

Paulina Świącicka

Prawo jurysprudencyjne jako prawniczy dyskurs argumentacyjny : (zarys problematyki)

Zeszyty Prawnicze 11/1, 317-338

2011

Artykuł został opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

PAULINA ŚWIECICKA

Uniwersytet Jagielloński

PRAWO JURYSPRUDENCYJNE JAKO
PRAWNICZY Dyskurs ARGUMENTACYJNY
(ZARYS PROBLEMATYKI)

Ὡς δὲ καὶ διαλεκτικωτέρους ἐποίει τοὺς
συνόντας, πειράσομαι καὶ τοῦτο λέγειν.
Σωκράτης γὰρ τοὺς μὲν εἰδότας,
τί ἕκαστον εἶν τῶν ὄντων,
ἐνόμιζε καὶ τοῖς ἄλλοις ἂν ἐξηγεῖσθαι
δύνασθαι· τοὺς δὲ μὴ εἰδότας οὐδὲν ἔφη θαυμαστὸν εἶναι
αὐτούς τε σφάλλεσθαι καὶ ἄλλους σφάλλῃν·
ὧν ἔνεκα σκοπῶν σὺν τοῖς συνοῦσι, τί
ἕκαστον εἶν τῶν ὄντων, οὐδέποτε ἔληγε.
(Xen., Mem. 4,6,1)

1. PRAWO JURYSPRUDENCYJNE

Jeden z klasycznych jurystów, Sextus Pomponius, w swym *liber singularis enchiridii* (D. 1,2 pr.-53; O. Lenel, *Pal.* 2, szp. 44-52, no. 177-179), unikatowym piśmie – wykładzie na temat *origo et processus* prawa rzymskiego i rzymskiej jurysprudenckji¹, wspominał w szczególnym walorze tworzonego przez jej przedstawicieli prawa:

¹ Pomp. *lib. sing. enchir.* D. 1,2 pr.: *Necessarium itaque nobis videtur ipsius iuris originem atque processum demonstrare.* Na temat dzieła Pomponiusa zob.: D. NÖRR, *Pomponius oder 'Zum Geschichtsverständnis der römischen Juristen'*, «ANRW» II.15/1976, s. 563-569; zob. także rozważania na temat znaczenia ekspozycji historii

D. 1,2,2,12 (Pomp. lib. sing. enchir.): *Ita in civitate nostra aut iure, id est lege, constituitur, aut est proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit ... 13: post hoc dein de auctorum successione dicemus, quod constare non potest ius, nisi sit aliquis iuris peritus, per quem possit cottidie in melius produci.*

Podobnie, już w czasach późno-republikańskich, w swych pismach filozoficzno-politycznych inspirowanych myślą Platona², Cicero, wspominając o początkach tzw. *responsitare*, czyli „codziennego”, zwyczajowego dawania przez jurystów odpowiedzi na pytania „o prawo” (*responsa*), pisał, że są owe *responsa in usu necessarium*, legitymizując tym samym teleologicznie i samych ich autorów – jurystów.

Cic., *De leg.* 1,4,14: *Sed iam ordire explicare, quaeso, de iure ciuili quid sentias. ... Summos fuisse in ciuitate nostra uiros, qui id interpretari populo et responsitare soliti sint, sed eos magna professos in paruīs esse uersatos. Quid enim est tantum quantum ius ciuitatis? Quid autem tam exiguum quam est munus hoc eorum qui consuluntur? Quam<quam> est [populo] necessarium, nec uero eos, qui ei muneri praefuerunt, uniuersi iuris fuisse expertis existimo, sed hoc ciuile quod uocant eatenus exercuerunt, quoad populo praestare uoluerunt; id autem in cogniti<one> tenue est, in usu necessarium...³.*

dla właściwego zrozumienia sensu analizowanych wydarzeń: L. LANTELLA, *Metastoria I. Prelettura teoretica per un seminario sull'Enchiridion di Pomponio*, Torino 1990, passim.

² Chodzi tu o *De legibus* oraz *De re publica*, które uznać można za „odpryski” Platónskich dialogów *Nóμοι* i *Πολιτεία*. Przez niektórych badaczy te traktaty Arpinaty uznawane są nawet za łacińskie odpowiedniki greckich pism Platóna. Na ten temat, w szerszym kontekście zależności dzieł Cycerona od dzieł Platóna, zob. A. RIKLIN, *Polybios, Cicero und die römische Republik*, [w:] *Das Recht im kulturgeschichtlichen Wandel. Festschrift für Karl Heinz Burmeister zur Emeritierung*, Hrsg. B. MARQUARD, A. NIEDERSTÄTTER, Konstanz 2002, s. 223-245, w szczególności s. 238, 241, 242.

³ Zob. też podobnie Cic., *De rep.* 5,3,5.

Znamiennie w kontekście takich antycznych przekazów brzmią więc słowa Stefana Grzybowskiego, który stwierdził, że „dzieje prawa nie są tylko dziejami całych społeczeństw, ale także owocem indywidualnej myśli prawniczej”⁴. Z kolei Stanisław Grodziski podkreślił „twórczą rolę nauki prawa, która często stanowi jedno ze źródeł prawa, wywiera wpływ na kierunki jego tworzenia... i podnosi jego autorytet.”⁵ Patrząc na dzieje prawa rzymskiego, gdzie znacząca ilość reguł prawnych „stworzona” – „odkryta” została właśnie przez rzymskich *iurisprudentes*, którym – jak tłumaczył Gaius, akcentując z jednej strony kreacyjną funkcję *interpretatio prudentium*, z drugiej jednak podkreślając i jej konserwacyjną rolę – *permissum est iura condere* (Gai 1.7)⁶, stwierdzenia te wydają się niezwykle trafnie opisywać rzymską rzeczywistość prawną. Przede wszystkim rzymscy juryści jawią się jako wyodrębniona grupa społeczna, grupa profesjonalnych znawców prawa – *iuris periti, iuris prudentes, iuris studiosi* (e.g. Cic., *Pro Caecin.* 24,69: *peritissimi homines*; Cic., *Brut.* 39,145: *ut eloquentium iuris peritissimus Crassus, iuris peritorum eloquentissimus Scaevola putaretur*; Cic., *Ad Att.* 8,3,3: *Ile restituendi mei quam retinendi studiosior*; Suet., *Ner.* 32: *studiosis iuris*)⁷, posiadających ową szczególną

⁴ S. GRZYBOWSKI, *Dzieje prawa. Opowieść, refleksje, rozważania*, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk 1981, s. 14.

⁵ S. GRODZISKI, *Z dziejów staropolskiej kultury prawnej*, Kraków 2004, s. 9; znaczenie autorytetu jako czynnika niezbędnego dla prawidłowego funkcjonowania nauki podkreślają także: J. GOĆKOWSKI, *Autorytety świata uczonych*, Warszawa 1984, s. 34 i n.; oraz T. GIARO, *Prawda i autorytet w jurysprudencji klasycznej*, «Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego – Prace Prawnicze» 125/1989, s. 30-31.

⁶ Zob. też G. 4,30: ... *veterum, qui tunc iura condiderunt* ... (sc. *constituerunt* – dod. mój; słowo to wydaje się być bardziej techniczne, bowiem sugeruje aktywność normatywną; *argum. ex lul.* 80. *dig. D.* 1,3,11: *Et ideo de his, quae primo constituuntur, aut interpretatione aut constitutione optimi principis certius statuendum est.*); zob. ThLL s.v. *conditor* no. 146: *conditor* jako *aedificator, auctor et parens, scriptor, creator, administrator*; określenia te niewątpliwie akcentują kreacyjną funkcję jurysprudencji. Zob. na ten temat, w szczególności: L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano 1967, s. 21, 63; R. QUADRATO, ‘*Iuris conditor*’, «Index» 22/1994, s. 87-106, w szczeg. s. 93.

⁷ Przykładowo: C.A. Cannata podkreślił, że wśród państw starożytnych, jedynie w rzymskiej rzeczywistości prawnej pojawił się jurysta jako profesjonalista. Zob.

umiejętność jego rozumienia i tłumaczenia, niezbędnych dla jego stosowania (*ex Pomp. lib. sing. enchir. D. 1,2,1,5: ... ut naturaliter evenire solet, ut interpretatio desideraret prudentium auctoritatem*)⁸. Ale jurysci to jednocześnie twórcy norm prawnych (*Pomp. lib. sing. enchir. D. 1,2,2,12-13 cit. retro*). Odpowiadając bowiem na niedostatki legislacji zgromadzeń ludowych przez wieki dawali oni Rzymowi to,

C.A. CANNATA, *La Giurisprudenza Romana*, Torino 1974, s. 2; TENZE, *Histoire de la Jurisprudence Européenne*, I: *La jurisprudence romaine*, Torino 1989, s. 9-10. Zob. też wypowiedzi samych starożytnych, jak, np. Pomponiusa, który w *Enchiridium* podkreślał niezbędność takiego profesjonalnego przygotowania dla dokonywania interpretacji prawa: *Pomp. lib. sing. enchir. D. 1,2,1,5: ... ut naturaliter evenire solet, ut interpretatio desideraret prudentium auctoritatem*. Akcent na fachowość widoczny jest niewątpliwie w przywołanych *supra* określeniach jurystów, jak „*iuris periti*”, „*iuris studiosi*”. Podobnie, profesjonalizm, jako cechę idealnego jurysty wymieniał, przy okazji kreślenia portretu idealnego mówcy, Cicero, podkreślając w *de Oratore*, że idealny *iuris consultus* miał być specjalistą posiadającym wiedzę techniczną oraz znajomość ustaw i zwyczajów: *Cic., De or. 1,48,209-49,213; 55,234-236*, a także *Cic., De or. 1,45,198-46,201; 3,33,132-136*. Z kolei w innym ze swych dzieł, *Brutus sive de claris oratoribus*, Cicero twierdził też, że istnieje związek między sztuką wymowy połączoną z filozofią, sztuką rozumienia prawa oraz polityką, więc, co za tym idzie, wykształcenie humanistyczne powinno dawać umiejętności we wszystkich tych dziedzinach, bowiem one się uzupełniają. Zob. komentarz do powoływanych fr. z *De oratore*: M. BRETONE, *Diritto e pensiero giuridico romano*, Firenze 1976, s. 28-30.

⁸ We współczesnej romanistyce podkreśla się, że drugim krokiem w kształtowaniu się *iurisprudentia romana*, była zmiana paradygmatu jurysty laickiego, który ze znającego prawo przedstawiciela partycejuszowsko-plebejskiej *nobilitas* stał się profesjonalnym znawcą prawa – *iuris peritus*. Na znaczenie owej zmiany zwrócił uwagę m. in. A. SCHIAVONE, *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana. Il secolo della rivoluzione scientifica nel pensiero giuridico antico*, Roma-Bari 1992, s. IX, wyjaśniając jednak, że sam moment uprzedniej „sekularyzacji jurysprudencji” (zob. *Pomp. lib. sing. enchir. D. 1,2,2,6; 35*), choć niewątpliwie niezwykle ważny, sam w sobie nie oznaczał jeszcze zmiany paradygmatu myślenia o prawie, jak i rozumienia jego roli w życiu społeczeństwa. Moment przejścia od jurysprudencji pontyfikalnej do jurysprudencji świeckiej za niezwykle istotny dla dalszego rozwoju rzymskiej jurysprudencji uznał z kolei F. BONA, *Il ‘docere respondendo’ e ‘il discere audiendo’ nella tarda repubblica*, [w:] *‘Lectio sua’*. *Studi editi e inediti di diritto romano*, II, Milano 2003, s. 1131-1160, 1142.

co nazywamy prawem jurysprudencyjnym lub *Juristenrecht*⁹, a więc powstającym w wyniku kolejnych interpretacji jurystów zbiorem kazuistycznych rozwiązań stanowiącym swoiste *remedium* na normatywne *vacuum*. Niewątpliwie też poczynając od II wieku p.n.e., a więc od schyłku Republiki, od kiedy w odniesieniu do rzymskiej kultury *sensu largo*, a więc i kultury prawnej, mówić można o początkach swoistej „rewolucji myśli” w związku z intensyfikacją kontaktów z cywilizacją hellenistyczną¹⁰, polegającą – generalnie mówiąc – na wzmożonej

⁹ Zob. przykładowo: M. KASER, *Zur Problematik der römischen Rechtsquellenlehre*, [w:] *Festschrift für W. Flume zum 70. Geburtstag*, I, Köln 1978, s. 101-123 [= *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode*, Wien-Köln-Graz, 1986, s. 9-41], w szczeg. s. 118-121; por. zaproponowaną przez A.A. Schillera definicję « prawa jurysprudencyjnego »: A.A. SCHILLER, *A Definition of Jurists Law*, [w:] *Symbolae Iuridicae et Historicae Martino David Dedicatae*, I: '*Ius Romanum*', Leiden 1968, s. 181-200, w szczeg. s. 200: „Roman jurists law is the body of innovative legal rules and legal institutions fashioned by members of the group of persons recognized as having expert knowledge of the private law and whose opinions and views were, as a result of the repute of these persons, accepted as legal principles and doctrine for the guidance of Roman society, provided only that such rules were not thereafter promulgated and such institutions were not developed by officials or public bodies of the state”. Por. też: L. VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano (Corso di lezioni)*, Torino 1989, *passim*, w szczeg. s. 111, oraz T. GIARO, *Geltung und Fortgeltung des römischen Juristenrechts*, «ZSS» 100/1994, s. 66-94, w szczeg. s. 83.

¹⁰ Autorzy badający kwestie związane z relacjami interkulturowymi między cywilizacją hellenistyczną a cywilizacją rzymską podkreślają, że sam proces przenikania niektórych pierwiastków kultury greckiej rozpoczął się już wcześniej, a nawet sięgał początków Rzymu, a to z uwagi na położenie miasta w bezpośrednim sąsiedztwie greckiego świata, jak, np. miasta Cumae, czy obszaru określanego jako Kampania, który zhellenizował się znacznie wcześniej, czego przykładem są przedrzymskie Pompeje, określane przez H.-I. Marrou jako „la ville hellénistique”, czy kontakty z Syrakuzami mające miejsce jeszcze przed podbojem Sycylii. Niewątpliwie jednak znaczenie w zakresie intensyfikacji wpływów musiały mieć podboje pozostałych terenów tzw. Wielkiej Grecji, jak Tarent, Sycylia, Macedonia, sama Grecja, a przede wszystkim azjatycki Pergamon. Zob. uwagi na temat „les étapes de l'influence grecque”: H.-I. MARROU, *Histoire de l'Éducation dans l'Antiquité*², Paris 1950, s. 330-334; zaś na temat pierwszego momentu zetknięcia się rzymskiej *latinitas* oraz greckich *humaniora*, zob. też ostatnio: P. ŚWIĘCICKA, '*Latinitas*' i greckie '*humaniora*'. *O sceptycyzmie Rzymian okresu republikańskiego wobec greckich obyczajów, myśli naukowej i kultury słowa*,

intensywności grecko-rzymskiej „cyrkulacji pism i osób”¹¹, w historii

[w:] *Ochrona bezpieczeństwa i porządku publicznego w prawie rzymski*, red. K. AMIĘLAŃCZYK, A. DĘBIŃSKI, D. SŁAPEK, Lublin 2010, s. 247-261.

¹¹ W tym czasie bowiem przywieziono do Rzymu wiele dzieł autorów helleńskich i hellenistycznych. Przykładowo, po zwycięstwie pod Pydną (168 p.n.e.) Lucius Aemilius Paulus, ojciec Scypiona Młodszego Afrykańskiego, przywiózł do Rzymu słynną bibliotekę macedońskiego króla Perseusza: Plut., *Aem.* 28.11. Następnie sam Scypion Młodszy, po zwyciężeniu Kartaginy, przywiózł większą część znajdującego się tam księgozbioru. Zob. o tych zdarzeniach: Plin., *Nat. hist.* 18,22; Varr., *De re rust.* 1,1,10; App., *Lib.* 133; 631; Isid., *Orig.* 17,1,1. Kolejną „zdobyczą” Rzymian była biblioteka ateńska przywieziona przez Sullę, zawierająca nieznaną dotąd dzieła Arystotelesa i jego ucznia Theofrasta: Plut., *Sull.* 26; Strab., *Geogr.* 13,1,54. Plutarch wspomina też, że Pompejusz przez jakiś czas posiadał księgozbiór zdobyty przez jego ojca w Asculum, który jednak rozgrabiony został przez stronników Cynny: Plut., *Pomp.* 4,2. Marek Antoniusz zabrał część biblioteki pergamońskiej i włączył te zbiory do biblioteki aleksandryjskiej, przez co stały się one bardziej dostępne. W późniejszym czasie Oktawian, już jako C. Iulius Caesar Octavianus utworzył grecko-łacińską bibliotekę w portykach świątyni Apollona na Palatynie, a następnie grecko-łacińską bibliotekę w portyku Oktawii na Polu Marsowym: Suet., *Aug.* 29; *Res gestae* 19. Generalnie tę tendencję podsumował Izydor z Sewilli, pisząc: Isid., *Etym.* 6,5,1-2: *Romae primus librorum copiam advexit Aemilius Paulus, Perse Macedonum rege devicto; deinde Lucullus e Pontica praeda. Post hos Caesar dedit Marco Varroni negotium quam maximae bibliothecae construendae. 2. Primum autem Romae bibliothecas publicavit Pollio, Graecas simul atque Latinas, additis auctorum imaginibus in atrio, quod de manubiis magnificentissimum instruxerat.* Szerzej na ten temat: T. ALEKSANDROWICZ, *Biblioteki prywatne rzymskiej 'nobilitas' w schyłkowym okresie Republiki*, [w:] *Studia bibliograficzne, II: Bibliofilia – bibliotekarze – wydawcy*, (red.) J. PASZEK, Katowice 1988, s. 9-23, w szczególności s. 12 i n.; TENŻE, *Zainteresowania literackie rzymskiej nobilitas w schyłkowym okresie Republiki*, Katowice 1990, passim. Z drugiej zaś strony mówić można o wspomnianej „cyrkulacji osób”, mającej swój przejaw w szczególności w coraz częstszej obecności przedstawicieli różnych szkół filozoficznych w Rzymie. Najbardziej znanymi przykładami takiej obecności był przyjazd w 155 r. p.n.e. do Rzymu – w roli ambasadorów Aten – trzech filozofów, scholarchy Akademii Platonskiej Carneadesa, perypatetyka Critolaosa oraz stoika Diogenesa z Babilonii: Cic., *De or.* 2,155; 3,68; Cic., *Acad. Post.* 1,46; Cic., *Acad. Pr.* 2,137; Cic., *Tusc. Disp.* 4,3,5; Cic., *Ad Att.* 12,23,2; zob. też Plin., *Nat. hist.* 7,112; Gell. 6,14,8-10; 17,21,48; Quint., *Inst.* 12,1,35; Plut., *Cat. Mai.* 22; Macrobian., *Sat.* 1,5,13-16. Znaczenie tego wydarzenia podkreślają niemal zgodnie współcześni autorzy zajmujący się historią rzymskiej *iusprudentia*, uznając je za moment, który wzmocnił jej formację metodologiczną: zob. przykł. F. BONA, *Il 'docere respondendo'...*,

prawa rzymskiego obecne są jednostki, znane z imion i z dzieł, posiadające wiedzę o prawie pozytywnym oraz profesjonalne umiejętności jego interpretacji, a także – a może przede wszystkim – zdolność do krytycznego myślenia oraz samodzielnej refleksji nad pojawiającymi się problemami natury prawnej. Wszystkie wspomniane przymioty budowały personalną *auctoritas* jurystów (*ex Cic., De orat.* 1,45,198: *ut in respondendo iure auctoritate*; Cic., *Top.* 28: *auctoritas iuris peritorum*; Pomp. 2 *def. D.* 1,1,7 pr.: *ius ... auctoritate prudentium venit*)¹², którą znać można niemal za jeden z antycznych „mitów prawniczych”¹³, bowiem generalnie fundowała ona perswazyjną podstawę dla akceptacji kompetencji do prawotwórstwa podmiotów formalnie do tego nielegitymowanych (e.g. Gai. 7 *ad ed. prov. D.* 7,5,2,1: *auctoritas senatus*; G. 3,224: *auctoritas praetoris*; Tryph. 7 *disp. D.* 41,1,63.4: *auctoritas principis*), jak i uzasadniała przekonanie o wiążącym charakterze nor-

s. 1133: „Ed è proprio grazie a questi *principes civitatis*, dopo la morte del più tenace oppositore, Catone il Censore, che la cultura filosofica prese definitivamente piede in Roma”; podobnie, wcześniej A. SCHIAVONE, *Giuristi e nobili*, cit., s. 32, 33), Trzeba także wspomnieć o rozpowszechnionym wśród członków rzymskiej elity zwyczaju wyjazdów do Aten, do Aleksandrii, Pergamonu lub na Rodos, w celu pobierania tam nauk (o czym często wspominał o Cicero: e.g.: *Brut.* 70,245; 89,307; 90,312; 91,315-316: zob.: K. KUMANIECKI, *Podróż Cycerona do Grecji i Azji w R.* 79-77, [w:] *Scripta Minora*, Wrocław-Warszawa-Kraków 1967, s. 391-401, w szczeg. s. 392, podsumował ten trend słowami: „Przebycie roku czy kilku miesięcy na «studiach» w Grecji należało niewątpliwie do dobrego tonu”.

¹² Zob. niedawno na ten temat: R. Domingo, *Auctoritas*, Barcelona 1999, *passim*; w zasadzie za „klasyczne” studia na ten temat znać można prace T. Giaro: *Prawda i autorytet*, cit., s. 29-50; TENZE, *Dogmatische Wahrheit und Zeitlosigkeit in der römischen Jurisprudenz*, «BIDR» 29/1987, s. 1-108 (estratto), w szczeg. s. 13 i n.; TENZE, *Prawda dogmatyczna i „ponadczasowość” jurysprudencji rzymskiej*: «CPH» 40.1/1988, s. 1-31; zob. też F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*² (1 ed. 1934), Berlin 2003, s. 122-123; TENZE, *History of Roman Legal Science*, Oxford 1953, s. 124-125.

¹³ Na temat „mitów prawniczych” zob. P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*³, Milano 2007, *passim*; J. STELMACH, *Mity prawnicze*, <http://www2.wpia.uw.edu.pl/files/doktoranckie/STELMACH%20J.%20-%20MITY%20PRAWNICZE.doc?short=>

matywnych wytworów tych podmiotów (legitymizacja normy)¹⁴. Z kolei w odniesieniu do samej masy prawa jurysprudenckiego *auctoritas* – niczym argument perswazyjny – nierzadko wzmacniała obiektywną trafność zaproponowanego rozstrzygnięcia (e.g. Sen., *Ep.* 94,27: *sic quomodo iurisconsultorum valent responsa, etiam si ratio non redditur*) i służyła następnie kolejnym pokoleniom prawników jako argument usprawiedliwiający wybór danej reguły jako podstawy dla własnego rozstrzygnięcia (por. Arist., *Top.* 1,100 b: *communis* lub *dominans opinio* jako przesłanka większa rozumowania)¹⁵. Sumując, można więc zgodzić się z twierdzeniem Bruno Schmidlina¹⁶, że rzymska jurysprudencja to twór, który powstał dzięki fachowej wiedzy i wspólnej pracy jednostek, podkreślając jednak dodatkowo znaczenie propozycji sformułowanych przez poszczególnych jej przedstawicieli, jako szczególnego indywidualnego wkładu.

Formułą tworzenia reguł prawa jurysprudenckiego, swoistych „odkryć normatywnych” rzymskiej jurysprudencji, była dyskusja, co nie wydaje się szczególnie zaskakujące, bowiem, dla wrażliwych na słowo i świadomych jego mocy sprawczej starożytnych (e.g. Gorg., Ἐλένης ἐνκώμιον 8 [Diels-Kranz VER¹⁷] 82 B 11: λόγος δυναστέας μέγας ἐστίν)¹⁸, niemal od zawsze traktujących rozmowę (λέσση) jako ramę

¹⁴ Zob. na ten temat P. ŚWIĘCICKA, *Źródła prawa i ich obowiązywanie – współczesność, a prawo rzymskie* (w druku).

¹⁵ Zob. T. GIARO, *Prawda i autorytet...*, s. 31-32 na temat autorytetu jako czynnika ułatwiającego recepcję opinii poszczególnych prawników zarówno w środowisku prawniczym, jak i nieprawniczym; oraz Tamże, s. 38-39: gdzie autor generalnie wspomina o różnych funkcjach autorytetu w piśmiennictwie jurystów klasycznych, jak: funkcji wyjaśniającej, potwierdzającej, wprowadzającej przykład. Generalnie na temat argumentacji *ab auctoritate* zob. K. SZYMANEK, *Sztuka argumentacji. Słownik terminologiczny*, Warszawa 2001, s.v. *argument z autorytetu*, s. 66-69.

¹⁶ B. SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln. Versuch einer Typologie*, Köln-Wien 1970, s. 5.

¹⁷ *Die Fragmente der Vorsokratiker*. Griechisch und Deutsch von HERMANN DIELS, (Hg.) WALTHER KRANZ, 12. Aufl., I, Dublin-Zürich 1971, II, Dublin-Zürich 1966.

¹⁸ Por. Plat., *Lach.* 187 d-188 b; Plat., *Charm.* 154 d-e; Plat., *Apol.* 29 d-e; 39 c-d; i w szczególności Plat., *Phaedr.* 270 b, gdzie Platon, ustami Sokratesa, stwierdził, że w naturze mowy leży prowadzenie dusz, bowiem to do duszy jest skierowana sztuka

życia kulturowego¹⁹, atmosfera dyskusji towarzysząca powstawaniu kolejnych koncepcji naukowych, była naturalna i – co więcej – sprzyjająca, co podkreślali Grecy przekonani o możliwości dielektycznego nauczania cnoty (ἀρετή)²⁰, a nawet poznania prawdy (ἀλήθεια)²¹, i co na grunt rzymski przeszczerzył Cicero.

Plat., *Prot.* 318 d-e [= Diels-Kranz VER 80 a 5]: τὸ δε μᾶθημά ἐστιν εὐβουλία περί τε τῶν οἰκείων ὅπως ἄριστα τὴν αὐτοῦ οἰκίαν, διοικοῖ, καὶ περὶ τῶν τῆς πόλεως δυνατώτατος ἂν εἴη καὶ πράττειν καὶ λέγειν.

przekonywania: ... τῆ δὲ λόγους τε καὶ ἐπιτηδεύσεις νομίμους πειθῶ ἦν ἂν βούλη καὶ ἀρετὴν παραδώσειν.

¹⁹ Podobnie też i wspólne biesiadowanie, uczta (συμπόσιον), czyli wspólne picie wina kończące wieczorny posiłek, odbywające się jednak według określonych prawideł i etykiety, stanowiło ramę pozwalającą na wymianę myśli. Zob. H.-I. MARROU, *Histoire*², s. 75 i n. Znaczenie obu tych form dla kształtu greckiego wychowania, zwłaszcza w formule ἀρχαία παιδεία, wielokrotnie podkreślił K. ROBB, *Literacy & Paideia in Ancient Greece*, Oxford 1994, s. 34-35, dodając jednak, że i w czasach Platona, w założonej przez niego Akademii συμπόσιον, μουσική odgrywały wciąż istotną rolę.

²⁰ W ten sposób Protagoras z Abdery, ów „first and the most eminent of the itinerant professors of a new culture and enlightenment” – jak określił go W.R.M. LAMB, *Πρωταγόρας*, Loeb Classical Library, 1977, s. 86 – objaśniał możliwości i cele swego nauczania. Zob. też Plat., *Prot.* fr. 316 a – 320 c. Jak więc przekazuje Platon, dla Protagorasa to zrzeczność – biegłość (εὐβουλία) przemawiania, jest właśnie cnotą (ἀρετή). W tym też sensie – zgodnie z ujęciem tego sofisty – cnoty można się nauczyć, czemu jednak przeczyć będą Sokrates i Platon, podejmując tym samym starą kwestię postawioną przez Pindara (*Nem.* 3,57-58), a dotyczącą możliwości „zdobycia cnoty” w drodze „zdobycia wiedzy”. Sokrates i Platon nie mogli na tak zadane pytanie odpowiedzieć pozytywnie, bowiem rozumieli oni cnotę w związku z etyczną doskonałością.

²¹ Dzięki Sokratesowi dialog uznawany był za sposób, który pozwala troszczyć się o poszczególną duszę (ψυχή), bowiem jedynie poprzez dialog, czyli λόγος lub ἔλεγχος, a więc pytania i odpowiedzi, możliwe jest aktywne i wspólne – przez mistrza i ucznia – poszukiwanie prawdy (ἀλήθεια):

Xen., *Mem.* 4,5,12: ἔφη δε καὶ τὸ διαλέγεσθαι²² ὀνομασῶηται ἐκ τοῦ συνιόντας κοινῇ βουλευέσθωαι διαλέγοντας κατὰ γένη τὰ πράγματα· δεῖν οὖν τειρᾶσθωαι ὅτι μάλιστα πρὸς τοῦτο ἑαυτὸν ἔτοιμον παρασκευάζειν καὶ τοῦτου μάλιστα ἐπιμελεῖσθωαι· ἐκ τούτου γὰρ γίγνεσθωαι ἄνδρας ἀρίστους τε καὶ ἡγεμονικῶ - τάτους καὶ διαλεκτικωτάτου.

Cic., *De off.* 1,16,50: *Optime autem societas hominum coniunctioque servabitur, si, ut quisque erit coniunctissimus, ita in eum benignitatis plurimum conferetur. Sed quae naturae principia sint communitatis et societatis humanae, repetendum videtur altius. Est enim primum quod cernitur in universi generis humani societate. Eius autem vinculum est ratio et oratio, quae docendo, discendo, communicando, disceptando, iudicando conciliat inter se homines coniungitque naturali quadam societate, neque ulla re longius absumus a natura ferarum, in quibus inesse fortitudinem saepe dicimus, ut in equis, in leonibus, iustitiam, aequitatem, bonitatem non dicimus; sunt enim rationis et orationis expertes.*

O tym jak ważny dla samych Rzymian był ów aspekt wspólnego dyskursywnego dążenia do poznania istoty omawianej kwestii czy rozstrzyganego problemu, wnioskować można także z innej wypowiedzi Arpinaty:

Cic., *Orat.* 42,144: *'At dignitatem docere non habet.'* Certe, si quasi in ludo; sed si monendo, si cohortando, si percontando, si communicando, si interdum etiam una legendo, audiendo, nescio [cur] cum docendo etiam aliquid aliquando [si] possis meliores facere, cur nolis? ...

²² Termin διαλέγω tłumaczyć można jako „pick out”, „to classify”, „to select, to separate”, „to examine”; z kolei διαλέγομαι oznacza „to discuss”. Zob. LIDDELL & SCOTT, *Greek-English Lexicon, compiled by Henry George Liddell and Robert Scott. A New Edition Revised and Augmented throughout by Sir Henry Studart Jones with the Assistance of Roderick McKenzie*, Oxford 1961, s. 400.

Można więc twierdzić, że w naturalny sposób dyskusja musiała być i dla jurystów, świadomych swej misji społecznej jak i znaczenia posiadanej wiedzy prawniczej, środkiem ich działalności praktycznej, edukacyjnej oraz naukowej, a inaczej mówiąc sposobem przejawiania się prawa jak i dochodzenia do prawa jako odkrycia konstytutywnego. Mając bowiem na uwadze to, że cały proces poszukiwania prawa w danym przypadku, proces mający *par excellence* charakter interpretacyjny²³, prowadzić miał do sformułowania *opinio finalis* (przy czym tu bez znaczenia pozostaje jej walor formalnie-wiązący²⁴), bronić można stwierdzenia, że jeden z typowych, wspomnianych już „obowiązków” jurystów²⁵, za jaki uznać można *‘respondere’ sensu largo*, oznaczał rozumowanie, analizowanie i argumentowanie w poszukiwaniu rozstrzygnięcia (*opinio, sententia*) najlepszego (prawdziwego – *vera*, sprawiedliwego – *iusta*, słusznego – *aequa*, racjonalnego – *rationalis*), a także i wynik tego procesu w postaci samego rozstrzygnięcia, i wreszcie jego usprawiedliwienia – uzasadnienia (*ratio*)²⁶.

²³ „Wykładnia” to po łacinie tyle, co: *‘interpretatio’*. Jak pisał Ciceron, termin ten, mający już niewątpliwie charakter abstrakcyjny, wywodzi się od *‘interpres’* („pośrednik” – jako znaczenie najstarsze, „objaśniacz”, „komentator”) oraz *‘interpretari’* („wyjaśniać”, „objaśniać”, „komentować”). *‘Interpretatio’* oznaczała więc „wyjaśnianie”, „tłumaczenie”. Zob. Cic., *Ad fam.* 10,11,3 ; Cic., *De leg.* 3,80-91; zob. też Plaut., *Curc.* 434. Zob. ERNOUT-MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*, Paris 1959, s.v. *interpres*; WALDE-HOFMANN, s.v. *interpres*; na ten temat w szczególności M. FUHRMANN, *‘Interpretatio’*. *Notizien zur Wortgeschichte*, [w:] *Sympotica Franz Wieacker Sexagenario Sasbachwaldeni a Suis Libata*, Göttingen 1970, s. 80-110.

²⁴ Szerzej zob. mój artykuł: cyt. w przyp. 14.

²⁵ Zob. przykładowo: Cic., *De orat.* 1,48,212: ... *sin autem quaereretur quisnam iuris consultus vere nominaretur, eum dicerem, qui legum et consuetudinis eius, qua privati in civitate uterentur, et ad respondendum et ad agendum et ad cavendum peritus esset*; Cic., *Brut.* 89,154: ... *Galli hominis acuti et exercitatu promptam et paratam in agendo et in respondendo celeritatem subtilitate diligentiaque superavit*.

²⁶ Por. T. GIARO, *Interpretacja jako źródło prawa – dawniej i dziś*, «Studia Prawnoustrojowe» 7/2007, s. 243, który podkreślił, że „norma prawna” dla rzymskiego jurysty to z jednej strony *per se* praktyka prawa, z drugiej zaś ostateczny wynik tejże.

Choć też taka „dyskursywna” formuła poszukiwania – „uzgadniania” – najlepszego rozwiązania problemu prawnego wpływała na jego charakter, który pozostawał niepewny, prawu jurysprudenncyjnemu przyznawano walor równy z *ius civile* (Pomp. *lib. sing. enchir.* D. 1,2,2,12 przykł.: Cic., *De off.* 3,16,65: ... *sanctum apud nos est iure civili, ut ... a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta*).

2. PRAWO JURYSPRUDENCYJNE JAKO DYSKURS ARGUMENTACYJNY

W świetle tak naszkicowanego obrazu rzymskiej jurysprudenccji nasuwa się kwestia możliwości traktowania dyskusji i poszukiwań normatywnych jurystów okresu przedklasycyznego i klasycyznego jako swoistego „antycznego prawniczego dyskursu argumentacyjnego”²⁷. Patrząc też przez pryzmat współczesnych teoretyczno-filozoficznych koncepcji takiego dyskursu²⁸, który charakteryzowany jest głównie

²⁷ W ten sposób określa prawo jurysprudenccyjne m. in. T. GIARO: *Diritto come prassi. Vicende del discorso giurisprudenziale*, [w:] *‘Fides Humanitas Ius’*. ‘Studi’ in onore di L. Labruna, VI, Napoli 2007, s. 2233 i n.; TENZE, *Dal soft law moderno al soft law antico*, [w:] *Soft law e hard law nelle società postmoderne* (a cura di) A. SOMMA, Torino 2009, s. 89, 96-98; zob. też P. ŚWIĘCICKA: *Le principe d’ „ouverture du discours” au point de vue de sa publicité. Autour du problème de la communication intersubjective des „découvertes juridiques” dans le ius iurisprudenciale* (w druku).

²⁸ Zob. K. OPALEK, *Główne kierunki w niemieckiej teorii i filozofii prawa po II wojnie światowej*, [w:] *Studia z teorii i filozofii prawa*, Kraków 1997, s. 11 i n., 66-79; J. STELMACH, B. BROŻEK, *Metody prawnicze*, Kraków 2004, s. 157 i n. Zob. też T. VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz. Ein Beiträge zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*⁵, München 1958, passim; CH. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *La nouvelle rhétorique. Traité de l’argumentation*, Paris 1954, passim; J. HABERMAS, *Theorie und Praxis*, Neuwied a.R.-Berlin 1967, passim; TENZE, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt a.M. 1981, I-II, passim; TENZE, *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie der kommunikativen Handelns*, Frankfurt a.M. 1984, passim; por. TENZE, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaat*, Frankfurt a.M. 1992, s. 57 i n.; zob. też R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt a.M. 1978, passim. Zob. generalnie na ten temat: A. AARNIO, R. ALEXY, A. PECZENIK, *The Foundation of the Legal Reasoning*, «Rechtstheorie» 12.2-4/1981, s. 133-158, 257-279; 423-448; A. AARNIO, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht 1987, passim; A. PECZENIK,

przez jego elementy, jak i reguły nim rządzące, porównanie rzymskiego sposobu budowania kolejnych reguł formujących następnie instytucje prawne, do współczesnego prawniczego dyskursu argumentacyjnego *primo visu* wydaje się co najmniej uprawnione, choć też wyraźnie rysują się odrębności wynikające z faktu, że chodzi tu z jednej strony o tworzenie prawa w starożytności oraz w postpozytywistycznej rzeczywistości²⁹, z drugiej zaś o oczywisty wpływ na prawo różnorodnych, specyficznych czynników, które – w zależności od epoki – determinowały jego kształt i kierunki rozwoju. Niewątpliwie też należy zgodzić się z twierdzeniem, że dyskurs argumentacyjny powinien być urzeczywistniony³⁰, a jako urzeczywistniony staje się dyskursem *hic et nunc*, przez co oddaje specyfikę czasu i miejsca jego prowadzenia.

Podobnie jak i dziś³¹, ów właściwy dla przedstawicieli rzymskiej jurysprudencji brak absolutnej jednomyślności, który osiągnął apogeum swego przejawu w formie *ius controversum*³², powodował, że członkowie tej swoistej „wspólnoty interpretacyjnej”³³ nierzadko prze-

The Basis of Legal Justification, Lund 1983, passim; TENZE, *On Law and Reason*, Dordrecht 1989, passim.

²⁹ Zob. o konieczności ujmowania współczesnej rzeczywistości prawnej jako „postpozytywistycznej”: ostatnio: A. GRABOWSKI, *Prawnicze pojęcie obowiązywania prawa stanowionego. Krytyka niepozytywistycznej koncepcji prawa*, Kraków 2010, passim, w szczeg. s. 3, 144, 202, 218.

³⁰ Co uznać należy za konsekwencję przyjęcia tzw. Sondelfallthese, mówiącej, że dyskurs prawniczy to szczególnie, konkretny przypadek ogólnego dyskursu praktycznego: zob. R. ALEXY, *Theorie...*, s. 33-39, 263-272, 356-359; tak też w ostateczności: J. HABERMAS, *Faktizität...*, s. 205; z autorów polskich, zob. J. STELMACH, *Współczesna filozofia interpretacji prawniczej*, Kraków 1999, s. 114, 127-128.

³¹ Generalnie bowiem odrzuca się tezę R. Dworkin, co do istnienia jednego – właściwego rozstrzygnięcia w każdym przypadku, zob. H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford 1961, cyt. wg wyd. London 1997, s. 124 i n.

³² Na ten temat zob. ostatnio: M. BRETONE, ‘*Ius controversum*’ *nella giurisprudenza classica*, «Atti della Accademia Nazionale dei Lincei» 23.3/2008, s. 755 i n.

³³ Sformułowanie za: T. GIARO, *Wykładnia bez kodeksu*, [w:] *Teoria i praktyka wykładni prawa. Materiały z konferencji naukowej Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego odbytej w dniu 27 lutego 2004 roku*, red. P. WINCZOREK, Warszawa 2005, s. 26. Niemniej, konieczne wydaje się wskazanie, że T. Giaro dokonał

konywali do proponowanego przez siebie rozstrzygnięcia, aby uzyskać akceptację pozostałych jej członków i doprowadzić do uzyskania przez nią statusu *opinio communis (dominans) – sententia recepta*³⁴. Parafrazując też Arystotelesa (Arist., *Top.* 101 a-b), stwierdzić można, że do argumentacji (dialektycznej, retorycznej) sięgamy, gdy pojawia się sytuacja wątpliwości, zaś przeciwko temu, co oczywiste się nie argumentuje, ani się tego nie wyjaśnia. Właśnie w takiej prowadzonej w nieskończoność antycznej dyskusji argumentacyjnej mającej przy tym charakter celowy, widzieć można istotny argument za uznaniem jej za odpowiednik współczesnego dyskursu prawniczego. Sytuacją uzasadniającą podejmowanie argumentacji była bowiem konieczność radzenia sobie z przypadkami trudnymi, swoistymi antycznymi *hard cases*³⁵, które, przy niedostatecznej ilości i jakości wczesno-republikańskich *leges* normujących kwestie prywatno-prawne, a także skostnieniu samej procedury ustawodawczej, leżały w zasadzie w sferze przez prawo nieregulowanej, tak więc pierwszym celem argumentacji za „wynalezionym” – „odkrytym”, a następnie sugerowanym rozstrzygnięciem było „inwencyjne” uzupełnienie luki lub rozszerzanie

tu swoistej „repcji” Habermasowskiej koncepcji „Kommunikationsgemeinschaft”: zob. J. HABERMAS, *Faktizität...*, s. 200; TENZE, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, Frankfurt a.M. 1983, s. 121; zob. też: O. APEL, *Transformation der Philosophie*, Frankfurt a.M. 1988, s. 215, 220.

³⁴ Przykładowo: Paul. 32 *ad ed.* D. 19,2,7: *placet*; Paul. 27 *ad ed.* D. 6,1,43: *constat*; Ulp. 26 *ad ed.* D. 12,6,26,13: *placuit autem, ut Celsus ... et Marcellus ... scripsit*; Afric. 8 *quaest.* D. 15,1,38,2: *placebat*; Afric. 4 *quaest.* D. 16,1,17 pr.: *nec id contrarium videri debere ei, quod placeat*; Iul. 15 *dig.* D. 18,1,39,1: *a plerisque responsum est*; Paul. 32 *ad ed.* D. 19,2,7: *placet*; Gai. 10 *ad ed. prov.* D. 19,5,22: *quantum inter nos statutum sit*; Lab. 2 *post. a Iav. epit.* D. 33,2,31: *quod et receptum est*; Pap. 2 *quaest.* D. 45,1,115,2: *utilitatis causa receptum*; Cels. 12 *dig.* D. 47,2,68,4: *placet*; Na temat takich określeń, jak w szczególności „*placet*”, „*constat*”, „*receptum est*” zob. ostatnio: T. GIARO, *Diritto come prassi*, w szczeg. s. 2249, 2253; oraz TENZE, *Dal soft law...*, w szczeg. s. 96, który widzi tu przejaw „il grado di piechezza del consenso”.

³⁵ Zob. H.L.A HART, *Positivism and the Separation of Law and Moral*, «Harvard Law Review» 71/1958, s. 606-608 = *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford 1983, repr. 2001, s. 62-64; TENZE, *The Concept of Law...*, s. 124-136.

zakresu stosowania norm³⁶. Argumentacja była również stosowana i w sytuacji, gdy możliwe były różne sposoby interpretacyjnego postępowania przy rozstrzyganiu problemów prawnych, mając tu na celu wskazanie „najlepszej” możliwej decyzji³⁷. I wreszcie – argumenta-

³⁶ Sami juryści rozumieli i *explicite* deklarowali, że ich działalność interpretacyjna jest niezbędna dla ciągłego rozwoju prawa. Twierdzili też, że interpretacja, a miała ona charakter adaptacyjny, miała na celu ulepszanie porządku prawnego, co, przy pełnej akceptacji dla jego otwartości na nowe rozwiązania, powodowało nieustające jego formowanie i uzupełnianie. Jeden z jurystów klasycznych, Pomponius, wprost pisał, że bez działalności *iuris prudentes*, prawo nie mogłoby przetrwać i wciąż się rozwijać: Pomp. *lib. sing. enchir.* D. 1,2,2,13: cit. *supra* w par. 1. Inni juryści, jak Sextus Pedius, czy Iulianus, wyrażali przekonanie, że w przypadku niedostatecznej lub niejasnej regulacji, wystarcza – niczym „funkcjonalny surogat ustawy” (określenie za T. GIARO, *Zivilistik als Geschichte und Theorie*, «RJ» 14/1995, s. 356, 360) – interpretacja uzupełniająca lukę lub konkretyzująca znaczenie: Iul. 90 *dig.* D. 1,3,11: *interpretatione ... certius statuendum est*; Ulp. 1 *ad ed. aedil. curul.* D. 1,3,13: *interpretatione suppleri*. Por. słowa Arystoteles, który, w przypadkach, gdy ustawa zbyt ogólnie wskazuje rozwiązanie jakiegoś problemu prawnego, lub też gdy nie wskazuje go w ogóle, uznawał wprost obowiązek „naprawy” tego stanu przez tych, którym powierzona została praktyka prawnicza: Arist., *EN* 5,1137 b 19-25: εὐθὺς γὰρ τοιαύτη τῶν πρακτῶν ὅλη ἐστίν. (20) ὅταν οὖν λέγῃ μὲν νόμος καθόλου, συμβῆ δ' ἐπὶ τοῦτοι παρὰ τὸ καθόλου, τότε ὀρθῶς ἔχει, ἢ παραλείπει ὁ νομοθέτης καὶ ἡμαρτεν ἀπλῶς εἰπών, ἐπανορθοῦν τὸ ἐλλειφθέν, ὃ κἂν ὁ νομοθέτης αὐτὸς ἂν εἶπεν ἐκεῖ παρών, καὶ εἰ ἦδει, ἐνομοθέτησεν. διὸ δίκαιον μὲν ἐστὶ, καὶ βέλτιόν τινος δικαίου, (25) οὐ τὸ ἀπλῶς δε ἀλλὰ τοῦ διὰ τὸ ἀπλῶς ἀμαρτήματος. καὶ ἔστιν αὕτη ἡ φύσις ἢ τοῦ ἐπιεικοῦς, ἐπανόρθωμα νόμου, ἢ ἐλλείπει διὰ τὸ καθόλου. Na temat tzw. „interpretacji formującej”, zob. w szczególności: G. FRANCOSE, *Due ipotesi di interpretazione 'formatrice'*, [w:] *Nozione formazione e interpretazione dell' diritto dall' età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Professor Filippo Gallo*, I, Napoli 1997, s. 247.

³⁷ Przykładowo: Cels. 3 *dig.* D. 12,4,16: *Dedi tibi pecuniam, ut mihi stichum dares: utrum id contractus genus pro portione emptionis et venditionis est, an nulla hic alia obligatio est quam ob rem dati re non secuta? in quod proclivior sum...*; Ulp. 18 *ad ed.* D. 9,2,11 pr.: *Item Mela scribit, si... Proculus...: et sane si ...quamvis nec illud male dicatur, si...*; Cels. 35 *dig.* D. 34,7,1 pr.: *Catoniana regula sic definit, quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum quandocumque decesserit, non valere. quae definitio in quibusdam falsa est*; Ulp. 21 *ad Sab.* D. 30,41,2: *purum igitur legatum Catoniana regula impedit, condicionale non, quia ad condicionalia Catoniana non pertinet*; Iav. 5 *ex post. Lab.* D. 18,1,79:... *Labeo*

cja miała na celu uzasadnianie proponowanych finalnie rozwiązań, przy czym w przypadkach, gdy samo rozstrzygnięcie uzyskiwano na drodze intuicyjnego „uchwycenia” prawa³⁸, czy też sięgano wprost po rozstrzygnięcie zaproponowane przez poprzednika, argumentacji najczęściej nie podejmowano, jako zbędnej i nieużytecznej. Nie ma bowiem powodu, aby podejmować wysiłek przekonywania, gdy rozstrzygnięcie było *manifestum, evidens* lub *palam*, zaś w sytuacji posłużenia się *argumentum ab auctoritate*, ciężar uzasadnienia przerzucany był na tego, kto jako pierwszy rozwiązanie zaproponował³⁹.

Szczególny charakter takiego „antycznego dyskursu” byłby natomiast wynikiem takich okoliczności, jak fakt, że prowadzony był przez prawników – profesjonalistów, *iuris prudentes*, jak też i tego, że dotyczył on szczególnej materii, jaką było dane i obowiązujące w konkretnym miejscu i czasie prawo, które jednak, z uwagi na specyficznie rzymskie, choć nieabsolutyzujące przywiązanie do tradycji⁴⁰,

et Trebatius negant ... ego contra puto, ...eoque iure utimur; Gai. 28 ad ed. prov. D. 39,2,32: plerisque placet, sed movet me...; Iul. apud Paul. 17 ad Plaut. D. 12,1,31,1: Sabinus Cassius...: sed si... et hoc verum est: nam et Iulianus aitsed adicere debuit Iulianus ... idem dici debet...

³⁸ Zob. M. KASER, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung*, [w:] *Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen. Philologisch-historische Klasse*, II, Göttingen 1962, s. 54 i n.; zob. też: W. WALDSTEIN, *Topik und Intuition in der römischen Rechtswissenschaft*, [w:] *Festgabe für Arnold Herdlitzka zu seinem 75. Geburtstag*, München-Salzburg 1972, w szczeg. s. 248-263; TENZE, *Entscheidungsgrundlagen der klassischen römischen Juristen*, «ANRW» 2.15/1976 passim, w szczeg. s. 4-6 i przyp. 2-5, s. 4-5; T. GIARO, *Über metodologische Werkmittel der Romanistik*, «ZSS» 105/1988, w szczeg. s. 246-261.

³⁹ Zob.: K. SZYMANEK, s.v. *argument z autorytetu...*, s. 66 i n.

⁴⁰ Tradycjonalizm myślenia jako charakterystyczny rys nastawienia rzymskich jurystów do wszelkiego materiału normatywnego, w szczególności zaś przeświadczenie o istnieniu swoicie ekskluzywnej jursprudencyjnej tradycji interpretacyjnej podkreśla się w literaturze na temat rzymskiej jursprudencji od dawna: zob. w szczególności: S. RICCOBONO, *Scritti di diritto romano*, I, Palermo 1957, s. 123, 173, 175; F. SCHULZ, *Prinzipien*²..., s. 72: „Periodenlosigkeit”; TENZE, *History...*, s. 124 i n.: „professional tradition”; E. RABEL, *Gesammelte Aufsätze*, Tübingen 1971, IV, s. 7-8: „reproduzierende Tradition”; D. NÖRR, *Pomponius...*, s. 585 i n.: „die Kontinuität der juristischen Interpretation von der Republik bis in die Gegenwart deutlich zu

znajdowało potwierdzenie swej możliwości w prawie wcześniejszym i stanowiło też uzasadnienie dla prawa kolejnej epoki, określając i uprawomocniając jego możliwość. Z tego też powodu juryspruden-
cyjny dyskurs dogmatyczny musiał różnić się w jakiejś mierze od naukowej dyskusji przedstawicieli innych starożytnych *artes – disciplinae*⁴¹, jak też w konsekwencji stawał się dla nich niedostępny⁴².

Wydaje się więc, że taki „antyczny jurydyczny dyskurs argumentacyjny” w zasadzie niewiele różnił się od tego, co we współczesnej teorii i filozofii prawa nazywane jest „prawniczym dyskursem argumentacyjnym”, jako konkretnym, samodzielnym przypadkiem ogólnego dyskursu argumentacyjnego⁴³. Chodzi tu bowiem o dyskusję (gr. διάλεξις, διατριβή – dysputa, dyskusja; λόγος – mowa; przemowa;

machen”; TENZE, *Zum Traditionalismus der römischen Juristen*, [w:] *Festschrift für W. Flume zum 70. Geburtstag*, I, Köln 1978, s. 153-190, passim; M. TALAMANCA, *Per la storia della giurisprudenza romana*, «BIDR» 19/1977, s. 267-270: „continuità” e „contemporaneità”; M. BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*², Napoli 1982, s. 352: „continuità interna, sociale e tecnica”; zaś z romanistów polskich, zob. w szczególności: H. KUPISZEWSKI, *Continuità nel diritto*, «Studia Iuridica» 12/1985, w szczeg. s. 183-184; T. GIARO, *Dogmatische Wahrheit*, w szczeg. ..., s. 32 i n.: „Continuität der rechtswissenschaftlichen Tradition”.

⁴¹ Por. F. BONA, *La certezza del diritto nella giurisprudenza tardo-repubblicana*, [w:] *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana*, Atti del Convegno Pavia 26-27 aprile 1985, a cura di M. SARGENTI e G. LURASCHI, Padova 1987, s. 104-106, i passim [= 'Lectio Sua', cit., II, s. 919-964], który zauważa taką różnicę dyskursów prowadzonych w odniesieniu do treści ustawy XII tablic przez przedstawicieli dwóch różnych antycznych *artes – disciplinae*, a mianowicie z jednej strony przez jurystów, z drugiej zaś filologów oraz antykwarystów; na temat takiej różnicy pisał już jednak F. WIEACKER, *Die XII Tafeln in ihrem Jahrhundert*, [w:] *Les Origines de la République Romaine. Entretiens sur l'Antiquité Classique*, Vandoeuvres-Geneve 1967, s. 293 i n., 295.

⁴² Por. nota 41 *supra*.

⁴³ Por. uwagi i lit. cit. w nocie 28 i 30 *supra* Wspomnieć jednak należy o innych możliwych i zaproponowanych ujęciach, w szczególności CH. PERELMANA, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation...*, s. 95 i n., którzy przyjęli, że dyskurs prawniczy jest przypadkiem wzorcowym dla ogólnego dyskursu argumentacyjnego, wskazując przy tym na rozumowanie sędziego jako klasyczny przykład rozumowania praktycznego oraz jako wzór dla wszelkich rozumowań prawniczych.

łac. *oratio, discursus* – przemowa, omawianie, roztrząsanie) jako formę „proponowania” i „uzgadniania” prawa przez przedstawicieli „antycznej doktryny prawniczej”. „Dyskurs argumentacyjny rzymskich jurystów” zdefiniować więc można jako kształtującą prawo formę komunikacji, mającą za swój przedmiot prawo obowiązujące (przez co też jest to dyskurs dogmatyczny)⁴⁴, w ramach której podejmowane są zagadnienia sporne, ale i wymagające dostosowania do aktualnych potrzeb społecznych, ale jednocześnie i taką formę komunikacji, w ramach której obecne są dążenia do formuły posiadającej akceptację wszystkich jego uczestników (konsens doktrynalny⁴⁵), przy czym nie chodzi tu jedynie o tych, którzy aktualnie go prowadzili, bowiem znamioną cechą rzymskiej dyskusji praktyczno-naukowej stanowiła jej a-historyczna pespektywa, dzięki której w dyskusji mogli brać udział juryści każdego, nawet minionego już pokolenia⁴⁶. Akceptacja zaproponowanego w takiej dyskusji rozwiązania mogła mieć miejsce

⁴⁴ Jest to niezwykle istotne dookreślenie, bowiem dyskurs to coś, co musi być wyróżnione w obszarze szeroko rozumianej komunikacji właśnie ze względu na przedmiot, który powinien być „istotnie obiektywny”, który z kolei, przez ów przymiot „istotności” organizuje sam proces funkcjonowania dyskursu.

⁴⁵ O znaczeniu konsensu dla wypracowywania rozwiązań w dyskursie prawniczym, zarówno w starożytności, jak i w czasach nowożytnych, pisali w szczególności: R. ZIMMERMANN, *Die Relevanz einer herrschenden Meinung für Anwendung, Fortbildung und wissenschaftliche Erforschung des Rechts*, Berlin 1983, passim, w szczeg. s. 24-25; TH. DROSDECK, *Die herrschende Meinung – Autorität als Rechtsquelle – Funktionen einer juristischen Argumentationsfigur*, Berlin 1989, passim; zob. też A. MAGDELAİN, ‘*Ius respondendi*’, [w:] ‘*Ius, Imperium, Auctoritas*’. *Etudes de droit romain*, Roma 1990, s. 103 i n., w szczeg. s. 132-139: «unanimité jurisprudentielle» (ex Gell. 13,13); z autorów polskich zwracał na ten fenomen uwagę: T. GIARO, *Racjonalność prawnicza jako sztuka kompromisu*, [w:] *Rozumność rozumowań prawniczych*, red. M. WYRZYKOWSKI, Warszawa 2008, s. 207 i n., w szczeg. s. 211; TENZE, *Römische Rechtswahrheiten. Ein Gedankenexperiment*, Frankfurt a.M. 2007, s. 213-214: “Juristenkonsens”; TENZE, *Diritto come prassi...*, s. 2250 i n.; TENZE, *Dal soft law moderno...*, s. 96 i n.; zob. też P. ŚWIĘCICKA, *Il “consensualismo della legge” nel discorso dei giuristi romani del III secolo d.C. e nel discorso dei giuristi contemporanei – paradosso o razionale necessità?* (w druku).

⁴⁶ O przejawach „ahistoryczności” jursprudencji rzymskiej zob. T. GIARO, *Dogmatische Wahrheit...*, s. 37 i n.

ze względu na jego racjonalną i obiektywną trafność (*recta ratio*)⁴⁷, a z drugiej strony – materialnie pojmowaną słuszność (*aequitatis ratio*)⁴⁸. Racjonalność, stanowiącą pierwsze kryterium akceptacji, tłumaczyć tu można jako siłę racji, na którą składają się przesłanki rozumowe, konstrukcja argumentu, potwierdzalność jako źródło spójności, gdzie ta ostatnia stanowi z kolei podstawę uznania prawdziwości; oraz jako powszechność, a więc to, na czym opiera się możliwość budowania racji oraz jej przedmiotowa ważność. Z kolei owa sankcja powszechności weryfikuje daną wypowiedź jako prawdziwą. Uznanie zaś drugiej podstawy akceptacji, a więc obecności materialnego kryterium słuszności (*aequitas*), charakterystyczne dla rzymskiego myślenia o prawie, o czym świadczą powszechnie znane intuicje jurystów na temat tego, czym jest prawo (Ulp. 1 *inst.* D. 1,1,1 pr.: [*Ius*] *est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi*; Ulp. 1 *reg.* D. 1,1,10,1: *Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*; Paul. 15 *quaest.* D. 50,17,90: *In omnibus quidem, maxime tamen in iure, aequitas spectanda sit*), wydaje się być w tym przypadku niezwykle istotne, bowiem w ten sposób w zakresie owego antycznego dyskursu prowadzonego w odniesieniu do reguł z różnej materii prawnej, znaczenie miały nie tylko pewne zasady o charakterze formalnym, ale i zgodność argumentów, wypadkowych decyzji interpretacyjnych, czy wreszcie propozycji rozstrzygnięcia finalnego, a w ten sposób i całego procesu interpretowania oraz tworzenia prawa przez interpretację, z wartościami etycz-

⁴⁷ Zob. przykładowo: Ulp. 5 *ad ed.* D. 5,4,1,3: *... ceterum ratio facit, ut...*; Marc. 1 *inst.* D. 1,5,5,3: *et tamen rectius probatum est*; Ulp. 18 *ad Sab.* D. 7,5,5,1: *quae mihi non inarguta videtur*; Paul. 3 *ad Plaut.* D. 10,3,14,1: *rectissime dicitur*; Pap. 11 *quaest.* D. 12,7,5 pr.: *sed recte defendi*; Ulp. 29 *ad ed.* D. 14,4,9,2: *quae sententia non est sine ratione*; Paul. 5 *ad Plaut.* D. 17,1,45 pr.: *et recte dicitur*; Paul. 5 *ad Plaut.* D. 17,1,45,7: *Nerva Atilicinus, ..., et merito*; Afric. 8 *quaest.* D. 19,2,35,1: *recte quidem notat*; Ulp. 42 *ad Sab.* D. 47,2,46,7: *Recte dictum est ...*

⁴⁸ Zob. przykładowo: Ulp. 26 *ad ed.* D. 12,4,3,7: *sed ipse Celsus naturali aequitate motus putat ...*; Paul. 16 *ad Sab.* D. 49,15,19 pr.: *idque naturali aequitate introductum est, ut ...*; por. Ulp. 4 *ad ed.* D. 2,14,1 pr.: *Huius edicti aequitas naturalis est*; Ulp. 40 *ad ed.* D. 37,5,1 pr.: *Hic titulus aequitatem quandam habet naturalem*; Ulp. 11 *ad ed.* D. 4,4,1 pr.: *Hoc edictum praetor naturalem aequitatem secutus proposuit*.

nymi uznawanymi przez uczestników za ważne. Sumując, kryterium oceny samego rozstrzygnięcia była więc tu z jednej strony jego racjonalność z drugiej zaś – jego słusność, co w ostateczności pozwalało na stwierdzenie jego powszechności i prawdziwość, które zaś przesądzały o skuteczności.

3. KWESTIE PROBLEMOWE ZWIĄZANE Z UZNANIEM KONCEPCJI PRAWA JAKO Dyskursu

Jeśli jednak uzna się, że formuła proponowania i uzasadniania rozstrzygnięć problemów prawnych przez przedstawicieli jurysprudencji *veteres*, a następnie jurystów klasycznych, uznających się oczywiście za kontynuatorów „przedklasyków”, miała charakter dyskursywny, a z drugiej strony przyjmie się, że ów dyskurs jest dla samych jurystów zarówno sposobem przejawiania się jak i formowania się prawa, konieczne wydaje się postawienie pytania o to, co obiektywnie istotne w kontekście komunikacji. Z samej bowiem natury takiego konsensualnego proponowania rozwiązań kwestii spornych, mającego jednocześnie na celu dostosowanie normy do aktualnych potrzeb społecznych, aby zapewnić chwilowe optimum, wynika ich – wspomniany już – szczególnie walor dyskursywnej niepewności. Pewnym gwarantem, o jakim wspomina się dziś w teoriach dyskursu, mogło by więc być w takim przypadku uznanie za powszechnie ważne i przestrzeganie przez uczestników takiego antycznego dyskursu prawniczego określonych reguł, mogących zapewnić niezbędną dla powszechnego znaczenia proponowanych rozwiązań, intersubiektywną kontrolę i sprawdzalność propozycji rozwiązań zarówno wпадkowych jak i finalnych. Jak też sugeruje się współcześnie, wspomnianie reguły powinny mieć charakter formalny (proceduralny)⁴⁹, w ten bowiem

⁴⁹ Zob. w szczególności: J. HABERMAS, *Theorie und Praxis...*, s. 246 i n.; TENZE, *Theorie des kommunikativen Handelns...*, II, s. 273, 278 i n.; TENZE, *Vorstudien...*, w szczeg. s. 160 i n., 174 i n.; TENZE, *Faktizität...*, s. 57 i n.; R. ALEXY, *Theorie...*, s. 225 i n.; z autorów polskich, zob. J. STELMACH, *Współczesna filozofia...*, s. 113 i n.; TENZE, *Kodeks argumentacyjny dla prawników*, Kraków 2003, s. 11 i n. Generalnie na temat legitymizacji rozwiązań problemów prawnych wypracowywanych na drodze

sposób uniknąć można z jednej strony relatywizmu interpretacyjnego, z drugiej zaś – pułapek czysto logicznej formuły interpretacyjnej, mogącej niewątpliwie dać absolutną pewność, lecz w zasadzie nieosiągalnej na gruncie prawa.

Sumując, problemy, które należałoby rozstrzygnąć, chcąc w pełni opisać prawo jurysprudencyjne jako dyskurs to w szczególności kwestia możliwości wskazania proceduralnych reguł takiej normatywnej dyskusji jurystów schyłku Republiki i Pryncypatu na bazie pozostawionego przez jurystów materiału kazuistycznego, przy jednoczesnym braku odnośnej refleksji teoretycznej, a następnie określenie statusu takich ewentualnych reguł, jak też podstawy ich akceptacji jako ważnych przez uczestników dyskursu⁵⁰. Dopiero takie ustalenia pozwoliłyby na przyjęcie, że ów dyskurs miał formalnie racjonalny charakter, nawet jeśli taki „racjonalny charakter” dyskursu sam się intuicyjnie narzuca. Zagadnienia te przekraczają jednak ramy tego artykułu, niemniej – raz zidentyfikowane – podjęte zostaną w dalszym czasie.

JURISTS LAW AS ARGUMENTATIVE DISCOURSE

Summary

A preeminent role of jurists in creation of Roman law has been many times underlined and sketched in the modern Romanist's literature. Most of activities in which jurists engaged fall within the scope of what is named “the Jurists law” – “Juristenrecht”, *i.e.* the law that has been developed through the activity of the legal experts – the Roman jurists. Therefore the nature of

dyskursu, przez odwoływanie się do procedury jego prowadzenia, zob. N. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied a.R.-Berlin 1969, *passim*; R. ZIPPELIUS, *Legitimation im demokratischen Verfassungsstaat*, [w:] *Legitimation des modernen Staates*, Hrsg. N. ACHTERBERG, W. KRAWIETZ, Stuttgart 1981, s. 86-94.

⁵⁰ Szerzej poruszam niektóre ze wskazanych tu kwestii w artykule, stanowiącym kolejny, choć nieostatni, krok w podjętych przez mnie studiach na ten temat: P. ŚWIECICKA *Formalność topicznego myślenia. Problem „regul proceduralnych” dyskursu dogmatycznego rzymskich jurystów* (w druku).

this type of law can perhaps be determined on the best way by description of the main activity of these experts – for Roman Antiquity it means the group of secular representatives of Roman jurisprudence of the pre-classical and classical periods, considered the era *largo sensu* in which the Roman law reached its highest development. This activity, aside from *cavere* and *agere*, consisted in *respondere*, *i.e.* to answer to questions concerning legal problems, and, in that way of explaining the law or – in other words – by means of interpretation – to create new rules, forming in time a great legal *corpus*. In this sense the *interpretatio* was to be considered the equivalent of the *ius civile* (Pomp. *lib. sing. enchir.* D. 1,2,2,12; Cic., *De off.* 3,16,65), as well as it was to be contrasted with enacted law. Nevertheless, it is in fact out of the question that such interpretation may denote the entire influence of the Roman jurists upon the development of the law.

Several factors of the fundamental significance for existence and development of the Jurists law in Roman Antiquity can be indicated, such as: the continued existence of a group of individuals dedicated to law, and its application; the “personalized” education in law, as well as the scientific literature and techniques of reasoning received by the representatives of the Roman jurisprudence; and finally – the freedom of discussion and disputation that has been absolutely in favor of the divergence of opinions and contradictions of solutions of legal problems that lead to the phenomena of the *ius controversum*.

On the other hand, a particular uncertainty and unpredictability of the Jurists law has to be mentioned as an unavoidable outcome of such broadly understood freedom of contradictory opinions and discursive way of its formation. It was a peculiar aspect of the Jurists law and for this evaluation of no importance is that Ancient Romans appreciated such uncertainty, or – being familiar with controversies – regarded it as a normal feature of the law, because for them it was a jurist – not a “legislator” who worked out a rule of law and determined its application.

All these give the basis to propose the thesis about the possibility of speaking about the Jurists Law as an argumentative discourse provided by professionals and operated in connection with some principles and rules that may or should be determined.