowanie zachowań ludzkich zmuszają do posługiwania się wyłącznie normami przybliżonymi i ogólnymi, które następnie trzeba od przypadku do przypadku konkretyzować<sup>5</sup>. Definitywność ustaleń nie jest większa w płaszczyźnie opisu normy, tu bowiem z kolei dogmatyka popada w zależność od *sic volo* prawodawcy. Zapewne tego typu niebezpieczeństw chciał uniknąć Cyzero, gdy wspominał o ustawach uchylonych w okamgnieniu *uno versiculo senatus* (*de legibus* 2, 14) i radził (tamże 1, 17) czerpać *disciplina iuris* nie, jak dawniejsi, z Ustawy XII Tablic, ani, jak współcześni, z edyktu pretora, lecz z jakiegoś trwalszego źródła (*penitus ex intima philosophia*). Ten stary argument przeciw naukowości prawoznawstwa, ba, przeciw powadze zawodu prawnika, podchwytuje w nowszych czasach głośny frazes von Kirchmanna (1847-8) o „trzech korygujących słowach ustawodawcy”, które z całych bibliotek prawniczych czynią makulaturę<sup>6</sup>. Także Jhering zauważa, że poszukiwanie prawdy w prawie jest daremne; przyznaje on oczywiście, że również nauka skazana jest na wieczne poszukiwanie, jednak natychmiast uściśla: „Aber ihr Suchen ist nicht blosses Suchen, sondern auch Finden — was sie wirklich gefunden hat, verbleibt ihr für ewige Zeiten”<sup>7</sup>.

Oczywiście nietrudno wykazać, że wyobrażenie o „wiecznej prawdzie” nauk ścisłych i przyrodniczych, niedostępnej dyscyplinom praktyczno-normatywnym, stanowiło iluzję dziewiętnastowiecznej filozofii nauki. Intuicyjna oczywistość aksjomatów, która w systemie typu arystotelesowskiego legitymuje w ostatecznym rozrachunku prawdziwość

---

rowanie w dogmatyce wyłącznie kryterium trafności (*Richtigkeit*). Nie wydaje się, by prawnicy rzymscy zechcieli podpisać się pod tezę o wzajemnej „niekomunikowalności” sfer bytu i powinności (por. tylko D. Nörr, *Spruchregel und Generalisierung*, ZSS 89, 1972, s. 38-89), jednak problem ten zasługuje na osobne opracowanie.

<sup>4</sup> O dogmatyce jako dyscyplinie „wielowymiarowej” trafnie Alexy, o.c., s. 308. Inaczej Woleński, o.c., s. 91, który traktuje ją jako naukę czysto opisową.

<sup>5</sup> Plato, *Polit.* 294B („w sprawach ludzkich [...] nic nigdy nie stoi spokojnie”). Wykaz miejsc, w których myśl ta powraca u Arystotelesa, daje D. Gromska, [Przypisy do] *Arystoteles, Etyka Nikomachejska*<sup>2</sup>, Warszawa 1982, s. 416; por. też Dirlmeier, loc. cit.

<sup>6</sup> Por. na ten temat G. Radbruch, *Zarys filozofii prawa*, Warszawa—Kraków 1938, s. 175-176; F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*<sup>2</sup>, Göttingen 1967, s. 415-416; K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*<sup>4</sup>, Berlin—Heidelberg—New York 1979, s. 6, 47-48; Woleński, o.c., s. 83.

<sup>7</sup> Ihering, *Der Zweck im Recht* I<sup>1</sup>, Leipzig 1877, s. 428. Podobnie wielu innych, ostatnio np. R. Aron, *Dimensions de la conscience historique*, Paris 1961, s. 305; R. Dekkers, *De divers aspects de la science du droit*, w: St. Volterra 2, Milano 1971, s. 322 („le droit change, la vérité ne change pas”).

poszczególnych twierdzeń, okazała się w świetle nowszej filozofii chimerą. Aksjomatów teorii naukowej nie uznaje się dziś za wyraz wiecznej prawdy, lecz za umowne ustalenie mające tylko wartość hipotezy<sup>8</sup>. Co więcej, ponieważ aksjomaty logiczne czy matematyczne można uzasadniać jedynie „argumentacyjnie”, a więc podobnie jak zdania normatywne w tzw. dyskursie praktycznym, teza o istnieniu przepaści między naukami ścisłymi a normatywno-praktycznymi okazuje się — przynajmniej z tego punktu widzenia — nie do utrzymania<sup>9</sup>. Naukowego statusu dogmatyki można bronić dalej — w płaszczyźnie opisowej — twierdząc, że podobnie jak nauki empiryczne czyni ona zadość korespondencyjnemu kryterium prawdy, ponieważ opisuje „światy postulowane”, tzn. zrekonstruowane na podstawie obowiązujących przepisów pożądane przez ustawodawcę stany rzeczy, a pociągnięcie pióra ustawodawcy „nie likwiduje opisu światów, które kiedyś i gdzieś istniały”<sup>10</sup>. Obrona ta jest jednak o tyle „wykrętna”, że ostrze argumentacji typu kirchmannowskiego kieruje się nie tyle przeciw labilności prawniczych opisów, ile przeciw labilności samych prawniczych „światów”. Zwraca się więc w końcu — i słusznie — uwagę na to, że typowa działalność, dogmatyka, interpretacja prawnicza, jest tylko szczególnym przypadkiem tzw. interpretacji humanistycznej<sup>11</sup>, a „naukowości” humanistyki nie można mierzyć kryteriami właściwymi naukom empirycznym. Wszystkie te, należące do dziedziny teorii nauki, argumenty są dla dogmatyki — jako dyscypliny, która stawia sobie przede wszystkim zadania praktyczne — mniej lub bardziej drugorzędne; nie jest dla niej natomiast — z tego samego powodu — obojętne, jak długo jej twierdzenia zachowają aktualność. Sytuacja, w której tzw. regulacja prawna zmienia się szybciej niż jest w stanie powstać jej „opracowanie naukowe”, nie jest normalna, jakkolwiek przekonująco filozofowie nauki zapewnialiby o jej teoretycznej dopuszczalności, badania naukowe bowiem podejmuje się nie tylko ze względu na ich teoretyczną możliwość, lecz przede wszystkim ze względu na ich wykonalność praktyczną, a także — w naukach stosowanych — ze względu na spodziewany pożytek praktyczny.

Sytuacja taka jest zresztą — w dłuższej perspektywie historycznej — zjawiskiem stosunkowo nowym. Przytoczone wyżej uwagi Cicerona

<sup>8</sup> F. Horak, *Rationes decidendi*, Aalen 1969, s. 12<sup>11</sup>, 13<sup>12</sup>; K. v. Fritz, *Grundprobleme der Geschichte der antiken Wissenschaft*, Berlin—New York 1971, s. 208; G. Lumia, *Ha il diritto una „sua” logica?*, RIFD 49, 1972, s. 621 - 623.

<sup>9</sup> Por. Lumia, o.c., s. 623. Pozostaje oczywiście problem „ściśłości” dedukcji, zakłócaney w jurysprudencji notorycznie przez z natury rzeczy nieściśle interpretacje semantyczne występujących w normach prawnych pojęć.

<sup>10</sup> Tak Woleński, o.c., s. 87 - 91 (cytat s. 91). Por. też Larenz, o.c., s. 224.

<sup>11</sup> Zob. np. L. Nowak, *Interpretacja prawnicza*, Warszawa 1973, s. 8 - 12, 33 - 34, 173 - 175. Przegląd głównych koncepcji interpretacji humanistycznej daje J. Kmita, *Wykłady z logiki i metodologii nauk*, Warszawa 1977, 198 - 208.

nie wyrażają zasadniczej nieufności co do „naukowości” jurysprudencji jako takiej, lecz jedynie co do zbyt „pozytywistycznego” sposobu jej uprawiania. Jeszcze cała epoka recepcji<sup>12</sup> traktowała prawo rzymskie jako „zbiór ponadczasowych prawd”, zrozumiałych same przez się i oczywistych niezależnie od jakiegokolwiek perspektywy historycznej. Jurysprudencja miała zatem do własnych odkryć nastawienie podobne do tego, jakie Ihering zarezerwuje dla nauki w sensie ścisłym: raz odkryta prawda pozostaje prawdą na zawsze. Zawarte w Corpus Iuris „prawdy jurysprudencyjne” można było zresztą uznać jeszcze do stosunkowo niedawna, dzięki tzw. drugiej recepcji prawa rzymskiego w XIX w.<sup>13</sup>, za dużo bardziej długowieczne niż jakiegokolwiek odkrycia i osiągnięcia nauk ścisłych: konkurują z nimi pod tym względem jedynie geometria euklidesowa oraz arystotelesowska logika formalna. Funkcjonującemu przez wieki przekonaniu o prawie rzymskim jako ucieleśnieniu rozumu (*ratio scripta*) położyły kres dopiero nowoczesny historyzm i pozytywizm prawniczy z nieodłącznym od nich relatywizmem<sup>14</sup>. Romanistyczne prawdy jurysprudencyjne, takie jak *nemo plus iuris, impossibilium nulla obligatio, genera non pereunt* itp., odarte zostały przez badania historyczno-prawne, wykazujące ich historyczną genezę i uwarunkowania, z nimbu ponadczasowej, absolutnej ważności logiczno-prawnej<sup>15</sup>, a współczesny ustawodawca uczynił ze swej strony wszystko, by zakwestionować pretensje dogmatyki do osiągnięcia definitywnych, „prawdziwych” wyników, z dnia na dzień burząc mozolnie przez stulecia doskonalone konstrukcje.

Ponieważ jurysprudencja rzymska stanowi pierwszą w europejskiej tradycji prawniczej postać dogmatyki, i to postać klasyczną w jej skoncentrowaniu się na opracowywaniu prawa obowiązującego dla zastosowania go w praktyce, przy równoczesnym ograniczeniu do minimum rozważań teoretyczno-, filozoficzno-, socjologiczno- czy historycznoprawnych<sup>16</sup>, pytanie, jak radziła sobie ona z głównym problemem dogmatyki prawniczej, jakim jest ujęcie w możliwie ścisłe kategorie z jednej

---

<sup>12</sup> Por. J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*<sup>2</sup>, Frankfurt a.M. 1972, s. 93.

<sup>13</sup> Co do tego pojęcia (termin alternatywny „Nachrezeption”) por. Wieacker, o.c., s. 203, 228, 442.

<sup>14</sup> Wieacker, o.c., s. 55-56. Pozytywizm prawniczy (co do jego związków z ideologią *Rechtsstaat* tamże, s. 439-440, 447), mówiąc w uproszczeniu, w miejsce prawa stawia ustawy.

<sup>15</sup> Esser, o.c., s. 84-85, 109; zdaniem tegoż, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen 1956, s. 112 owe zasady logiki prawniczej to nic innego niż „ausgetragene Abwägungsfragen” ubrane w „suggestive Formeln einer Denknöwendigkeit”.

<sup>16</sup> Schulz stawia w związku z tym swą znaną tezę o „izolacji nauki prawa” (jako nauki specjalistycznej); zob. o niej krytycznie M. Bretone, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*<sup>2</sup>, Napoli 1984, s. 340-342.

strony zmiennego uniwersum zachowań ludzkich, a z drugiej — płynnego materiału pozytywnoprawnego, zasługuje być może na chwilę uwagi. Okazuje się przy tym, że przyznanie rzymskim prawdom prawniczym statusu ponadczasowości nie jest wynalazkiem nowożytnych heroldów obu recepcji. Podobne bowiem zjawisko da się zaobserwować już w obrębie samej jurysprudencji klasycznej: „odkrycia prawne” dokonane przez prawników republikańskich czy wczesnoklasycznych niejednokrotnie uznawane są za prawdziwe jeszcze przez późnych klasyków<sup>17</sup>, a zatem po upływie około dwóch, a niekiedy trzech i więcej stuleci. Jeśli weźmiemy pod uwagę, że już na mocy definicji dogmatyki jako nauki o prawie pozytywnym twierdzenia dogmatyczne zrelatywizowane są do prawa obowiązującego *hic et nunc*, twierdzeń wypowiedzianych „na tle” nie obowiązującej już ustawy, nie możemy uznawać za prawdziwe ani fałszywe, lecz jedynie za nieaktualne. Obowiązywanie bowiem norm prawnych stanowi tzw. presupozycję dla odpowiednich zdań deontycznych<sup>18</sup>. Jeśli zatem ocena w kategoriach prawdy i fałszu implikuje aktualność, musimy przyjąć — przynajmniej w niektórych dziedzinach — ciągłość substratu normatywnego na przestrzeni całego wchodzącego w grę okresu. Innymi słowy: porządek prawny Katonów i innych *veteres* jest wciąż jeszcze, po kilkuset latach, uznawany w pewnej mierze za obowiązujący przez czynnych za dynastii Sewerów Ulpiana i Paulusa. Wypowiedzi prawników republikańskich nie są dla późnych klasyków materiałem historycznym, lecz aktualnymi twierdzeniami ich nauki; *veteres* uważani są zatem za członków tej samej wspólnoty naukowej i dopuszczani na równych prawach do dyskusji, którą rządzi swoista „zasada współczesności”<sup>19</sup>. To radykalne skrócenie (jeśli nie zupełne zniwelowanie) perspektywy historycznej<sup>20</sup> zostało przez romanistykę dostrzeżone nie dzisiaj. Już przed stu laty Pernice stwierdził dowcipnie, że niektóre passusy Ulpiana, w których przytacza on na poparcie

<sup>17</sup> Oprócz źródeł, którymi zajmujemy się dokładniej w tekście por. np. Ulp. D.30, 30,7 (Gallus Aquilius, Ofilius, Trebatius); Paul. D.25,2,3,3 i Ulp. D.44,4,4,6 (Ofiliusz); Ulp. D.43,24,1,7 (Casellius et Trebatius); Ulp. D.40,7,3,12 (Trebacjusz); Ulp. D.2,14,7,14; D.17,1,10,9; D.39,2,15,33; D.47,2,23; Marci. D.32,65 pr (Labeo); Paul. D.38, 1,18/20pr i Ulp. D.39,3,6pr (Sabinus); Paul. D.5,1,26 i D.10,2,44,7 (Kasjusz); Ulp. D.7,8,10,2 i D.32,49,6 (Prokulus) itd.

<sup>18</sup> O tak rozumianym pojęciu presupozycji J. Woleński, *Z zagadnień analitycznej filozofii prawa*, Warszawa—Kraków 1980, s. 51–52; por. też A. Carcatterra, *Semantica degli enunciati normativo-giuridici romani*, Bari 1972, s. 47–48.

<sup>19</sup> M. Talamanca, *Per la storia della giurisprudenza romana*, BIDR 80, 1977, s. 266–267 („principio di contemporaneità”). Oznacza to, że rzymskie *ius controuersum* ma wymiar nie tylko synchroniczny, ale i diachroniczny: por. M. Kaser, *Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung*, Wien 1972, s. 21.

<sup>20</sup> Według określenia F. Schulza, *Prinzipien des römischen Rechts*, München—Leipzig 1934, s. VIII „brak poczucia odległości”. Zbyt „eufemistyczna” jest może formuła A. Schiavone, *Studi sulle logiche dei giuristi romani*, Napoli 1971, s. 44 uw.: „lo specifico tempo storico della scienza giuridica romana”.

własnego poglądu opinie wczesnych klasyków, np. Labeona czy Sabinusa, robią wrażenie jakoby współczesny prawnik posłużył się argumentem: „Dokładnie tego zdania co ja jest Kujacjusz”<sup>21</sup>. W świetle tej uderzającej homogeniczności całej jurysprudencji rzymskiej, zarówno przedklasycznej, jak i klasycznej, ongiś bardzo popularna a dziś cytowana tylko jako kuriozum analogia między metodą prawników rzymskich a geometrią<sup>22</sup>, nie wydaje się całkiem pozbawiona sensu. Jej twórca Leibniz, zaliczając *doctrina iuris* do nauk nie empirycznych, lecz dedukcyjnych, przypisał jej prawdom ponadczasowy charakter (*harum scientiarum decreta aeternae veritatis esse*)<sup>23</sup>. Oczywiście teoretycy nauki i prawa powiedzą, że teza ta jest błędna: jurysprudencja nie jest nauką czyisto dedukcyjną, a odkrywane przez nią prawdy — tak jak prawdy naukowe w ogóle — nie są absolutne i ponadczasowe. Na diagnozie takiej nie może jednak poprzestać historyk: fakt, że zarówno przez prawników rzymskich jak i przez późniejszych prawdy te uważane były za równie oczywiste i stabilne, niezależne od wyznaczników czasowo-przestrzennych, jak aksjomaty i oparte na nich twierdzenia geometrii — jako fakt historyczny — domaga się historycznej analizy. Można przy tym założyć z góry, że przyczyny tego szczególnego podejścia do rzymskich prawd prawniczych będą w obrębie rzymskiego „Juristenrecht” inne niż w średniowieczu i czasach nowożytnych, kiedy obowiązywały one bądź jako *ratio scripta*, bądź bezpośrednio z mocy decyzji władzy. Prawnicy rzymscy dalecy są przecież od „uniżonego kultu autorytetów” i uważają się nawzajem za „mniej więcej równych”<sup>24</sup>.

Analiza nasza przyjmuje za punkt wyjścia wspomnianą już formułę platońsko-arystotelesowską: stabilność twierdzeń danej dziedziny wiedzy zależy od jej przedmiotu lub raczej — biorąc pod uwagę obiekty wielu nowoczesnych filozofii nauki wobec możliwości bezpośredniego dostępu do „przedmiotu” — od sposobu ujmowania go przez badacza. Na pytanie, co prawnicy rzymscy uważali za przedmiot jurysprudencji, udzielić możemy w niniejszych ramach jedynie prowizorycznej odpowiedzi. Stabil-

<sup>21</sup> *Ulpian als Schriftsteller*, Berlin 1885, ale cyt. według przedruku w: Labeo 8, 1962, s. 382.

<sup>22</sup> W tym duchu Horak, o.c. (uw. 8), s. 68<sup>18</sup> na temat La Piry; jednak por. (poza autorami cyt. przez Horaka) B. Biondi, *Scritti giuridici* 1, Milano 1965, s. 182, 325–326; S. Riccobono, *Iurisprudentia*, NNDI 9, 1965, s. 365; G. Brogini, *Coniectanea*, Milano 1966, s. 328 („mathematische Sicherheit”).

<sup>23</sup> *Elementa iuris naturalis*, w: *Sämtliche Schriften und Briefe* VI, 1, s. 460; por. M. Bretone, *Quaderni Fiorentini* 9, 1980, s. 205–206. Jeszcze wcześniej analogia ta pojawia się — jednak bez związku z prawem rzymskim — u Grocjusza (J. Zajądło, *Problem rozumowania more geometrico w filozofii państwa i prawa Grocjusza*, *Studia Filozoficzne* 2–3, 1985, s. 191–204).

<sup>24</sup> Tak trafnie F. Schulz, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961, s. 147. Obszerniej na ten temat T. Giaro, *Prawda i autorytet w jurysprudencji klasycznej*, w: *Zeszyty Naukowe UJ, Prace prawnicze* (w druku).

ność reguł sugerować mogłaby na pierwszy rzut oka, że chodzi tu o niezmienne *ius naturale*, które według określenia Paulusa (D.1,1,11) jest *semper aequum ac bonum*<sup>25</sup>. Doniosłość wątków prawno-naturalnych w rzymskiej myśli prawniczej trudno przecenić, jednak z drugiej strony nie ulega wątpliwości, że głównym przedmiotem jej zainteresowania jest norma obowiązująca *hic et nunc*. Jej stabilność ma swoje, daleko mniej metafizyczne przyczyny, które przeanalizujemy osobno dla tzw. prawa stanowionego i dla „Juristenrecht”. Już teraz chcielibyśmy jednak zasygnalizować, że szczęśliwa recepta jurysprudencji klasycznej sprowadza się do trzymania się z dala od dwu teoretycznie możliwych, lecz równie zgubnych dla „naukowości” dogmatyki ekstremalnych postaw: tępego, opartego na kulcie ustawy, pozytywizmu prawniczego oraz „realizmu”, uznającego za przedmiot jurysprudencji wyłącznie faktyczne zachowanie biorących udział w procesie realizacji prawa osób.

Kult ustawy, czy szerzej — prawa stanowionego, nie rozwinął się wśród prawników rzymskich z przyczyn dość oczywistych. Prawo stanowione normuje w systemie rzymskim tylko niewielką część *universum* prawnie doniosłych zachowań<sup>26</sup>; w niewielkim tylko stopniu może być ono zatem wykorzystywane jako instrument osiągania doraźnych celów politycznych. Prawo prywatne formuje się i ewoluje powoli i stopniowo, w sposób — *sit venia verbo* — naturalny i organiczny. Słaba aktywność czy wręcz inercja ustawodawcy stwarza stałe zapotrzebowanie na dyskretne, „prawie niedostrzegalne”<sup>27</sup> modyfikowanie i modernizowanie obowiązującego *ius civile* przez pretorów. Interweniują oni co prawda nieraz dość energicznie, jednak właściwy edyktowi — stojącemu na pograniczu prawotwórstwa i wymiaru sprawiedliwości<sup>28</sup> — status „prowi-

<sup>25</sup> Interpretacja C. A. Maschi, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano 1937, s. 204, według której *semper non vuol dire eterno, ma diritto che sempre, nelle varie epoche storiche, risponde all'aequitas* wydaje się cokolwiek naciągana; trafnie natomiast W. Waldstein, *Entscheidungsgrundlagen der klassischen römischen Juristen*, ANRW II, 15, 1976, s. 83.

<sup>26</sup> Skromne rozmiary ustawodawstwa rzymskiego są rzeczą notoryczną: Schulz, *Prinzipien*, s. 4-9; tenże, *Geschichte*, s. 71-72, 362; V. Arangio-Ruiz, *Storia del diritto romano*, Napoli 1957, s. 129-133, 136-141; M. Villey, *Seize essais de philosophie du droit*, Paris 1969, s. 280; M. Kaser, *Ausgewählte Schriften* 1, Cernino 1976, s. 10, 30-32, 185, 197; K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie*, Warszawa 1978<sup>3</sup>, s. 36; M. Ducos, *Les Romains et la loi*, Paris 1984, s. 28-31.

<sup>27</sup> Trafne wyrażenie F. Schwinda, *Der Geltungsbegriff bei den römischen Volksschlüssen*, w: Studi Solazzi, Napoli 1948, s. 776 uw. 34.

<sup>28</sup> Por. L. Vacca, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*<sup>2</sup>, Milano 1982, s. 170 i uw. 15; ostatnio dogłębnie M. Kaser, *Ius honorarium und ius civile*, ZSS 101, 1984, s. 10-11, który broni prawnego charakteru *ius honorarium* przeciw tezie Wlassaka o *Beamtenwillkür*. Jednak „eksperymentalny” charakter nowych edyktów i szeroki zakres swobodnego uznania pretora również w odniesieniu do starych jest chyba bezsporny (Schulz, *Prinzipien*, s. 121; *Geschichte*, s. 71-72; Kaser, *Ausgewählte Schriften* 1, s. 30, 32).

zoryczności" (*lex annua*) działa jako wentyl bezpieczeństwa: edykt obowiązuje tylko tak długo, jak długo trwa kadencja pretora, który go wydał, a następca przejmie tylko te rozwiązania, które sprawdziły się w praktyce. W tej sytuacji ani sporadyczne i fragmentaryczne *leges*, ani wyrosłe z doraźnych zaleceń dla urzędników senatuskonsulta, ani wciąż nawarstwiający się w sposób „aluwialny” edykt, ani wreszcie oscylujące między normą generalno-abstrakcyjną i indywidualno-konkretną rozporządzenia cesarskie<sup>29</sup> nie mogły pełnić — jak będzie chciał w XVI w. w odniesieniu do ustaw Gammarus — funkcji *prima principia, quae in qualibet scientia pro claris et veris ponuntur*<sup>30</sup>. Jurysprudencja rzymska jest zatem w swym poszukiwaniu prawdy zdana przede wszystkim na siebie samą. Przesłanek długowieczności rzymskich prawd jurysprudencyjnych należy więc szukać w specyficznych mechanizmach rozwojowych rzymskiego „Juristenrecht”.

Tak jak ustawodawca, który z reguły nie uchyla raz wydanych ustaw, nawet wtedy, gdy stały się one już anachroniczne, lecz pozwala im się powoli zdezaktualizować, również rzymskie Juristenrecht „nie czyni skoków”. Powolnemu rytmowi rozwoju prawa stanowionego odpowiada kumulatywny charakter postępu w dziedzinie jurysprudencji. Nie musimy wdawać się tu w dyskusję, czy przejęcie na przełomie II i I w. p.n.e. metod grecko-hellenistycznej dialektyki stanowiło „rewolucję naukową”, czy też określenie takie jest w tym wypadku zbyt „mocne”, nawet bowiem w razie zaakceptowania pierwszej koncepcji<sup>31</sup> należałoby uznać, że była to rewolucja, w wyniku której jurysprudencja dopiero ukonstytuowała się jako nauka. Cały dalszy rozwój jest w każdym razie kumulatywny. Polega on na dokładaniu coraz nowych cegiełek do wolno rosnącej budowli (a może lepiej: na dosypywaniu pojedynczych ziaren do stosu): nawet ci, których określamy jako największych innowatorów: Labeo, Celsus, Julian, nie są bynajmniej autorami „przewrotów kopernikańskich”. Śmieiej sięgają oni do analogii czy *reductio ad absurdum*, częściej decydują przeciw literze edyktu czy ustawy itp., wszystko to nie wykracza jednak poza ramy panującego paradygmatu naukowego. *Purgatio morae* zaproponowana przez młodego Celsusa

<sup>29</sup> Stopień ich normatywności wymyka się w związku z tym ścisłym definicjom (Kaser, o.c., s. 183 - 185; D. Nörr, *Zur Reskriptenpraxis in der hohen Prinzipatszeit*, ZSS 98, 1981, s. 37 - 45, szczeg. uw. 113 i 117); dotyczy to zresztą w zasadzie wszystkich — poza *lex publica* — źródeł prawa, które uzyskują tę rangę stopniowo, „indukcyjnie”: proponuje się zatem stosowanie „stopniowalnego” pojęcia obowiązywania (Horak, rec. z pracy Vacca cyt. wyż. uw. 28, Iura 27, 1976, s. 148 - 149).

<sup>30</sup> Gammarus, *De extensionibus*, cyt. według M. Herberger, *Dogmatik*, Frankfurt a.M. 1981, s. 216.

<sup>31</sup> Wcześniejsze zastrzeżenia Wieackera, co do tezy Steina o „scientific Revolution” zostały obecnie (F. Wieacker, *Ausgewählte Schriften* 1, Frankfurt a.M. 1983, s. 159 i uw. 31) przynajmniej częściowo wycofane.



(Paul D.45,1,91,3) „zrewolucjonizowała” zapewne w jakimś zakresie — z praktycznego punktu widzenia — instytucję zwłoki dłużnika, jednak widziana w szerszym kontekście historycznym stanowi tylko drobny krok na drodze rozszerzania argumentacji *ex bono et aequo*, dobrze znanej jurysprudencji już w okresie Republiki. To samo można powiedzieć o innych innowacjach prawnych, których nie jesteśmy tu w stanie analizować. Informacje o nich przekazywane są często w źródłach anonimowo, jeśli zaś z podaniem autora, to w wielu wypadkach nieściśle<sup>32</sup>; uderza przy tym — mimo ogromnej liczby kontrowersji merytorycznych — zupełny brak tak charakterystycznych dla nauki nowożytnej sporów o pierwszeństwo w sformułowaniu tego czy innego twierdzenia. Oryginalność nie jest wartością, która byłaby u prawników klasycznych w szczególnej cenie<sup>33</sup>. Na jednolitość całej jurysprudencji rzymskiej, od Katonów do Ulpiana i Paulusa, na nieprzerwaną ciągłość tradycji naukowej, na „Periodenlosigkeit” historii rzymskiej nauki prawa zwracano już niejednokrotnie uwagę<sup>34</sup>. Znajduje ona zresztą wyraz w bezzadności naszej terminologii: „prawnicy przedklasycy”, „wcześni klasycy”, Hochklassiker „późni klasycy” — uderzające są sterylność treściowa i czysto chronologiczny charakter tych podziałów, przypadających przecież na ponad trzy wieki rozwoju jurysprudencji rzymskiej. Wszystkie te *libri ad...* i *... ex...*, *epitomae* i *notae*, którymi zaszczycono zresztą często również prawników nie należących do wielkości pierwszego rzędu, jak Vitellius, Plautius, Urseius Ferox czy Minicius<sup>35</sup>, a także i treść dzieł nie uzewnętrzniających w tytule swej zależności od prac poprzedników, ale niewątpliwie w dużym stopniu na nich wzorowanych czy też wręcz partiami odpisywanych, świadczą o tym, że prawnik rzymski uważa się raczej za kontynuatora niż za rewolucjonistę, że postęp nauki widzi on raczej w drobnych korekturach i „niedo-

<sup>32</sup> Ulp. D.7,1,13,3 sugeruje, że o palmę pierwszeństwa za wprowadzenie *actio communi dividundo utilis* ubiegać się mogą tylko Celsus i Julian, jednak już sam Julian D.43,20,4 mówi *plerisque placuit*, a na podstawie Paul. D.45,3,32 można myśleć konkretniej o działającym w epoce Wespazjana Plaucjuszu.

<sup>33</sup> Tak trafnie Schulz, *Prinzipien*, s. 72-73; *Geschichte*, s. 147-148 („Zurückhaltung der wissenschaftlichen Individualität”). Określenie prawników rzymskich przez Savigny’ego jako *personae fungibiles* — wzięte dosłownie oczywiście przesadne — trafnie charakteryzuje istotę rzymskiego modelu jurysprudencji, uprawianej — w przeciwieństwie np. do retoryki czy filozofii — jako naukowa dyscyplina techniczno-specjalistyczna.

<sup>34</sup> Zob. tylko S. Riccobono, *Scritti di diritto romano* 1, Palermo 1957, s. 123, 173, 175; E. Rabel, *Gesammelte Aufsätze* 4, Tübingen 1971, s. 7-8; Schulz, *Prinzipien*, s. 72; *Geschichte*, s. 118; Schiavone, loc. cit. (uw. 20); Bretone o.c. (uw. 16), s. 352.

<sup>35</sup> Zbiorcza analiza tego typu komentarzy u Schulza, *Geschichte*, s. 252-281; ostatnio U. Manthe, *Die libri ex Cassio des Iavolenus Priscus*, Berlin 1982, s. 32-37.

strzegalnym dopasowywaniu" niż w burzeniu i tworzeniu wszystkiego *ex nihilo*. Zastąpmy w słynnej wypowiedzi Katona — Cyserona (*de re publica* 2,2): „nasze państwo stworzone zostało nie przez geniusz jednostki, lecz przez wielu genialnych ludzi i było budowane nie na przetrznię jednego życia, ale przez kilka wieków” wyraz „państwo” przez „prawo”, czy może lepiej „jurysprudencja”, a będziemy mieli wierny obraz jej rozwoju.

Oczywiście zamiast wolt i chybionych pomysłów ustawodawcy zagrażają tego typu systemowi nieodpowiedzialne, ekstremalne koncepcje prawników. Jednak mechanizm formowania się Juristenrecht jest przeciw nim w sposób naturalny immunizowany, bo opinia tego czy innego — nawet cieszącego się dużym autorytetem — prawnika, sama przez się nie tworzy prawa<sup>36</sup>. Dzięki temu mechanizm rozwojowy Juristenrecht jest identyczny z mechanizmem formowania się prawa zwyczajowego: początkowo chaotyczna praktyka przeradza się stopniowo w obowiązującą *communis opinio*. Ponieważ definitywna recepcja pewnej propozycji dogmatycznej jako wiążącej normy następuje w chwili, gdy sytuacja do tego dojrzała, a zatem gdy trafność rozstrzygnięcia wydaje się już wszystkim oczywista, jurysprudencji rzymskiej nie znana jest właściwie na szerszą skalę sytuacja niedopasowania kategorii dogmatycznych do obowiązującego stanu prawnego. Naturalnie okres czasu upływający od zgłoszenia propozycji do jej powszechnej akceptacji może być dowolnie krótki. Wybitny prawnik — trafnie interpretując aktualne tendencje ewolucji prawa — formułuje prawdy, na których przyjęcie *communis opinio* jest przygotowana, które — mimo że nikt ich dotąd wyraźnie nie sformułował — „wiszą w powietrzu”. Żadna z osób bezpośrednio zainteresowanych jego opinią, w szczególności strony procesowe czy sędzia, nie oczekują odeń dyktowania nowych reguł (co więcej: wydaje się, że taka „ekstrawagancja” nie byłaby tolerowana), lecz stwierdzenia, jakie prawo w danym wypadku obowiązuje. Również koledzy — prawnicy mogą być spokojni, że żadne jego pociągnięcie piórem nie zamieni ich bibliotek w makulaturę. Pełni on raczej — by użyć metafory sokratejskiej — skromną rolę akuszerki w stosunku do rodzących się w sposób niejako naturalny prawd prawniczych. Wszystko to pomaga, być może, zrozumieć, dlaczego rzymska ideologia prawnicza zdaje się akcentować moment opisowy działalności jurysprudencyjnej na niekorzyść normatywnego, deklaratywny na niekorzyść konstytutywnego, poznawczy na niekorzyść twórczego itd., dlaczego istnieje tendencja do uznawania ustalonej przez prawnika normy — zapewne w określonym zakresie

---

<sup>36</sup> Tak trafnie U. v. Lübtow, *Miscellanea*, w: *Studi Arangio-Ruiz* 2, Napoli 1953, s. 357 - 358; F. Gallo, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto*, Torino 1971, s. 1 - 3, 22 - 23, 78 - 79 i passim.

fikcyjnie — za obiektywnie istniejącą już przed jej sformułowaniem<sup>37</sup>, dlaczego wreszcie czyni się — inaczej niż we współczesnej dogmatyce prawniczej — tak szeroki użytek z kryteriów prawdziwościowych.

Nasze modernizujące źródła, które prawników zmarłych przed dwoma, trzema stuleciami traktują jako współobecnych przy aktualnej dyskusji jurysprudeneyjnej, określając ich poglądy jako prawdziwe lub fałszywe, mogą — zdaje się — postawić w nowym świetle dość już skądinąd wyeksploatowany przez romanistykę problem świadomości historycznej prawników klasycznych. Referowanie całej dyskusji nie wydaje się potrzebne: wystarczy zaznaczyć, że naszym zdaniem Schulz ze swoim *Ausschluss der Rechtsgeschichte* trafnie uchwycił istotę zjawiska, choć — zgodnie ze swym stylem — zbyt jaskrawo tezę tę sformułował<sup>38</sup>, a także powierzchownie i tendencyjnie zinterpretował to czy owo źródło<sup>39</sup>. Oczywiście pytanie, czy ziomkowie i współcześni Liwiusza i Tacytyta w ogóle mieli świadomość historycznej zmienności prawa, byłoby naiwne. Istnieje dosyć dowodów na to, że juryści rzymscy, dostrzegali nie tylko jego dzień terażniejszy, lecz także *origo atque processus*. Wystarczy wspomnieć pojawiające się u nich niekiedy wzmianki o dawniejszych uregulowaniach prawnych<sup>40</sup>, aluzje do możliwości, a nawet konieczności zmiany stanu prawnego<sup>41</sup>, wreszcie uznanie za niezbędne zamieszczenia w niektórych dziełach wstępów historycznych<sup>42</sup>. Wszyst-

<sup>37</sup> Por. co do tego ostatniego punktu Kaser, *Mores maiorum und Gewohnheitsrecht*, ZSS 59, 1939, s. 59; Arangio-Ruiz, o.c., (uw. 26), s. 132, 277; P. De Francisci, *Arcana imperii*, III, 1, Milano 1948, s. 148-9, 155, 157; P. Stein, *Regulae iuris*, Edinburgh 1966, s. 38, 45, 47-48; tenże, *The two schools of jurists*, CLJ 31, 1972, s. 12; Vacca, o.c. (uw. 28), s. 177 uw.; O. Behrends, rec. z pracy Vacca, ZSS 96, 1979, s. 381, 385.

<sup>38</sup> *Prinzipien*, s. 69; *Geschichte*, s. 85, 158-159; za nim np. Horak, o.c., (uw. 8), s. 184 i D. Medicus, *Der historische Normzweck bei den römischen Klassikern*, w: Studien Kaser, Berlin 1973, s. 79-80 (z dalszą lit.), contra — różnicując i problematyzując — Nörr, *Pomponius oder „Zum Geschichtsverständnis der römischen Juristen“*, ANRW II, 15, 1976, s. 498-499 (z dalszą lit.: adde A. A. Schiller, *An American Experience in Roman Law*, Göttingen 1971, s. 223-224 i Gallo, e.c., s. 85-91).

<sup>39</sup> Dotyczy to szczególnie Gell. 16,10, co do którego zob. już zastrzeżenia Schillera, loc. cit. i teraz b. wszechstronnie Nörr, *Der Jurist im Kreis der Intellektuellen*, Festschrift Kaser, München 1976, s. 57-90.

<sup>40</sup> Gai 1, 110-112 (*olim — nostris temporibus*), 1, 184 (*olim — sed post sublatis legis actiones*); olim odnosi się do epoki procesu legisakcyjnego również w Gai 4,82; 4, 94 i 108; 2, 103 i 2,142-143 (*olim — nunc*); 2, 40; 2, 54 i 224-226; 3, 40-44 (*olim — postea*), 3,223-224 (*illis temporibus — sed nunc*); Paul. D. 18,1,1 pr-1 (*olim — hodie*), D.50,16,144 (*apud antiquos — nunc*).

<sup>41</sup> Ven. D.45,1,137,6 (*ius mutari potest*) i — co do konieczności — Pomp. D.1,2,2,5; § 9 i 11 (zob. Nörr, *Pomponius*, s. 568).

<sup>42</sup> Gai D.1,2,1 (*necessario... ab urbis initis repetendum existimavi*); Pomp. D.1,2,2,pr (*necessarium... videtur ipstus iuris originem atque processum demon-*

kie te — skrzętnie rejestrowane przez krytyków Schulza — przejawy świadomości historyczności zjawisk prawnych nie są jednak w stanie podważyć ogólnego wrażenia, że metoda prawników rzymskich jest zasadniczo ahistoryczna. Można bowiem mieć świadomość czegoś, a jednak nie podnosić jej do godności odrębnej metody poznania prawa, a nawet — jednego ze składników rozumianej jako złożona całość „metody prawniczej”. Nie od rzeczy będzie może podkreślić, że historyzm rozumiany w znaczeniu relatywistycznym<sup>43</sup>, czyniąc z uwarunkowań historycznych klucz do zrozumienia „morfologii” wszystkich zjawisk społecznych, w tym i prawnych, był antykowi zupełnie obcy<sup>44</sup>. Wśród konkretnych przejawów ahistoryczności jurysprudence rzymskiej należy wymienić na pierwszym miejscu fakt, że poświęca ona historycznemu poznaniu prawa prywatnego i — tym bardziej — refleksji nad tym poznaniem bardzo niewiele miejsca<sup>45</sup>. Dalej, rzadkie wypowiedzi mówiące o konieczności rozpoczynania wykładu „od początku” robią wrażenie stereotypowych, retorycznych deklaracji<sup>46</sup>, pochodzą od jurystów, którzy — jak Gajusz i Pomponiusz — nie należą do rasowych dogmatyków-praktyków i zamieszczane są w pracach o charakterze dydaktycznym<sup>47</sup> lub dotyczą-

---

*strare*; cały długi fr. D.1,2,2 jest prawdopodobnie tylko „wstępem historycznym” do właściwego podręcznika: Nörr, o.c., s. 516 - 517); Char. D. 1,11,1pr (*breviter commemorare necesse est, unde constituendi praefectorum praetorio officii origo manaverit*); por. też Ulp. D.1,13,1 i Paul. D.1,15,1/3pr.

<sup>43</sup> Por. tylko S. Swieżawski, *Zagadnienie historii filozofii*, Warszawa 1966, s. 245 - 247; J. Topolski, *Metodologia historii*<sup>2</sup>, Warszawa 1973, s. 119 uw.

<sup>44</sup> S. Mazzarino, *Il pensiero storico classico* 1, Bari 1966, s. 368 - 369. Wystarczy wspomnieć o pragmatyzmie i „uwspółcześnianiu” przeszłości przez „profesjonalną” historiografię rzymską (Nörr, o.c., s. 580, 593).

<sup>45</sup> Tak trafnie R. Orestano, *Diritto. Incontri e scontri*, Bologna 1981, s. 344; inaczej Nörr, o.c., s. 506, który nieliczne wzmianki, przede wszystkim u prawników końca Republiki i początku Pryncypatu, skłonny jest traktować jako „Indizien für ein weit reicheres Material”. Jednak obok pracy Serwiusza o Ustawie XII Tablic granice okazjonalnej wzmianki przekraczać mogły — na ile można sądzić z zachowanego materiału (F. P. Bremer, *Iurisprudentia antehadriana* 1, Lipsiae 1896, s. 226 - 228), chyba tylko jego dygresje antykwaryczne w dziele *De dotibus*.

<sup>46</sup> Dotyczy to szczególnie *laus praefationis* Gaiusa, którą sam autor wyraźnie oddziela od *materia interpretationis*: jej tradycyjno-retoryczny charakter podkreślają Schulz, *Geschichte*, s. 230; A. M. Honoré, *Gaius*, Oxford 1962, s. 105 - 106; Nörr, o.c., s. 581 uw. 373; inaczej jednak A. Carcaterra, *Le definizioni dei giuristi romani*, Napoli 1966, s. 211. W twierdzeniu Gaiusa, że najważniejszą częścią każdej rzeczy jest jej początek, dopatruje się Honoré, loc. cit., wpływu filozofii Arystotelesa (Pol. 1252a24), jednak chodzi tu o zwykłe przysłowie, jako takie przytoczone już przez samego Arystotelesa, *Soph. el.* 34 (183b22 - 23).

<sup>47</sup> Taki charakter można chyba za Honoré, o.c., s. 71, 96, 106 i G. Dióssdi, *Gaius der Rechtsgelehrte*, ANRW II, 15, 1976, s. 614, przypisać również komentarzowi do Ustawy XII Tablic Gaiusa. Po zdradzającym zamiłowaniem do *antiquitates* Labeonie żaden inny klasyk nie napisał komentarza do tej ustawy (Schulz, *Geschichte*, s. 229 - 230). O Gajuszu i Pomponiuszu jako prawnikach „akademic-

cych prawa publicznego, którego historyczna zmienność jest faktem zbyt rzucającym się w oczy, by mógł pozostać nie dostrzeżony. Głównemu nurtowi literatury prywatnoprawnej są takie *praefationes* historyczne zupełnie obce. Trudno wyobrazić je sobie na początku *Digestów* Juliana czy Celsusa lub — powiedzmy — *Quaestiones* Scaevoli czy Papiniana. Tym bardziej są one nie na miejscu w działalności respondencyjnej, która przynajmniej do epoki hadriańskiej stanowiła rdzeń jurysprudencji<sup>48</sup>. Łatwo sobie przedstawić zniecierpliwienie interesantów, którzy przed uzyskaniem konkretnej odpowiedzi *quid iuris* musieliby wysłuchać wywodu o rozwoju historycznym danej kwestii *ab urbis initiiis*. Kazyistyka i będąca jej produktem tzw. literatura problemowa nie znoszą historiografii: pojawia się ona w pewnym zakresie dopiero wtedy, gdy pojawia się systematyczny podręcznik. Rudymenarny charakter prywatnoprawnej „historiografii” prawników klasycznych nie przesądza oczywiście sam przez się o tym, że nie mieli oni świadomości historyczności prawa<sup>49</sup>, która może się doskonale przejawiać również niezależnie od enuncjacji programowo-teoretycznych czy wyraźnych ekskursów historycznych<sup>50</sup>, w codziennej, operacyjnej działalności prawników<sup>51</sup>.

Jednak właśnie w tej dziedzinie widać wyraźnie, jak dogmatyczny punkt widzenia deformuje świadomość historyczną klasyków: jest ona dychotomiczna, zna wyłącznie z jednej strony *olim*, *tunc* czy *primum*, a z drugiej *hodie*, *nunc* czy *postea*. Rozpływanie się historii w nieprecyzyjnym *olim* wynika stąd, że termin ten wskazuje na prawo już nie obowiązujące i jako takie nie przedstawiające dla prawnika klasycznego w zasadzie żadnej wartości (Ulp.D.9,2,1 pr: *quas leges nunc referre non est necesse*). Wspomniana dychotomia dzieli kontinuum procesu rozwojowego prawa na dwa sektory, których granice należy z punktu widzenia historii ogólnej ocenić jako zupełnie arbitralne. Historia prawa musi oczywiście wyznaczać swój zakres według własnej specyfiki; w szczególności trudno w zasadzie kwestionować prawidłowość linii demarkacyjnej między historią a dogmatyką opartej na kryterium obowiązywania.

---

kich” J. Kodrębski, *Gaius i Pomponiusz jako nauczyciele prawa rzymskiego*, ZN UŁ, Nauki Hum.-Społ. I, 108, 1976, s. 15 - 28.

<sup>48</sup> Dzielą tę epokę są: biurokratyzacja jurysprudencji, kodyfikacja edyktu oraz intensyfikacja praktyki reskryptowej. O nieprzychylnym nastawieniu Hadriana wobec autonomii jurysprudencji Nörr, *Pomponius*, s. 575 - 576.

<sup>49</sup> Por. rozróżnienie Orestano, o.c., między „storiografia” i „coscienza della storicità del diritto” (s. 339 - 342, 344 - 345) i aprobującą Nörr, o.c., s. 501 uw. 14.

<sup>50</sup> Z drugiej strony, dopatrywanie się przejawów „concezione storica” prawa również tam, gdzie brak jakichś wyraźniejszych aluzji do przeszłości, pociąga za sobą niebezpieczeństwo zbyt szerokiego ujęcia: np. dla Orestano, o.c., s. 340, 343, 345 historycznym pojmowaniem prawa jest każde, które nie da się zakwalifikować jako teokracja lub abstrakcyjny racjonalizm (prawo natury).

<sup>51</sup> Wypada zgodzić się z Nörrem, o.c., s. 507, że jest to najbardziej interesujące pole badania świadomości historycznej prawników rzymskich.

Jednak dla klasyka prawo obowiązujące sięga w wielu przypadkach (Ustawa XII Tablic, *lex Aquilia*, *lex Cincia* itd., nie mówiąc już o normach zwyczajowych) dość odległych czasów republikańskich. O takich normach nie mówi się nigdy *olim*: ponieważ prawo obowiązujące traktuje się jako jedność<sup>52</sup>, należą one do prawniczej teraźniejszości (*nunc*). „Stare” jest tylko to, co już nie obowiązuje, podczas gdy to, co obowiązuje, jest zawsze „nowe”, nawet gdyby nie było nim już w płaszczyźnie chronologicznej<sup>53</sup>. To skądinąd nieuniknione potraktowanie całego prawa obowiązującego jako jedności jest przyczyną zaskakujących z punktu widzenia historycznego ujęć, jak np. określanie dawno uchwalonych ustaw jako „niekoniecznych”, mimo że w chwili ich wydania miały one niewątpliwie istotną funkcję do spełnienia<sup>54</sup>, przypisywanie pierwszeństwa historycznego kategoriom pierwotnym tylko w sensie logicznym<sup>55</sup>, stosowanie — często fikcyjnych — etymologii jako argumentu na rzecz określonej regulacji prawnej<sup>56</sup>, niechronologiczne cytowanie<sup>57</sup> itp. W ramach szeroko pojętego prawa obowiązującego wszystko rozgrywa się zatem dla klasyków w czasie teraźniejszym: Ulpian przedstawia dawno rozstrzygnięte spory tak, jakby były nadal aktual-

<sup>52</sup> Schulz, *Prinzipien*, s. 69; v. Lübtow, *Das römische Volk*, Frankfurt a.M. 1955, s. 565; Kaser, rec. z pracy Maschi, *Il diritto romano*, I<sup>2</sup>, ZSS 86, 1969, s. 506.

<sup>53</sup> *Leges Iulia* i *Papia* są dla Ulpiana (D.34,7,5), w dwieście lat po ich promulgacji, *novae leges* (por. G. Grosso, *I legati nel diritto romano*<sup>2</sup>, Torino 1962, s. 309). O *novae leges* w Pomp. D.38,16,11 Nörr, o.c., s. 582 uw. 382. Tamże 499-500 o szerokim zakresie prawniczej „teraźniejszości”.

<sup>54</sup> Gai 3,215-6; Pomp. D.49,15,5,3; por. też Lab.-Ulp. D.47,10,15,26 i do wszystkich tych tekstów Nörr, *Rechtskritik in der römischen Antike*, München 1974, odpowiednio s. 95, 104, 109. Zwróćmy uwagę, że wszystkie te — już nie tylko ahistoryczne, lecz jaskrawo anachroniczne — oceny pochodzą od jurystów znanych skądinąd jako miłośnicy *antiquitates* czy heroldowie „historii prawa”.

<sup>55</sup> Znowu Gaius D.41,1,1pr (*et quia antiquius ius gentium cum ipso genere humano proditum est, opus est, ut de hoc prius referendum sit*), por. Nörr, *Rechtskritik*, s. 97<sup>54</sup> i L. Lantella, *Il lavoro sistematico nel discorso giuridico romano*, Torino 1975, s. 256-265. „Historia” jest tu zdeterminowana przez abstrakcyjne rozumowanie dedukcyjne: *ius gentium*, jako prawo używane przez wszystkie narody (Gai 1,1), musi być tak stare, jak rodzaj ludzki.

<sup>56</sup> Dogmatyczny charakter etymologii prawników rzymskich jest notoryczny: por. tylko Riccobono, o.c., (uw. 22), s. 365-366; A. Biscardi, *Appunti sulle garanzie reali in diritto romano*, Milano 1976, s. 146. Można tu też przytoczyć pogląd Alfenusa Varusa, który — mimo że *rerum antiquarum non incuriosus* (Gell. 7,5,1) — wyjaśniał archaiczne słowo „putum” (Bremer, o.c., s. 287, 322, 330) nie „historycznie”, lecz „racjonalnie”, mianowicie na podstawie (fałszywej, jak wykazuje Gelliusz §§ 2-10) analogii.

<sup>57</sup> Paul. D.2,14,27pr (*Neratius Atilicinus Proculus... idem Labeo*), Ulp. D.24,1,32,27 (*Julianus... sed est verius quod Labeoni videtur et a nobis et a Papiniano probatum est*), Pomp. D.30,45pr (*Neratius et Aristo et Ofilius*) itd.

ne<sup>58</sup>. Prace klasyków nie są historyczne ani w układzie, ani w treści: Ulpiański komentarz do edyktu<sup>59</sup> — mimo że stanowi właściwie zlepek pochodzących z różnych epok cytatów — nie zmierza do zobrazowania rozwoju historycznego interpretacji poszczególnych klauzul czy zastosowanych w nich terminów. Obraz taki należy sobie zrekonstruować na własną rękę, a nawet wbrew autorowi<sup>60</sup>.

Typowym dla współczesnej dogmatyki obszarem styku z historią prawa jest tzw. genetyczny kanon wykładni, zmierzający — w odniesieniu do norm prawa stanowionego — do ustalenia woli tzw. historycznego prawodawcy<sup>61</sup>. Prawnik musi się tu zamienić w historyka tym bardziej, im bardziej interesujący go fakt normotwórczy oddalony jest w czasie. Również i tej dziedzinie rzymscy *iuris prudentes* pozostają nieczuli na uroki historii. Pomijając prace o charakterze dydaktycznym można stwierdzić, że geneza instytucji i norm prawnych, nawet gdy wydaje się mieć bezpośredni związek z aktualnym mechanizmem ich funkcjonowania, jest dla nich w zasadzie obojętna. W zakresie wykładni prawa stanowionego oddalającej się od jego litery juryści wyraźnie wolą opierać się na *ratio legis* niż na *voluntas legislatoris*<sup>62</sup>. Przypadki roztrząsania celu historycznego prawodawcy są niezwykle rzadkie i ograniczają się w większości do podania anegdotycznych, jeśli nie wręcz bałamutnych, informacji, które w dodatku nie wykazują związku z konkretnym, dogmatycznym kontekstem argumentacyjnym<sup>63</sup>. To samo do-

<sup>58</sup> D.2,14,10,1 (*quaeritur*); D.15,1,9,6 (*est quaestionis*); D.40,7,3,2 (*quaeritur*); D.43,27,1,2 (*quaeritur et Rutilius att*; *Rutilius* jest z górą 300 lat wcześniejszy od Ulpiana).

<sup>59</sup> Pragmatyzm rzymskich komentarzy prawniczych jest powszechnie znany (por. np. co do późnej klasyki Bretoné, o.c. [uw. 16], s. 149). Komentarz typu filologiczno-historycznego, mający na celu interpretację pojęć, które stały się niezrozumiałe na skutek zmiany tła historycznego, jest literaturze prywatnoprawnej praktycznie obcy. Nie umiając wytłumaczyć dokładnego znaczenia terminu *licium*, składniad historycznie zainteresowany Gaius, autor komentarza do XII Tablic, obraca całą sprawę w śmieszność (Gai 3,193 i o tym Nörr, *Rechtskritik*, s. 94).

<sup>60</sup> Na przykład dla zilustrowania interpretacji występującej w interdykcie *quod vi aut clam* klauzuli *vi factum* Ulpian D.43,24,1,6-9 przytacza w kolejności Pediusza i Pomponiusza (§ 6), dwóch prawników republikańskich Kascelliusza i Trebacjusza (§ 7), współczesnego Pediuszowi Aristona (§ 8) i wreszcie wczesnego klasyka Labeona (§ 9-11).

<sup>61</sup> Wydaje się celowe odróżnienie — jak to czyni Alexy, o.c. (uw. 1), s. 291-294 — kanonu genetycznego od kanonu historycznego, polegającego np. na wskazaniu, że proponowana wykładnia była już w przeszłości stosowana i doprowadziła do niepożądanych skutków. Co do innych klasyfikacji Alexy, o.c., s. 19; E. Bund, *Juristische Logik und Argumentation*, Freiburg i.B. 1983, s. 172-173.

<sup>62</sup> Por. Medicus, o.c. (uw. 38), s. 65-82; także Ducos, o.c. (uw. 26), s. 318 uw. 72 z dalszą literaturą.

<sup>63</sup> Medicus, o.c., s. 60-82. Sceptycyzm Nörra, o.c. (uw. 39), s. 65 (tamże dalsze wskazówki bibliograficzne), co do jego wyników nie wydaje się uzasadnio-

tyczy stereotypowych *laudationes edicti*, sprowadzających się do skąpych, ogólnikowych uwag na temat aktualnego sensu i funkcji poszczególnych tytułów edyktu (Ulp.D.12,1,1 pr: *pauca de significatione tituli*). Pretor jest dla antycznych komentatorów edyktu figurą równie mało zindywidualizowaną jak dla nas dzisiaj „ustawodawca”. Cytaty klauzul edyktalnych poprzedzone są równie monotonnym, co lakonicznym *preator ait...*, nie wiemy zatem który z pretorów, kiedy i dlaczego lub przy jakiej konkretnej okazji wprowadził określone normy do edyktu<sup>64</sup>. Można by powiedzieć, że jak w „kazuistyce” prawników klasycznych rzeczywisty przypadek życiowy poddany zostaje destylacji w abstrakcyjny „stan faktyczny”<sup>65</sup>, również norma edyktalna prezentowana jest w sposób odarty z wszelkiej historycznej konkretności. Wykluczenie głębszych rozważań o „genezie historycznej” należy niewątpliwie do kanonu komentarzy do poszczególnych źródeł prawa stanowionego, w tym szczególnie do edyktu<sup>66</sup>. To samo dotyczy starych republikańskich reguł prawnych, takich jak Katoniana (Cels.D.34,7,1 pr) czy *nemo sibi ipse* (Iul.D.41,3,33,1). Również i w tej dziedzinie interpretacja nosi typowy dla operacyjnej działalności klasyków aktualizujący charakter. Milczą oni o genezie i pierwotnej funkcji reguł powstałych stulecia wcześniej, a nie wygląda na to, by brak odnośnych wypowiedzi można było przypisać „nożyczkom kompilatorów”. Po prostu sprawy te, tak interesujące romanistów, niewiele obchodzą prawników klasycznych, dla których liczy się tylko potraktowana abstrakcyjnie, w oderwaniu od pierwotnego kontekstu społecznego i prawnego, „dyspozycja” reguły. Reguły te, a raczej — ściślej mówiąc — ich sformułowania uznawane są za prawdziwe lub fałszywe *hic et nunc*, tak jakby powstały przed chwilą (Celsus: *quae definitio in quibusdam falsa est*; Julian: *totiens verum est, quotiens*). Mimo pewnej dezorientacji klasyków co do właściwego zasięgu szcze-

---

ny. Jednego z rzadkich przykładów potraktowania analizy woli historycznego ustawodawcy „na serio” dostarcza Celsus w Ulp. D.9,4,2,1, jednak właśnie w tym źródle widać wyraźnie, jak prawnik czyni z historii *ancilla dogmaticae*: por. F. Casavola, *Cultura e scienza giuridica nel secondo sec. d.C.*, ANRW II, 15, 1976, s. 150 - 154.

<sup>64</sup> Por. Schulz, *Prinzipien*, s. 71. Wyjątki, np. Ulp. D.4,6,26,7 (*Gaius Cassius nominatim edicebat*), Marcell. D.37,8,3 (*caput edicti a Juliano introductum*), Ulp. D.38,2,1,1 (*primus praetor Rutilius edixit*), potwierdzają regułę. Niewiele mówi oczywiście fakt, że niektóre środki prawne *ius honorarium*, jak np. *actio Publiciana*, noszą nazwę pochodzącą od imienia ich twórcy (wyliczenie u E. Weissa, *Vor-julianische Ediktsredaktionen*, ZSS 50, 1930, s. 255).

<sup>65</sup> O abstrakcyjności kazuistyki rzymskiej por. H. Coing, *Gesammelte Aufsätze* 1, Frankfurt a.M. 1982, s. 199; Horak, o.c. (uw. 29), s. 149; G. Grosso, *La concretezza della giurisprudenza romana*, Index 5, 1974 - 5, s. 15 - 16; E. Volterra, *La base economica della elaborazione sistematica del diritto romano*, RISG 65, 1963 - 7, s. 249 - 250, 269.

<sup>66</sup> Trafnie H. Niederländer, *Die Bereicherungshaftung im klassischen römischen Recht*, Weimar 1953, s. 153.



gólnie drugiej z nich<sup>67</sup>, wykładnia „genetyczna” w rodzaju: „reguła powstała w takim a takim kontekście, w tym a tym celu, i dlatego tu czy ówdzie nie znajduje zastosowania” jest naszym tekstem zupełnie obca.

Kamienia probierczego wpływu świadomości historycznej prawników klasycznych na ich codzienną pracę powinna jednak dostarczyć przede wszystkim wewnątrzfachowa dyskusja prawnicza, a w szczególności sposób, w jaki juryści oceniali osiągnięcia swych dalekich poprzedników, np. późni klasycy rozstrzygnięcia republikańskich *veteres* czy prawników z początku Pryncypatu. Zgodnie z założeniem naszej pracy skoncentrujemy się przy tym na ocenie w kategoriach prawdziwościowych (*verum est* i pokrewne). Istnieje oczywiście problem, na ile łacińskie *verum est* odpowiada dzisiejszym sądom prawdziwościowym. Cokolwiek byśmy jednak pod wspomnianym zwrotem łacińskim rozumieli (trafność, słuszność, tzw. prawdę praktyczną czy prawdę po prostu, bez żadnych ograniczających kwalifikacji), chodzi niewątpliwie o osąd będący w jakiejś mierze wynikiem czynności poznawczych<sup>68</sup>. W dalszym ciągu będziemy się starali ustalić, czy i na ile wchodzi tu w grę poznanie historyczne. Otóż uderzające jest już na pierwszy rzut oka, że oceny interesującego nas typu dokonywane są zawsze tylko i wyłącznie z punktu widzenia prawnika oceniającego, przy zastosowaniu norm, reguł czy instytucji, których prawnik starszy nie tylko nie znał, ale i nie mógł znać, a zatem z wyłączeniem jakichkolwiek „okoliczności łagodzących” typu historycznego. Krytyk nie bierze nigdy pod uwagę, że pochodzące od dawnego prawnika rozwiązanie, choć aktualnie fałszywe, było może niegdyś, przed 200 lub 300 laty, trafne (prawdziwe). W podobnie ahistoryczny, aktualizujący sposób ferowane są oczywiście oceny pozytywne: chwali się często rozstrzygnięcia, które w ich kontekście historycznym nie miały alternatyw, czyniąc w ten sposób z konieczności cnotę. Podejście „historyczne” polegać by musiało natomiast na rekonstrukcji stanowiska wcześniejszego prawnika w jego autentycznym kontekście oraz na jego „immanentnej” ocenie z uwzględnieniem ówczesnych kryteriów<sup>69</sup>. Dopiero w dalszym rzędzie można by rozważać ewentualność zastosowania go w praktyce, a więc aktualną „prawdziwość”. Podejście takie odpowiadałoby mniej więcej procedurze znanej dobrze romanistyce pod nazwą *duplex interpretatio*<sup>70</sup>. Jednak klasycy znają tylko *interpretatio simplex*: nie patrzą na rozstrzygnięcia *veteres* oczyma historyka, nie

<sup>67</sup> Por. Stein, *Regulae* (uw. 37), s. 106; B. Schmidlin, *Die römischen Rechtsregeln*, Köln—Wien 1970, s. 91; Nörr, o.c. (uw. 3) s. 63.

<sup>68</sup> Trafnie Lantella, o.c. (uw. 55), s. 68 (odnośnie Gai D.41,1,5,1): „il giudizio veritativo... è una spia dell'atteggiamento cognitivista” (por. tamże 64 - 65, 69 - 70).

<sup>69</sup> Por. Nörr, *Pomponius*, s. 500 („dem modernen Historismus am nächsten kommend(e) »immanente« Beurteilung jeder Epoche in ihrer zeitlichen Bedingtheit”).

<sup>70</sup> Zob. o niej np. Wieacker, o.c., (uw. 31), s. 79 - 80.

starają się „wczuć” w ich sytuację, odtworzyć ich rzeczywiste motywy i *rationes decidendi*, lecz traktują ich wyłącznie jako dostarczcycieli rozwiązań aktualnych problemów interpretatora.

Oczywiście byłoby jaskrawym anachronizmem, gdybyśmy domagali się od prawników rzymskich historyzmu w dziewiętnastowiecznym stylu. A jednak to u schyłku republiki rzymskiej zrodziła się owa złota dewiza historyków wszystkich czasów *quis nescit primam esse historiae legem, ne quid falsi dicere audeat?* (Cic., *de oratore* 2,62). Również od prawników rzymskich można by się było zatem w zasadzie domagać — na miarę ich epoki — respektu dla prawdy historycznej. Niemniej zasadność nawet tak „minimalistycznego” postawienia sprawy staje się wątpliwa, gdy weźmiemy pod uwagę, że bogata w doświadczenie historyzmu, wyrosła ze szkoły historycznoprawnej. Pandektystyka niemiecka stworzyła ze źródeł antycznych system równie godny podziwu jako produkt „konstruującego” umysłu prawniczego, co mijający się z prawdą historyczną prawa rzymskiego. Podobnie już i klasycy poddawali opracowywane przez siebie teksty dawnych prawników charakterystycznej dla dogmatyki procedurze określonej we współczesnej hermeneutyce jako interpretacja adaptacyjna. Podczas gdy interpretacja historyczna<sup>71</sup> zmierza w pierwszym rzędzie do osiągnięcia celów czysto poznawczych, interpretacja adaptacyjna szuka w materiale „historycznym” aktualnej normy postępowania. Wyniki obu tych typów interpretacji mogą być zbieżne oczywiście tylko w teoretycznym przypadku krańcowym, w którym historia dokładnie się „powtarza”. Rozróżnienie interpretacji adaptacyjnej i historycznej nie oznacza wznoszenia muru między dogmatyką prawniczą a historią prawa: są to w całokształcie prawoznawstwa dyscypliny komplementarne. Wzięte każda z osobna nie znoszą one jednak kompromisów w tym sensie, że tak jak dla dogmatyki historia, tak dla historii dogmatyka są tylko środkiem, a nie celem. Uświadomienie sobie przez prawnika dokąd uprawia historię, a odkąd dogmatykę (i odwrotnie) jest zatem niezbędne dla „czystości” osiągniętego wyniku. Ze względu na specyficzną strukturę rzymskiego systemu źródeł prawa, w szczególności ze względu na ich „przesunięcie fazowe” i szeroki zakres prawniczej „teraźniejszości”, ta właśnie świadomość nie mogła się u klasyków dostatecznie wykształcić. Dlatego nie uznają oni wielu konkretnych, indywidualnych prawd historycznych. Ich prawda jest dogmatyczna: jedna, abstrakcyjna i ogólna<sup>72</sup>.

<sup>71</sup> Co do rozróżnienia tych dwu typów interpretacji Wieacker, *Privatrechtsgeschichte* (uw. 6), s. 15 - 16, 54, 419; *Ausgewählte Schriften* (uw. 31), s. 38 - 40; w literaturze polskiej Kmita, o.c. (uw. 11), s. 218 - 219; Ziembicki, o.c. (uw. 1), s. 271 - 272 i — szczególnie — Nowak, o.c. (uw. 11), s. 175 - 180.

<sup>72</sup> Wykorzystuję tu sugestywne skonstruowanie przez Wieackera, *Vom römischen Recht*<sup>2</sup>, Stuttgart 1961, s. 220, „allgemeine Wahrheit, welche die Rechtsdogmatik sucht” oraz „individuelle Wahrheit der Geschichte”. Bibliografia n.t.

Przyjrzyjmy się teraz naszemu problemowi przez pryzmat tekstów źródłowych. Ponieważ zjawisko zmiany „tła historycznego”, dezaktualizujące powstałe w nie istniejącym już kontekście rozwiązania dogmatyczne, zachodzi w rzymskim prawie prywatnym stopniowo i „niemal niedostrzegalnie”, zajmiemy się przede wszystkim tymi przypadkami, w których odstęp czasowy między sformułowaniem danej wypowiedzi a jej wykorzystaniem przez późniejszą jurysprudencję jest stosunkowo duży. W przypadkach tych jest szczególnie oczywiste, że aktualność starszych twierdzeń dogmatycznych nie wynika z rzeczywistej immobilności substratu normatywnego, lecz jest produktem zniekształcającej je późniejszej interpretacji. Największy odstęp mamy do zanotowania w następującym tekście:

Ulp.1 aed. cur. D.21,1,1Opr.: *Idem Ofilius ait, si homini digitus sit abscisus membrive quid laceratum, quamvis consanaverit, si tamen ob eam rem eo minus uti possit, non videri sanum esse. § 1. Catonem quoque scribere lego, cui digitus de manu aut de pede praecisus sit, eum morbosum esse: quod verum est secundum supra scriptam distinctionem.*

Ulpian określa tu jako prawdziwe zdanie Katona, że niewolnik z obciętych palcem ręki lub nogi jest obciążony wadą w sensie edyktu edylskiego<sup>73</sup> (*morbosus*). Czy chodzi tu o Starszego czy o Młodszego Katona jest — z punktu widzenia długowieczności prawd prawnych — o tyle bez znaczenia, że ten pierwszy przeżył własnego syna i zmarł w 149 r. p.n.e.<sup>74</sup>. Jeśli założymy, że ulpiański komentarz do edyktu edylów powstał w 213 r. n.e.<sup>75</sup>, mamy tak czy inaczej do czynienia z najstarszą prawdą jurysprudencji rzymskiej, bo obie daty dzieli odstęp dobrych 360 lat. Fakt, że Ulpian uznaje opinię Katona za prawdziwą na podstawie dystynkcji ponad 100 lat późniejszego Ofiliusza<sup>76</sup>, nie wystarcza

---

prawdy historycznej jest oczywiście nieprzejrzana: por. tylko Topolski, o.c. (uw. 43), s. 305 - 311 i — o prawdzie u historyków antycznych — B. Bravo, w: *Vademecum historia starożytnej Grecji i Rzymu* 1, Warszawa 1979, s. 49 - 52.

<sup>73</sup> Inaczej tylko Bechmann (według O. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte* 2, Leipzig 1901, s. 1300) i E. Seidl, *Römische Rechtsgeschichte*, Köln—Berlin—Bonn—München 1962, s. 61 - 62, którzy uważają przytoczenie tego rozstrzygnięcia w kontekście edyktu edylskiego za nonsens, bo chodzi tu o wady jawne, na które jest tylko taka rada, żeby kupujący dokładnie obejrzał towar. Jednak z Ulp. D.21,1,1,6 wynika, że wykluczenie odpowiedzialności sprzedawcy za wady jawne może być dopiero wynikiem późniejszej interpretacji edyktu. Zresztą o identycznej wadze mówi w wyraźnym związku z odpowiedzialnością według edyktu edylów Ofiliusz.

<sup>74</sup> Stein, *Regulae* (uw. 37), 26.

<sup>75</sup> Tak Honoré (według G. Crifò, recenzja z jego pracy: Ulpian, ZSS 102, 1985, s. 610, uw. 40).

<sup>76</sup> Nad generalnym zakwestionowaniem *distinctio* przez F. Pringsheima, *Gesammelte Abhandlungen* 1, Heidelberg 1961, s. 408, można oczywiście przejść do

sam przez się do uznania oceny Ulpiana za anachroniczną. W jurysprudencji rzymskiej zdarza się niejednokrotnie, że „czysto kazuistyczne” rozstrzygnięcie dopiero po pewnym (często dość długim) czasie zaopatrzone zostaje w ogólniejszą motywację. Ważniejsze jest, że pochwała, jakiej Ulpian udziela tu Katonowi<sup>77</sup>, nie wydaje się z punktu widzenia historycznego całkiem uzasadniona, albowiem interpretacja edyktu przez obu starszych prawników nie jest bynajmniej identyczna. Katon stwierdza mianowicie po prostu i kategorycznie, że niewolnik bez palca jest zawsze *morbosus*, Ofiliusz natomiast rozróżnia, czy okaleczenie ma ujemny wpływ na jego siłę roboczą (*si... eo minus uti possit*)<sup>78</sup>. Rozstrzygnięcie Katona, mimo że wydaje się na pierwszy rzut oka stanowić przykład naiwnej dedukcji „wprost” z dosłownego brzmienia edyktu<sup>79</sup>, zakłada jednak pewną interpretację terminu „*morbosus*”, którą moglibyśmy nazwać „pryncypialną”: jak płaszcz tylko w małej części podarty nie jest cały, lecz „uszkodzony”<sup>80</sup>, tak niewolnik któremu brak palca, nie jest pełnowartościowym, niewadliwym towarem. Ofiliusz, a za nim cała późniejsza jurysprudencja, w tym i Ulpian, przyjmują natomiast interpretację, którą można nazwać funkcjonalną (D.21,1,1,8/6,1/10,2/14,6), uzależniającą „zdrowie” niewolnika od niezmnieszenia się jego zdolności roboczej. Zapewne również i Katon musiał brać pod uwagę tę ostatnią okoliczność, jednak — traktując niewolnika przede wszystkim jako fizyczną siłę roboczą — zakładał widocznie, że brak palca ma na nią tak czy inaczej ujemny wpływ. Inaczej Ofiliusz, którego ujęcie wymaga stwierdzenia tego wpływu od przypadku do przypadku, z uwzględnieniem rodzaju wykonywanej przez niewolnika pracy; np. *scriba* czy *lector* mogą doskonale dawać sobie radę bez palca, szczególnie bez palca u nogi.

Jeśli tak, to kategoryczna opinia Katona, że brak palca zawsze zmniejsza sprawność roboczą, może pokrywać się z elastycznym roz-

---

porządku; inaczej jednak v. Lübtow, *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, Berlin 1971, s. 147.

<sup>77</sup> Jest raczej wykluczone, by *secundum distinctionem* mogło tu znaczyć, że zdanie Katona jest prawdziwe „z ograniczeniem” wynikającym z dystynkcji Ofiliusza: w takim razie Ulpian musiałby powiedzieć — jak w D.47,2,43,1 (za Neracjuszem) — *cum distinctione (verum)*. Zob. zresztą Ulp. D.33,9,3,11 (*verum secundum illam distinctionem*) wraz z Ulp. D.33,6,3,1.

<sup>78</sup> Nie sądzę, by można było doszukać się znaczniejszej różnicy semantycznej między *abscisus* Ofiliusza a *praecisus* Katona.

<sup>79</sup> Tak — zdaje się — Seidl, loc. cit., który określa rozstrzygnięcie Katona jako najstarszy przypadek „deduktive Methode” i „Begriffsjurisprudenz”. Por. jednak o niedopuszczalności utożsamiania obu pojęć i stosowania etykiety Begriffsjurisprudenz do źródeł rzymskich trafnie Kaser, o.c. (uw. 26), s. 20–21, uw. 74.

<sup>80</sup> Metafora stoików (Sext. adv. math. 8,128) stosowana dla zbicia propozycji, by koniunkcji logicznej mającej tylko jeden człon fałszywy nie traktować jako całkowicie fałszywej; por. B. Mates, *Logika stoików*, Warszawa 1971, s. 82.

strzygnięciem Ofiliusza tylko przypadkowo. Zakładając — jak to czyni Ulpian — że konstrukcja Ofiliusza jest „właściwa”, można by rozstrzygnięcie Katona — w tych wypadkach, w których będzie ono trafne — porównać do osiągnięcia przy rozwiązywaniu zadania matematycznego poprawnego wyniku za pomocą błędnej metody. Oznaczałoby to, że dla Ulpiana ważne są nie przesłanki rozumowania, lecz jedynie ostateczny wniosek. Podejście takie — błędne również z punktu widzenia czysto logicznego — leży na antypodach metody historycznej.

W następnym tekście ulpiańskim odstęp czasowy jest mniejszy, ale przesłanki oceny rozstrzygnięcia wcześniejszego prawnika — jak zresztą z reguły — nie wyeksplikowane:

Ulp. 18 ed. D.9,2,9 pr: *Item si obstetrix medicamentum dederit ed inde mulier perierit, Labeo distinguit, ut, si quidem suis manibus supposuit, videatur occidisse, sin vero dedit, ut sibi mulier offerret, in factum actionem dandam, quae sententia vera est: magis enim causam mortis praestitit quam occidit.*

Według tradycyjnej interpretacji prawniczej *occidere* z I rozdz. *lex Aquilia* oznaczało zabójstwo przez bezpośrednie, gwałtowne zadziałanie na ciało ofiary. Podczas gdy powszechny zwyczaj językowy ewoluował w kierunku objęcia tym terminem każdego spowodowania śmierci<sup>81</sup>, prawnicy nadal trzymali się swej interpretacji *a caedendo et a caede* (tak jeszcze Julian D.9,2,51 pr). Należy zatem rozumieć jako innowację Labeona, idącą w kierunku uzgodnienia interpretacji *occidere* według *lex Aquilia* z powszechnym zwyczajem językowym, przyznanie przezeń *actio directa* w sytuacji, gdy położna — własnoręcznie co prawda, ale bez użycia siły — podała niewolnicy trujące lekarstwo. Ekstensywny charakter tej interpretacji widać wyraźnie w sformułowaniu *videatur occidisse*. Przyporządkowane sferze *actiones in factum*<sup>82</sup> „pośrednie” spowodowanie śmierci przez postawienie trującego lekarstwa do dyspozycji niewolnicy pozostaje u Labeona na drugim planie i nie wchodzi w skład jakiegś „kategorii dogmatycznej”. W tym sensie mamy tu do czynienia z rozstrzygnięciem kazuistycznym. Co prawda *actio in factum* przyznawali w razie pośredniego spowodowania śmierci już przedtem Ofiliusz (Ulp.D.9,2,9,3) i niedługo potem Prokulus (fr.7,3), jednak abstrakcyjna

<sup>81</sup> W epoce Augusta już tylko *quidam* wyprowadzają znaczenie „occisus” *a caedendo atque ictu* (Festus 178=Bruns 19); por. U. Wesel, *Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung der römischen Juristen*, Köln—Berlin—Bonn—München, 1967, s. 83-84; H. Hausmaninger, *Zur Gesetzesinterpretation des Celsus*, Studi Grosso 5, Torino 1972, s. 270-271; v. Lübtow, o.c. (uw. 76), s. 138-140. Inaczej A. Watson, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford 1965, s. 241, 243 i P. Stein, *School attitudes in the law of delicts*, Studi Biscardi 2, Milano 1982, s. 288, którzy zakładają, że klasycy poczynając od Labeona nie rozszerzyli, lecz zawęzili interpretację terminu *occidere*.

<sup>82</sup> Przypuszczenie co do praktycznych różnic między obiema skargami u Stein a, o.c., s. 288-289.

kategoria *mortis causam praestare* jest dopiero autorstwa Celsusa (Ulp. D.9,2,7,6)<sup>83</sup>, który hipotezy *venenum pro medicamento dedit* i *furanti gladium porrexit* traktuje wyłącznie jako jej egzemplifikacje. O tym, że rozróżnienie *occidere* i *mortis causam praestare* stało się częścią składową bezspornego Juristenrecht, zaświadcza Jul. D.9,2,51 pr. gdzie wyraźnie rozróżnia się szersze, potoczne (*vulgo dicitur*) i węższe, techniczne pojęcie *occidere*, stanowiące przesłankę odpowiedzialności akwiliańskiej na mocy *actio directa*. Cały ten historyczny rozwój doktryny jest w omawianym tekście Ulpiana „spłaszczony” przez logiczną subsumpcję rozstrzygnięcia Labeona pod abstrakcyjną kategorię ukutą przez Celsusa.

Co więcej, można powiedzieć, że Ulpian chwali Labeona nie za to, z czego on sam był prawdopodobnie najbardziej dumny, tzn. za subsumpcję „bezpośredniego” otrucia bez użycia siły pod pojęcie *occidere*<sup>84</sup>, lecz przede wszystkim za wyłączenie otrucia „pośredniego” z zakresu tego pojęcia. Tymczasem wydaje się niewątpliwe, że Labeo — inaczej niż później Ulpian — nie mógł rozumieć rozwiązania przyjętego dla drugiego przypadku jako przyznania „tylko” *actio in factum*. Dla Labeona, który z wyraźnym trudem subsumuje otrucie bezpośrednie, subsumpcja otrucia pośredniego musiała być — ze względu na jeszcze stosunkowo wąskie pojęcie *occidere* (pobrzmiwające zresztą również u dużo późniejszego Juliana) — z góry wykluczona. Chwaląc go przede wszystkim właśnie za to Ulpian czyni więc — by tak rzec — z tego co było dla Labeona koniecznością, jego cnotę. Ahistoryczny charakter tej oceny leży jak na dłoni. Zostawiamy na boku inne teksty Ulpiana zawierające jaskrawo ahistoryczne oceny (D.15,3,7,5; D.43,24,3,4; D.47,9,3,7 i inne), by zająć się drugim koryfeuszem późnoklasycznym, Paulusem.

Również dla Paulusa jurysprudence rzymska nie ma właściwie historii. Wszystko, co miało miejsce po jej ukonstytuowaniu się jako nauki, należy do teraźniejszości. Znana dyskusja między Sabinianami a Prokulianami na temat autonomii zamiany w stosunku do sprzedaży, w której ci drudzy mieliby być „bliźsi prawdy”, mimo że odbyła się w rzeczywistości około dwóch wieków wcześniej, rozgrywa się dla Paulusa aktualnie (*hodie*).

Paul.33 ed. D.18,1,1: *Sed an sine nummis venditio dici hodieque possit, dubitatur [...]. Sabinus et Cassius esse emptionem et venditionem putant: Nerva et Proculus permutationem [...]. sed verior est*

<sup>83</sup> Hausmaninger, o.c., s. 271 - 272, uw. 81; tenże, *Publius Iuventius Celsus*, ANRW II, 15, 1976, s. 406; v. Lübtow, o.c., s. 144. Za autorstwem Celsusa przemawia również emfaza, z jaką wprowadza on dystynkcję (*multum interesse*).

<sup>84</sup> Również i w tym wypadku E. Seidl, *Labeos geistiges Profil*, Studi Volterra 1, Milano 1971, s. 64 mówi o „deduktive Methode” i „Begriffsjurisprudenz” (tym razem Labeona). Jednak określenia te pasowałyby bardziej do opisanego w tekście podejścia Ulpiana.

*Nervae et Proculi sententia: nam ut aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor, sic aliud est pretium, aliud merx: quod in permutatione discerni non potest [...].*

Jedyną godną jego wzmianki cezurę historyczną stanowi wprowadzenie pieniądza bitego (fr.1pr), bo w poprzedniej epoce, czy — jak powiada Paulus — „niegdyś” (olim) sytuacja była na tyle odmienna, że roztrząsany przezeń problem de \_\_\_\_\_, czyny nie miał w ogóle racji bytu: istniała przecież wtedy „tylko zamiana”. Bardzo wątpliwe, czy można powiedzieć<sup>85</sup>, że właśnie ów „wstęp historyczny” pozwala Paulusowi na niezawodny wniosek o odmienności cech strukturalnych obu czynności prawnych. Paulus kieruje się tu raczej względami „racjonalno-dogmatycznymi”, co widać wyraźnie (*nec ratio patitur*) w D.19,4,1pr<sup>86</sup>.

Oczywiście także i Paulus nie zna żadnej taryfy ulgowej dla dawnych prawników, nawet tak odległych w czasie i szacownych jak dwaj spośród *fundatores iuris civilis*, niewiele późniejsi od Katonów, Brutus i Maniliusz<sup>87</sup>.

Paul.54 ed. D.41,2,3,3: [...] *quod Brutus et Manilius putant eum, qui fundum longa possessione cepit, etiam thesaurum cepisse, quamvis nesciat in fundo esse, non est verum: is enim qui nescit non possidet thesaurum, quamvis fundum possideat, sed et si sciat, non capiet longa possessione, quia scit alienum esse [...]*

Już na pierwszy rzut oka widać, że Brutus i Maniliusz, dopuszczający zasiedzenie skarbu, o którego istnieniu się nie wie, wychodzą z zupełnie innych założeń, w szczególności z innego ujęcia prawa własności i zasiedzenia niż późna klasyka: prawdopodobnie traktują oni skarb jako niesamodzielną część gruntu, która wraz z nim podlega posiadaniu i zasiedzeniu, a w dodatku nie wymagają do zasiedzenia *bona fides* lub w każdym razie traktują ją dość liberalnie, żądając tylko braku pozytywnej wiedzy o tym, że rzecz jest cudza. Możemy sobie oszczędzić dokładniejszej rekonstrukcji stanowiska dawnych prawników, która zresztą musiałaby pozostać w sferze hipotez<sup>88</sup>. I bez tego jest oczywiste, że

<sup>85</sup> Jak chce Schiavone, o.c. (uw. 20), s. 105. Podobnie chyba O. Behrends, *Institutionelles und prinzipielles Denken im römischen Privatrecht*, ZSS 95, 1978, s. 218 uw.

<sup>86</sup> Fragment ten trafnie lokuje O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis* 1, Lipsiae 1889, s. 1034 - 1035 (Paulus nr 502) między §§ 1 i 2 fr. D.18,1,1. Słuszność ma zatem chyba Talamanca, o.c. (uw. 19) twierdząc, że „sul piano delle dispute giurisprudenziali l'ottica storicizzante si perda” (s. 225, uw. 49; por. tamże 226 uw. i 230 uw.).

<sup>87</sup> Pełnili oni wysokie urzędy w latach czterdziestych II w. p.n.e.: por. Bretonne, o.c. (uw. 16), s. 258 - 259. Pomponiusz D.1,2,239 zalicza ich do następnej generacji (*post hos fuerunt*), nadając im (dyskusyjną) kwalifikację *fundatores*: zob. Nörr, *Pomponius*, s. 536 - 537 z lit. uw. 180.

<sup>88</sup> Por. co do nich R. Backhaus, *Casus perplexus*, München 1981, s. 147 - 149 z bogatą lit.: adde P. Zamorani, *Possessio e animus* 1, Milano 1977, s. 183 - 184

Paulus opiera się na innej przesłance, a mianowicie, że tezaurus jest rzeczą samodzielną: jeśli się o niej nie wie, nie można jej oczywiście posiadać (i w konsekwencji — zasiedzieć), jeśli się natomiast wie, wie się zarazem, że nie należy ona do nas, w związku z czym zasiedzenie będzie również i w tym wypadku — z powodu braku dobrej wiary — wykluczone. Chodzi tu zatem o typową „kontrowersję diachroniczną”, której racją bytu jest rozwój historyczny substratu normatywnego. Paulus nie wspomina jednak o tym ani słowem, co więcej: traktuje Brutusa i Maniliusza w sposób tak pełen dezynwoltury, że gdybyśmy skądinąd nie wiedzieli, kim są ci prawnicy, musielibyśmy ich uznać za jego współczesnych. Również listę anachronizmów Paulusa dałoby się z łatwością powiększyć (np. D. 23,3,84; D. 50,16,244), jednak — mimo że ze względu na duży odstęp czasowy od komentowanych prawników republikańskich i wczesnoklasycznych późni klasycy stanowią dla nas najwdzięczniejszy materiał — nie możemy ograniczać naszej analizy tylko do nich.

Pełne ahistorycznych ocen są również dzieła Pomponiusza, autora jedyne go w jurysprudencji rzymskiej historycznego wprowadzenia do prawoznawstwa (*Enchiridium*; D. 1,2,2.). Właśnie na przykładzie tego, skądinąd zainteresowanego historycznie prawnika widać wyraźnie, że juryści rzymscy przypisywali historii funkcje wyłącznie izagogiczno-dydaktyczne i że przy rozwiązywaniu konkretnych problemów dogmatycznych odkładali swą kompetencję historyczną na bok. Także i Pomponiusz dyskutuje z prawnikami należącymi do poprzedniej epoki („preklasycy” według terminologii dzisiejszej; *veteres* według rzymskiej) na płaszczyźnie „zasady współczesności”. I tak np. w 18 księdze komentarza *Ad Quintum Mucium* (D. 40,7,39,1) organizuje on swego rodzaju „dyskusję okrągłego stołu”<sup>89</sup> z równoczesnym udziałem prawników różnych epok i okresów. Nie musimy zagłębiać się w skomplikowaną problematykę merytoryczną tego źródła: wystarczy powiedzieć, że twierdzenie działającego na przełomie II i I w. p.n.e. Kwintusz Mucjusz uznane jest tu za tylko częściowo prawdziwe (*ita putat verum esse, si...*) ustami około stu lat późniejszego Labeona, lecz pogląd najtrafniejszy wypowiedzieć miał o dalsze stulecie późniejszy Aryston (*sed verissimum est, quod et Aristo... rescripsit*)<sup>90</sup>. Również w innych fragmentach tejże

i — ze starszej literatury — F. Bossowski, *Znalezienie skarbu wedle prawa rzymskiego*, Kraków 1925, s. 38 - 39, 43, 47.

<sup>89</sup> Tak dowcipnie Talamanca, o.c., s. 268 uw. 144.

<sup>90</sup> Q. Mucius Scaevola w 95 r. p.n.e. był konsulem, zmarł w 82 r. p.n.e.; Labeo należy do epoki Augusta, zmarł prawdopodobnie niedługo po 10 r. n.e.; Titius Aristo działał na przełomie I i II w. n.e., skoro był przyjacielem Pliniusza Młodszego. Informacje o tych wszystkich prawnikach u W. Kunkla, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Weimar 1952, odpowiednio s. 18, 114, 141.



pracy<sup>91</sup> Pomponiusz dzieli opinie komentowanego prawnika republikańskiego *sic et simpliciter* na prawdziwe i fałszywe, zakładając przy tym, że powinien był on znać wszystkie normy, instytucje i reguły prawne obowiązujące w epoce Antoninów. Weźmy przykładowo:

Pomp. 9 Q. Muc. D. 34, 2, 34 pr: *Scribit Q. Mucius: „si aurum suum omne pater familias uxori suae legasset, id aurum, quod aurifici faciendum dedisset aut quod ei deberetur, si ab aurifice ei repensum non esset, mulieri non debetur”*. POMPONIUS: *hoc ex parte verum est, ex parte falsum. nam de eo quod debetur, sine dubio (verum est ins. Mo.), cum illius factum adhuc non sit [...] in aurifice falsum est, si aurum dederit ita, ut ex eo auro aliquid sibi faceret [...] quod si aurum dedit aurifici, ut non tamen ex eo auro fieret [...]*

Zdanie Kwintusa Mucjusza, który złoto oddane rzemieślnikowi do przerobienia wyłącza bezwarunkowo z zakresu *aurum suum*, ocenia Pomponiusz na podstawie kryterium *quod actum est* (a więc zależnie od tego, czy umówiono się, że złotnik ma spożytkować to samo czy też inne złoto) jako częściowo fałszywe, a częściowo prawdziwe. Fałszywe miałoby być w pierwszym przypadku, albowiem przejście własności nie ma wtedy miejsca. Falsyfikacja ta jest jednak — jak się zdaje — anachroniczna, złoto bowiem dane do przerobienia zmieniało właściciela w każdym wypadku nie tylko w epoce Mucjusza, lecz jeszcze na przełomie Republiki i Pryncypatu: potwierdza to uczeń Serwiusza — Alfenus Varus (D. 19, 2, 31: *in creditum iri*)<sup>92</sup>.

Następny tekst Pomponiusza zawierający anachroniczną ocenę to:

Pomp. 5 Q. Muc. D. 34, 2, 10: [...] *quod Quintus Mucius demonstrat „vas aut vestimentum aut quid aliud”, efficit, ut falsa sint, quae subiecimus: multum enim interest, generaliter an specialiter legentur haec. nam si generaliter [...] vera est illius definitio [...]: si vero ita scriptum fuerit [...]*

Fragment ten stanowi następny przykład przeświadczenia Pomponiusza, że za czasów Mucjusza „wszystko już było”. Na marginesie opinii starego prawnika, że do legatu *uxoris causa parata* wchodziły rzeczy wydzielone ze wspólnego i przeznaczone do wyłącznego użytku żony roztrząsa Pomponiusz kilka wariantów sformułowania legatu w zależności od tego, czy jego przedmiot wskazany jest *generaliter* czy *specialiter*. W tym drugim wypadku rozstrzygnięcie Mucjusza byłoby nietrafne, mimo bowiem dodatku *uxoris causa parata* wejdą w skład legatu — w myśl zasady *falsa demonstratio non nocet* — również rzeczy nie

<sup>91</sup> Zob. o niej Nörr, *Pomponius*, s. 547 - 548, 593 - 594.

<sup>92</sup> Por. Watson, o.c. (uw. 81), s. 107 - 109. Szkic rozwoju późniejszej doktryny: J. A. C. Thomas, *Non solet locatio dominium mutare*, w: *Mélanges Meylan* 1, Lausanne 1963, s. 357.

przeznaczone specjalnie dla żony. Zdanie Mucjusza będzie natomiast prawdziwe przy ogólnym określeniu przedmiotu zapisu przez wskazanie, czy to całej klasy *uxoris causa comparata* czy też węższych kategorii w jej obrębie.

Z punktu widzenia kultury historycznej Pomponiusza nasuwają się tu następujące uwagi. Przede wszystkim wyrywa on rozstrzygnięcie dawnego prawnika z jego kontekstu. Intencją bowiem Mucjusza było wyłącznie sprecyzowanie znaczenia klauzuli *uxoris causa paratum*<sup>93</sup>; w tym właśnie celu rozpatruje on zapis pewnego *corpus incertum*, który ma być zindywidualizowany dopiero za jej pośrednictwem. Tymczasem reguła *falsa demonstratio non nocet* mogłaby — jak wiadomo — wejść w zastosowanie tylko w odniesieniu do przedmiotu skądinąd zindywidualizowanego, tylko bowiem wtedy klauzulę *eius causa emptum etc.* można by uznać za akcesoryjny opis bez znaczenia dla ważności legatu. Do tego miejsca należałoby Pomponiuszowi zarzucić tylko niezbyt lojalne, bo połączone z krytyką mającą pozór „krytyki wewnętrznej”, odbieganie od postawionego przez dawnego prawnika tematu<sup>94</sup>. Są jednak podstawy do przypuszczenia, że Pomponiusz popełnił — jako historyk — jeszcze cięższe przewinienie, ponieważ reguła o *falsa demonstratio*, na podstawie której falsyfikuje on rozstrzygnięcie Mucjusza, w ogóle nie była temu ostatniemu znana. Najstarsze świadectwa źródłowe o niej pochodzą mianowicie dopiero z przełomu Republiki i Pryncypatu<sup>95</sup>, a nawet jeśli ten dowód *a silentio* nie jest sam przez się bez reszty przekonywający, należy wziąć pod uwagę, że w razie gdyby Mucjusz znał naszą regułę, Pomponiusz znalazłby w jego dziele z łatwością bardziej odpowiedni fragment dla swoich dywagacji na temat *falsa demonstratio*. Jeśli ta supozycja jest trafna, anachronizm Pomponiusza byłby bardzo jaskrawy. Poszczególne bowiem rozstrzygnięcia prawnicze są „zrelatywizowane systemowo”, w związku z czym nie można ich w zasadzie oceniać „z zewnątrz” obowiązującego w danym momencie porządku prawnego. Ocena doktryny Mucjusza w świetle powstałej znacznie (około 100 lat) później reguły jest jako aktualizacja dorobku dawnego prawnika zrozumiała, jednak jako „historiografia” musi być zaliczana do słusznie wydrwiwanego gatunku „co by było, gdyby...”

<sup>93</sup> Tak trafnie już S. Di Marzo, *Saggi critici sui libri di Pomponio „Ad Quintum Mucium”*, Palermo 1899, ale cyt. według przedruku w: Labeo 7, 1961, s. 355.

<sup>94</sup> Zapewne z tego powodu D. Behrens, *Begriff und Definition in den Quellen ZSS* 74, 1957, s. 360 - 361 uważa wywody o *falsa demonstratio* za glose.

<sup>95</sup> Por. H. J. Wieling, *Falsa demonstratio, condicio pro non scripta, condicio pro impleta im römischen Testament*, ZSS 87, 1970, s. 199, 205. Znajomość naszej reguły przez Mucjusza stawia wyraźnie w wątpliwość O. Forzieri-Vannucci, *Studi sull'interpretazione giurisprudenziale romana*, Milano 1973, s. 139 - 140 uw. 44.

Listę anachronicznych ocen Pomponiusza można by kontynuować (wchodzą tu w grę np. D. 26,8,4; D. 40,4,40,1; D. 47,2,77,1). Można by też rozszerzyć analizę na innych prawników, w szczególności na — również skądinąd zainteresowanego historycznie — Gajusza, który konstruuje, a w każdym razie ocenia najdawniejszą historię prawa rzymskiego, z punktu widzenia standardów racjonalności obowiązujących w epoce Antoninów. I tak dyskredytuje on znaną z rzymskiej tradycji *ratio* archaicznej opieki nad kobietami (Gai 1,144; 1,190), przedstawia epokę postępowania legisykcyjnego wyłącznie z perspektywy jej schyłku, jako epokę przesadnego formalizmu (Gai 4,11; 4,30) itd. Wydaje się jednak, że już na podstawie przeanalizowanych tu reprezentatywnych próbek można na nasze główne pytanie o komponenty historyczne rzymskiej metody poznania prawa udzielić odpowiedzi przynajmniej w pewnym stopniu wolnej od ryzyka zarówno ogólnikowości, jak i glosowności.

Otóż jeśli — traktując prawdę historyczną i dogmatyczną w dalszym ciągu jako typy idealne — założymy, że prawda historyczna jest kategori czna („było tak a tak”), ale za to indywidualna i konkretna<sup>96</sup>, podczas gdy hipotetyczna prawda dogmatyczna („jeżeli..., to...”) jest ogólna, abstrakcyjna i ma pretensje do wyłączności<sup>97</sup>, rozstrzygnięcie jakiego rodzaju prawdy poszukują prawnicy rzymscy nie będzie nastroczać wątpliwości. „Światy postulowane”, będące przedmiotem dogmatyki, mają w ich ujęciu charakter abstrakcyjny, odarty z historycznej konkretności. W mniejszym lub większym stopniu jest to co prawda typowe dla każdej dogmatyki, z jej nieodłączną interpretacją adaptacyjną, jednak dogmatyka rzymska ma — w porównaniu ze współczesną — tę cechę specyficzną, że zmuszona jest do aneksji terytorium, które — z dzisiejszego punktu widzenia — skłonni bylibyśmy uznać za domenę historii. Brak ścisłego rozgraniczenia między dogmatyką i historią musi mieć dla tej drugiej negatywne skutki, dla dogmatyka bowiem historia jest tylko narzędziem, co implikuje potraktowanie jej w sposób pragmatyczny i aktualizujący. Apogeum osiągnął taki kunszt adaptowania materiału historycznego w dziewiętnastowiecznej Pandektystyce niemieckiej, która „dopasowała” prawo rzymskie do potrzeb znacznie późniejszej epoki, z jej zupełnie odmiennymi realiami społecznymi, politycznymi etc. Ze względu na brak ciągłości tradycji prawnej i prawniczej gwałt zadany przy tej okazji źródłom rzymskim był szczególnie widoczny. Prawnicy rzymscy adaptowali natomiast swój ma-

<sup>96</sup> Pretensje „nomotetyczne” były historiografii antycznej raczej obce. Por. tylko Topolski, o.c. (uw. 43), s. 61-62.

<sup>97</sup> Por. Esser, o.c. (uw. 12), s. 93 („Prinzipiell ist jede Dogmatik in ihrer Zeit allein herrschend und kann ihren Geltungsanspruch nicht von historischer Relativierung abhängig machen”).

teriał historyczny do bieżących potrzeb stopniowo i „prawie niedostrzegalnie”. Specyfika rzymskiego modelu rozwoju prawa prywatnego, do której należą długowieczność większości ustaw, dyskretny charakter interwencji pretorskich, zwyczajowy mechanizm ewolucji Juristenrecht, polega właśnie na tym, że tradycja określa jego oblicze w zakresie dla współczesnego prawnika trudno wyobrażalnym. Fakt normatywny, który miał miejsce 5 lat temu jest dla nas często historią, dla Rzymian nawet fakt normatywny pochodzący sprzed ponad 500 lat może być — jako należący do prawa obowiązującego — teraźniejszością. Pociąga to za sobą skrócenie, czy nawet całkowitą niwelację, perspektywy historycznej w działalności operacyjnej prawników. Są oni w dużym stopniu tradycjonalistami, a przy tym bardzo kiepskimi historykami. Spróbujmy wyjaśnić nieco dokładniej to z pozoru paradoksalne zjawisko. Zasadniczym zadaniem każdej jurysprudencji jest — jak się wydaje — uczyńnię z norm o najróżniejszym charakterze i genezie historycznej zdolnego do funkcjonowania w praktyce systemu<sup>98</sup>. Jurysprudencja klasyczna obciążona jest tą funkcją unifikacyjną w wyjątkowo wydatnej mierze: tak jak w płaszczyźnie synchronicznej integruje ona sektory *ius civile*, *ius gentium* i *ius honorarium*, a później i cesarskie *ius novum*, tak w płaszczyźnie diachronicznej spaja w jedną całość normy powstałe na przestrzeni setek lat. Sprowadzając je do wspólnego mianownika dogmatycznego musi oczywiście w dużym stopniu zapomnieć przyczyny i okoliczności ich powstania. Sytuacja prawnika rzymskiego jest pod tym względem odwrotna niż współczesnego, któremu ustawodawca oferuje system — przynajmniej w zamierzeniu — „gotowy” i homogeniczny historycznie. Aby nad nim w pełni zapanować, prawnik będzie go musiał często rozłożyć na historyczne „czynniki pierwsze”, wyodrębnić normy o różnej genezie historycznej, odróżnić ich funkcję pierwotną od późniejszych i aktualnej etc. Prawnikowi rzymskiemu, dla którego historia — a ściślej mówiąc: tradycja — pełni rolę podobną do naszego „racjonalnego prawodawcy”, w związku z czym poddawana być musi wyżej wspomnianej „dogmatyzacji”, pozostaje na takie podejście historyczne niewiele miejsca.

Zaprezentowane tu „rozwiązanie globalne” nie wyklucza bynajmniej możliwości, a nawet konieczności szczegółowych studiów nad stosunkiem do historii w kolejnych okresach i podokresach rozwoju jurysprudencji rzymskiej, w jej różnych szkołach i prądach. Interpretacja dogmatyczna, jako pewien ogólny typ postępowania, przeprowadzana

---

<sup>98</sup> Nie chcąc wdawać się w tradycyjny spór o mniej lub bardziej systemowy charakter prawa klasycznego, godzimy się właściwie na każdą, nawet na bardzo luźną z punktu widzenia logicznego, definicję systemu. W każdym razie również sytuująca się na jego antypodach topika przyznaje, że „w celu rozwiązania problemu należy włączyć go w system” (Th. Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*<sup>5</sup>, München 1974, s. 33).

być może przecież z większą lub mniejszą kulturą historyczną: prawdopodobnie stanowisko późnej klasyki da się określić jako bardziej systemowo-dogmatyczne niż okresów wcześniejszych; niewykluczone że Sabinianie przypisywali tradycji większą rolę niż Prokulianie; należy też — niezależnie od powyższych kryteriów — rozróżniać poszczególnych prawników według reprezentowanego przez nich typu umysłowości<sup>99</sup>. Prawnik samodzielny, świadom swej siły intelektualnej czy też — jak się często mówi — „oryginalny”, korzysta ze skumulowanego przez stulecia doświadczenia jurysprudenckiego w sposób twórczy, przetwarzając je w swym rozstrzygnięciu w nową jakość, w której elementy tradycji i innowacji zlewają się, zapewne z przewagą tych drugich, w sposób uniemożliwiający ich precyzyjne rozgraniczenie; nieprzypadkowo zatem prawnicy tego typu — jak w szczególności Julian czy Papinian — na ogół nie cytują autorytetów. Inaczej umysłowości encyklopedyczne i „komentatorskie” (a do tego typu należą w mniejszym lub większym stopniu trzej prawnicy, których fragmenty były głównym przedmiotem naszego zainteresowania): rozstrzygnięcia wcześniejszych jurystów są dla nich nie tyle jednym z możliwych modeli czy źródłem inspiracji, ile normą, którą trzeba przyjąć lub odrzucić. Dorobek poprzednich pokoleń może być zatem — po wyeliminowaniu rozstrzygnięć „fałszywych” — bezpośrednio zastosowany w praktyce. Juristenrecht jest w ich ujęciu — by posłużyć się metaforą matematyczną — prostą sumą wszystkich trafnych, przeszłych i teraźniejszych, rozstrzygnięć; postęp jurysprudencki nie jest geometryczny czy „skokowy”, lecz addytywny, polega na wzbogacaniu prawniczego *tezaurus* o coraz nowe, jednak zawsze współmierne z poprzednimi, wielkości.

Wydaje się, że przewaga tego typu umysłowości i tego rodzaju pojmowania mechanizmu rozwojowego Juristenrecht nie jest w jurysprudenckiej klasycznej przypadkowa. Historia w sensie *res gestae* jest oczywiście wszechobecna; a jednak może ona być postrzegana na rozmaite sposoby, które w decydującej mierze zależą od obiektywnych form jej przejawiania się. Już Jhering zwracał uwagę na odmienny rytm rozwoju historii politycznej i historii prawa, w tym w szczególności różnych jego gałęzi<sup>100</sup>. Że rytm ten uległ ostatnio przyspieszeniu jest banałem. Do gabinetu współczesnego prawnika wkracza zatem historia brutalnie, obwieszczając mu bezceremonialnie, że w wyniku pociągnięcia piórem ustawodawcy część jego biblioteki (a niekiedy i bibliografii) „przeszła do historii”. W antyku rzymskim była ona dyskretniejsza (mówimy cały czas o prawie prywatnym!), działała stopniowo i w małych dawkach; dezaktualizacja dawniejszych wypowiedzi dogmatycz-

<sup>99</sup> Por. o tych problemach ogólnie Nörr, *Pomponius* (uw. 38), s. 507-509.

<sup>100</sup> *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* 1<sup>9</sup>, przedruk Darmstadt 1955, s. 66-74, szczeg. 73.

nych dostrzegalna była w związku z tym dopiero po upływie dłuższego czasu. Zawdzięczamy to wspomnianej specyfice mechanizmów rozwojowych rzymskiego prawa prywatnego, w szczególności dużej roli interpretacji jurysprudencyjnej, a w jej ramach przede wszystkim ciągłości tradycji naukowej. Za jej sprawą od chwili ukonstytuowania się jurysprudencki rzymskiej jako nauki dla prawników historia jeśli nie dosłownie stanęła w miejscu, to w każdym razie jakby zwolniła swój bieg. To dlatego że rzymska tradycja prawnicza tworzy kontinuum, bez cezur i rewolucji naukowych, juryści widzą historię płasko i statycznie. Dlatego nie zauważają „niedostrzegalnego” rozwoju i dyskutują z dawniejszymi jak ze współczesnymi<sup>101</sup>. Dlatego wreszcie, rzecz w innych naukach chyba bez precedensu, jurysprudencka rzymska nie ma swego „lamusa historii”, do którego odkładałaby — jak się to czyni dzisiaj — zdezaktualizowane rozwiązania dogmatyczne. Prawnicy rzymscy nie zakładają z góry, że rozwiązania późniejsze są tym samym lepsze. Wszystkie rozstrzygnięcia są „tezauryzowane”, z możliwością dokonania ich natychmiastowej „reinwestycji”, która jest szczególnie łatwa, dopóki nie dojdzie do zdecydowanego wykrystalizowania się *communis opinio*, ale nawet później nie jest wykluczona<sup>102</sup>; przypadki uznawania za lepsze, „bliższe prawdy” opinii prawników znacznie wcześniejszych nie należą do rzadkości<sup>103</sup>. Prawnik rzymski sięga zatem często do przeszłości, co więcej: specyficzny porządek źródeł prawa niejednokrotnie zmusza go — w celu ustalenia prawa obowiązującego — do badań, które ze względu na odległość czasową, odmienność realiów itp. określilibyśmy jako historyczne. Jednak badania te sprowadzają się w ostatecznym rachunku do ubierania historii w gorset dogmatyki.

Zajmowanie się faktami, które zdarzyły się w przeszłości, w naszym przypadku dawnymi normami i rozstrzygnięciami prawnymi, nie jest historiografią ani nie świadczy o „świadomości historycznej”, jeśli pojmujemy się je nie jako produkty ich epoki, lecz jako abstrakcyjne, stosowalne bezpośrednio *hic et nunc* rozwiązania prawniczych łamigłówek. Tym bardziej jeśli to sięganie do przeszłości wymuszone jest przez brak rozsądnej alternatywy, a taki właśnie charakter zdaje się mieć „pielęgnowanie tradycji” przez jurysprudencję rzymską. W obliczu słabej aktywności „legislatora” i nikłej roli prawa stanowionego oraz odpowiednio dużej roli Juristenrecht, które stanowi szkielet całego systemu,

<sup>101</sup> W tym sensie chyba Talamanca, o.c., (uw. 19), s. 225 uw. 49, który swą „zasadę współczesności” uznaje za „caratteristica propria del Juristenrecht romano — e di tutti i Juristenrechte in generale”.

<sup>102</sup> Por. ogólnie Kaser, o.c. (uw. 52), s. 507 - 508.

<sup>103</sup> Na przykład Ulp. D.24,1,32,27 (*Julianus ait... sed est verius, quod Labeoni videtur*); por. też Ulp. D.5,3,13,6, Ulp. D. 32,49,6, gdzie Prokulusowi daje się pierwszeństwo przed Celsusem (D.34,2,3) i wreszcie Paul. D.35,2,1,9 (*necessario ad veterum sententiam revertendum est*).

zdana na własne siły jurysprudenceja nie może dopuścić do kwestionowania własnych podstaw, musi kłaść nacisk na elementy tradycji i kontynuacji, nawet za cenę niedostrzegania zmian, które w rzeczywistości miały miejsce<sup>104</sup>. Taka jest chyba najbardziej wiarygodna odpowiedź na pytanie, dlaczego „prawdy jurysprudencejne” Rzymian są nie historyczne, lecz dogmatyczne, dlaczego są one przez nich traktowane jako ponadczasowe.

TOMASZ GIARO (Warszawa)

#### LA VÉRITÉ DOGMATIQUE ET LA „SUPRATEMPORALITÉ” DE LA DOCTRINE CLASSIQUE

##### Résumé

La considération des „vérités de doctrine” romaines comme supratemporelles n'est pas une innovation de la réception moderne du droit romain. C'était dans le cadre de la doctrine romaine — qui, par contraste avec celle moderne, se servait souvent de jugements de vérité dans son discours dogmatique — que l'on considérait comme vraies les opinions des juristes éloignés dans le temps de 200 ou 300 ans. Cela était possible grâce à ce que l'on appelle „interprétation applicative” qui recherche dans le matériau historique une règle de comportement actuelle et on la retrouve pour le prix d'une déformation plus ou moins sensible des intentions de l'auteur de la source. Dans l'histoire du droit on connaît bien l'adaptation des anciennes sources romaines faite par les Pandectistes allemands ou bien l'adaptation du droit romain classique étant l'oeuvre de Justinien. En revanche, on ne se penche pas suffisamment sur l'adaptation de l'ancien droit romain dont s'occupaient les juristes classiques eux-mêmes.

La méthode en question, opposée à l'interprétation historique ne visant en principe que des objectifs purement Cognitifs, est typique de chaque dogmatique juridique. La dogmatique romaine la lie toutefois d'une façon très caractéristique avec l'histoire dans ce sens que — à cause de la structure particulière du système romain des sources de droit, et notamment du défaut d'une actualisation „courante” du droit par le législateur — le juriste romain devait remonter souvent à un passé éloigné pour déterminer la règle du droit en vigueur. Il ne concevait pas le passé comme histoire, et sa recherche comme historiographie, puisque le droit positif était pour lui un ensemble et les règles anciennes — si elles demeuraient en vigueur — étaient du domaine du „présent” juridique.

Le rôle de notre „législateur rationnel” étant joué, pour les Romains, par

---

<sup>104</sup> Pytanie, na ile to ostatnie zjawisko położyć należy na karb złudzenia (tak chyba B. W. Frier, *Landlords and Tenants in Imperial Rome*, Princeton 1980, s. 197, 207, 216: „illusion of timelessness”) związanego z naiwnością historyczną prawników, a na ile jakiejś *pia fraus* z ich strony, pozostawiamy — jako prowadzące na nie spenetrowany teren psychologii rzymskiej jurysprudenceji — nie rozstrzygnięte.

l'histoire (et, plus exactement, par la tradition), l'histoire devait subir une adaptation poussée ou, autrement dit, une dogmatisation pour que l'on puisse la mettre en concordance avec l'idée actuelle de rationalité.

La longue durée des „vérités de doctrine” romaines résulte dans de nombreux cas de leur caractère abstrait, mais cela se fait dans d'autres cas avec leur déformation qui, à cause de la continuité de la tradition savante (n'existant pas dans le cas de Justinien et, d'autant plus, des Pandectistes), n'est guère notée.

L'analyse détaillée permet toutefois de découvrir de nombreux anachronismes dans le traitement de l'oeuvre des juristes anciens par les classiques. Dans l'article on soumet à l'analyse notamment: Ulp. D.21,1,1Opr-1; D.9,2,9pr; Paul. D.18,1,1,1; D.41,2,3,3; Pomp. D.34,2,34pr; D.34,2,10.