

Poprzez prawo rzymskie ponad komparatystykę



Wojciech Dajczak

Profesor nauk prawnych, kierownik Katedry Prawa Rzymskiego i Historii Prawa Sądowego Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu. W obecnych badaniach skupia się na porównawczych i historycznych studiach zobowiązań umownych, zagadnieniach zaliczanych do części ogólnej prawa prywatnego oraz znaczeniu nauk ścisłych dla rozwoju prawa prywatnego.

Through the Roman Law above the Comparative Law

The title of the paper is a paraphrase of Jhering's sentence "Through the Roman law but above the Roman law". Putting this statement into the context of Savigny's and Windscheid's opinions on the future role of the Roman law the author has explained the Jhering's dictum as an expression of the realistic approach to the workability of the Roman law for the jurisprudence. Essential for bringing about the aforementioned workability is – according to the author – the link between Roman law and legal methods. In this perspective the author discussed waning authority of Roman law at the faculties of law and little success of recent proposals to bring Roman law and comparative law closer. The main message of the paper is that Roman law can be useful for modern jurisprudence if we revive the tie between Roman law and legal methods, a connection which, as it is submitted it may be reasonably argued, may be revived due to significant potential of comparative reasoning for judicial practice in the time of globalization. The crux of any formative steps to that end shall be forging changes in legal education, which predominant focus should be rested upon legal problems. Inasmuch as systematic digitalization of these problems, subject to initial detection and centuries-long discussion within the civil law tradition, and assimilation of modern judgments from different jurisdictions can be put together in a uniform database, these developments are capable of bringing this legal experience closer to the practical legal debates.

1. Poprzez prawo rzymskie, ale ponad prawo rzymskie

Zawarte w tytule wezwanie nawiązuje do słów Rudolfa von Jheringa „poprzez prawo rzymskie, ale ponad prawo rzymskie” (*durch das römische Recht, aber über das römische Recht hinaus*). Znany niemiecki prawnik z dru-

giej połowy XIX wieku użył tych słów dla syntetycznego określenia „swojego wyboru co do znaczenia prawa rzymskiego we współczesnym świecie”¹. Rozwijając tę myśl, wyraził pogląd, iż po upad-

¹ R. Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, cz. I, Leipzig 1873, s. 14.

ku praktycznej roli prawa rzymskiego centralnym wyzwaniem nauki prawa staje się znalezienie nowej podstawy jedności prawoznawstwa. Istota wyboru Jheringa tkwiła w takim czerpaniu z prawa rzymskiego, by w oderwaniu od bieżącej polityki legislacyjnej rozważać „od wewnątrz” przesłanki rozwoju prawnego i w ten sposób wyłuskać to, co jest uniwersalne, wartościowe dla aktualnego prawoznawstwa².

Zdanie Jheringa było wyrazem realizmu. Pierwszym znamieniem tego realizmu jest przyznanie, iż granicę sięgania do prawa rzymskiego wytyczała jego użyteczność dla realizacji praktycznych celów

rządów tekstów prawa rzymskiego³. Wyraził nadzieję, że gdy to nastąpi, to nauka prawa rzymskiego odrodzi się jako instrument ukazywania piękna adepta prawa, bez uporczywego dążenia do tego, aby cały materiał prawny wtłoczyć w rzymskie pojęcia⁵.

Drugim znamieniem realizmu Jheringa jest – moim zdaniem – wskazanie drogi leżącej pomiędzy nieaktualnymi już w drugiej połowie XIX wieku praktycznymi propozycjami Savigniego co do twórczego znaczenia prawa rzymskiego dla formowania stanu prawniczego, a stojącą w opozycji względem pragmatyzmu edukacji prawniczej wizją Windschei-



Po upadku praktycznej roli prawa rzymskiego centralnym wyzwaniem nauki prawa staje się znalezienie nowej podstawy jedności prawoznawstwa.

z zakresu rozwijania prawa i budowania formacji prawniczej. Jasno potwierdzają to mniej znane wypowiedzi dwóch wybitnych przedstawicieli ówczesnej niemieckiej romanistyki: Fryderyka Karola von Savigniego i Bernarda Windscheida. W toczonej 200 lat temu polemice Savigniego z Thibautem na temat celowości kodyfikacji znajdziemy rozbudowaną argumentację na rzecz wagi prawa rzymskiego dla budowania stanu prawniczego jako depozytariusza prawa prywatnego, ale także stwierdzenie, iż jeśli ten cel zostanie osiągnięty, to „wtedy prawo rzymskie będzie można przekazać historii, nie będziemy rzymską kopią, (...) naród zajmie się swoim prawem”³. Bernard Windscheid, tłumacząc w roku 1858 na publicznym wykładzie dla obywateli Brunzshwiku sens zajmowania się prawem rzymskim, przyznał, iż „zajmujący się prawem rzymskim sprawuje trudny urząd, bo musi je zwalczać i chronić (...), ale jego zobowiązaniem wobec narodu jest uwolnienie go od

da kontemplowania prawniczego piękna w oderwaniu od prawa obowiązującego. Przyznanie przez Savigniego prawu rzymskiemu fundamentalnej roli w budowaniu formacji prawniczej było elementem jego programu ewolucyjnej przebudowy ustrojowej, opartej na idei organicznego rozwoju prawa prywatnego⁶, którego depozytariuszem mieli być prawnicy gwarantujący pewność prawa dzięki rygorystycznej metodzie⁷, kształceni na powiązanych z praktyką uniwersytetach, gdzie nowe przypadki byłyby postrzegane „przy świadomości całości”⁸. Po rewolucji 1848 roku nie było już jednak miejsca na takie powiązanie w praktyce prawa rzymskiego z metodą prawniczą⁹. Propozycję Jheringa można zatem postrzegać

2 Tamże, s. 16.

3 F.C. Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814 (w:) *Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften mit einer Einführung von Professor Dr. Hans Hattenauer*, München 2002, s. 115 [133].

4 B. Windscheid, *Das römische Recht in Deutschland* (w:) P. Oertmann (red.) *Bernhard Windscheid. Gesammelte Reden und Abhandlungen*, Leipzig 1904, s. 43.

5 Tamże, s. 48.

6 F.C. Savigny, *Vom Beruf...*, dz. cyt., s. 126 [161].

7 Tamże, s. 114 [130].

8 Tamże, s. 113 [127].

9 Por. J.Q. Whitman, *The Legacy of Roman Law in the German Romantic Era. Historical Vision and Legal Change*, Princeton 1990, s. 198–199.

jako próbę poszukiwania nowej formuły więzi prawa rzymskiego z aktualną metodą prawniczą. Myśl o idącej w tym kierunku zmianie i przesunięciu akcentu w akademickim sięganiu do prawa rzymskiego – z wiedzy (*Wissen*) na budowanie umiejętności interpretacyjnych (*Koennen*) – powracała w końcu

obecna wyrażona przez Windscheida idea studiowania prawa rzymskiego dla kontemplacji piękna. Spór, w którym zderzyły się ze sobą krytyka antynarodowego charakteru prawa rzymskiego i obawa przez osłabieniem międzynarodowego znaczenia niemieckiej jurysprudencji¹³, zakończył się kompro-

Zerwanie więzi między prawem rzymskim a aktualną metodą rozwijania i stosowania prawa sprawi, że „stanie się ono studium pomocniczym, pozostanie z niego tylko nazwa i zewnętrzna forma”.

XIX wieku¹⁰, ale nie znalazła praktycznej akceptacji. Związek prawa rzymskiego z dziewiętnastowiecznym nauczaniem kluczowych umiejętności prawniczych opierał się w Niemczech – a za ich wzorem i w innych krajach¹¹ – na dogmatycznym wykładzie pandektów, czyli uzasadnianej rzymskimi źródłami teorii prawa prywatnego. W zakresie metody był on odległy od elastyczności i praktyczności jurysprudencji, tak antycznego Rzymu, jak i *ius commune*¹².

2. Od centralnego wykładu pandektów ku propedeutycznemu wykładowi prawa rzymskiego

Wejście w życie z początkiem roku 1900 niemieckiego kodeksu cywilnego oznaczało utratę praktycznego sensu tradycyjnego wykładu pandektów. W przyjętym przez niemieckie wydziały prawa w roku 1896 modelu studiów prawniczych nie była

misem przypisującym wykładowi z prawa rzymskiego jedynie funkcję propedeutyczną¹⁴. Oznaczało to w praktyce wyraźne oddzielenie studium prawa rzymskiego od problemów aktualnego prawa prywatnego. W ten sposób spełniło się wyrażone na początku XIX stulecia przypuszczenie Savigniego, iż zerwanie więzi między prawem rzymskim a aktualną metodą rozwijania i stosowania prawa sprawi, że „stanie się ono studium pomocniczym, pozostanie z niego tylko nazwa i zewnętrzna forma”¹⁵. Znany z dziewiętnastowiecznej krytyki pandektystyki, czyli nauki pandektów, zarzut sprzeniewierzenia się właściwej dla metody rzymskich jurystów elastyczności i praktyczności¹⁶ znalazł od początku XX wieku nowe wcielenie w krytyce obecności prawa rzymskiego w zmienionych programach studiów prawniczych. Jej wyrazistym przykładem są słowa Ernsta Fuch-

10 F. Eisele, *Das deutsche Civilgesetzbuch und das künftige Privatrechtsstudium in Deutschland*, Freiburg i. B. 1885, s. 21.

11 Zob. np. J. Kodreński, *Prawo rzymskie w Polsce XIX wieku*, Łódź 1990, s. 189–202, 239–240; M. Avenarius, *Fremde Traditionen des römischen Rechts. Einfluß. Wahrnehmung und Argument des „römische prawo“ im russischen Zarenreich des 19. Jahrhunderts*, Göttingen 2014, s. 325 i n.

12 Por. F. Eisele, *Das deutsche Civilgesetzbuch...*, dz. cyt., s. 15.

13 E. Friedberg, *Die künft. Gestaltung des deutschen Rechtstudiums nach den Beschlüssen der Eisenacher Konferenz*, Leipzig 1896, s. 9.

14 Tamże, s. 17.

15 F.C. Savigny, *Vom Beruf...*, dz. cyt., s. 111–112 [124].

16 Zob. B.W. Leist, *Civilistische Studien auf dem Gebiete dogmatischer Analyse*, t. 1, Jena 1854, s. 28–32. Na temat krytyki prawa rzymskiego jako prawa burżuazji zob. J.Q. Whitman, *The Legacy...*, dz. cyt., s. 231.

sa, który wywodził, iż „prawo rzymskie jest ciężką i długotrwałą chorobą naszego życia prawnego (...), bo nie przejęliśmy swobodnego ducha pretorskiego, ale prawo Justyniana, które rozwijane przez filologiczne i dialektyczne dysputy nie ma odpowiednika na obszarze praktycznej nauki¹⁷. Twierdził on, iż całe zajmowanie się prawem rzymskim musi zostać przekazane naukom o starożytności, a usunięcie go z materiału egzaminacyjnego studentów prawa bę-

sensu wykładu prawa rzymskiego wyraża deklaracja skupienia uwagi na wybranych problemach, by pokazać, jak prawnicy rzymscy zajmowali się prawem prywatnym²¹. Tendencja do osłabiania pozycji prawa rzymskiego w *curricula* europejskich wydziałów prawa nie została jednak powstrzymana²². W uzasadnieniach zmian podręczników do tego przedmiotu znacznie wyraźniej widać dostosowywanie się do masowości studiów i mniejszej liczby godzin



Globalizacja, a przede wszystkim rozwój wspólnotowego prawa prywatnego ożywiły myśl o użyteczności prawa rzymskiego dla komparatystyki.

dzie postępowaniem prawniczym i „zerwaniem kajdan pętających niemieckiego ducha”¹⁸. Dominującą przez długi czas reakcją na krytykę obecności prawa rzymskiego w *curricula* studiów prawniczych było powtarzanie – znanej z uchwały w Eisenach – myśli o propedeutycznej roli prawa rzymskiego dla prawa cywilnego¹⁹. Tragiczne doświadczenia metody prawniczej okresu nazizmu, u podstaw której leżały między innymi argumenty stosowane przez E. Fuchsa, sprawiły, że w bliższych nam czasowo podręcznikach spotykamy także myśl, iż „w przypadku prawa rzymskiego ważniejsza od jego treści jest metoda”²⁰. Podobne uzasadnienie dydaktycznego

niż odnoszenie się do stanu i problemów dzisiejszego prawa²³. Przekroczenie czysto historycznego podejścia do prawa rzymskiego w kierunku łączenia go z aktualnymi problemami metody rozwijania i stosowania prawa powróciło pod koniec XX wieku. Globalizacja, a przede wszystkim rozwój wspólnotowego prawa prywatnego ożywiły myśl o użyteczności prawa rzymskiego dla komparatystyki²⁴ oraz znacznie szerszego rozumienia wykładni historycznej²⁵. Można zatem zapytać, czy celem nauki i dydaktyki sięgającej do prawa rzymskiego, ale zmierzającej ponad historyczne prawo rzymskie, powinno być jego silne powiązanie z komparatystyką.

17 E. Fuchs, *Immer weiter das römische Recht*, „Deutsche Wille”, 30.2 (1917), s. 260.

18 Tamże, s. 260.

19 Zob. np. R. Sohm, *Institutionen Geschichte und System des römischen Rechts*, wyd. 17, Berlin 1949, s. V. Myśl ta jest wyraźnie akcentowana także w wielu współczesnych polskich podręcznikach, zob. np. W. Rozwadowski, *Prawo rzymskie. Zarys wykładu wraz z wyborem źródeł*, wyd. 2, Poznań 1992, s. 11; W. Bojarski, *Prawo rzymskie*, wyd. 2, Toruń 1999, s. 19; A. Dębiński, *Rzymskie prawo prywatne. Kompendium*, Warszawa 2003, s. 20.

20 D. Liebs, *Römisches Recht*, wyd. 6, Göttingen 2004, s. 16.

21 A. Cannata, *Corso di istituzioni di diritto romano*, t. 1, Torino 2001, s. 4.

22 E. Cantarella, *Dritto romano. Istituzioni e storia*, Milano 2010, s. XIII.

23 Zob. np. A. Corbino, *Diritto privato romano*, Padova 2012, s. XXIII.

24 Zob. np. P. Pichonnaz, *Les fondaments romains du droit privé*, Genève, Zurich, Bâle 2008, s. V.

25 Chr. Baldus, *Gesetzbindung, Auslegung und Analogie: Römische Grundlagen und Bedeutung des 19. Jahrhunderts* (w:) K. Riesenhuber (red.), *Europäische Methodenlehre. Handbuch für Ausbildung und Praxis*, Berlin–New York 2010, s. 107.

3. Komparatystyka a prawo rzymskie

3.1. Rozdział między dogmatyczną komparatystyką a historycznym prawem rzymskim

Przywołane na wstępie słowa Jheringa wypowiedziane zostały dla obrony tezy, iż tylko znalezienie równowagi między narodowym a uniwersalnym charakterem prawoznawstwa pozwoli – po przyjęciu kodyfikacji – obronić je przed upolitycznieniem i zdegradowaniem do lokalnej wiedzy prawniczej (*Landesjurisprudenz*)²⁶. Propozycja poszukiwania poprzez prawo rzymskie tego, co uniwersalne, w rozwijaniu i stosowaniu prawa, by „przyciągnąć zainteresowanie prawniczego świata”, postawiona została przez Jheringa obok wyjaśnienia, iż inną formą uniwersalności jest jurisprudencja porównawcza skupiona na konkretnych zagadnieniach dogmatycznych, jak prawo handlowe czy wekslowe²⁷. Zakwalifikowanie prawa rzymskiego w programach studiów jako dyscypliny propedeutycznej i historycznej utrwaliło rozdział między ideą łączenia prawa rzymskiego z problemami metody prawniczej a zorientowanym na współczesność prawem porównawczym. Ważnym elementem tego procesu są metodologiczne deklaracje Ernsta Rabla, jednego z twórców współczesnej komparatystyki prawniczej. Karierę naukową rozpoczął on w szkole Ludwiga Mitteis, badającej rzymskie prawo prywatne przy wykorzystaniu papirusów²⁸. Ernst Rabel odrzucił zarówno takie zajmowanie się prawem rzymskim, jako oznaczające w istocie zajęcie pozycji historyka²⁹, jak i tracące na znaczeniu sięganie do prawa rzymskiego w sposób właściwy dziewiętnastowiecznej pandektystyce, czyli wykorzystywanie rzymskich tekstów do budowy ogólnych pojęć prawa prywatnego³⁰. Jego wizja prawa porównawczego opierała się

na przekonaniu, że praktyczny romanista powinien wyprowadzić swoje zainteresowania dogmatyczne z obszaru prawa rzymskiego i podjąć dzieło budowy „nowego prawa światowego, które zostałoby przyjęte jako nowe prywatne *ius gentium*”³¹. Jako metodę tego budowania wskazał komparatystykę prawniczą, polegającą na „porównywaniu porządków prawnych możliwie największej liczby krajów”³². Nie kwestionował sensu rozważań historyczno-porównawczych, ale wyraźnie podporządkowywał je sformułowanym przez siebie celom komparatystyki³³. Taka wizja rozwoju prawa porównawczego nie uwzględniała zatem myśli akcentowanej przez Savigniego i powracającej w dziewiętnastowiecznej krytyce formalizmu pandektystyki, zgodnie z którą drogą do zachowania znaczenia prawa rzymskiego dla prawoznawstwa jest łączenie właściwej mu elastyczności i praktyczności z rozwiązywaniem aktualnych problemów metody rozwijania i stosowania prawa. Co więcej, widać, iż Rabel myśli tej nie podzielał. Krytykował on bowiem rzymskich jurystów, iż „kiepsko, a często błędnie systematyzowali zobowiązania (...), a ich prawo spadkowe to masa starych i nowych instytucji, idei zarówno znaczących, jak i absurdalnych”³⁴. Zbudowana przez Rabla teoria komparatystyki służącej praktycznej unifikacji nawiązywała w istocie do znanego z pandektystyki myślenia pojęciowo-dogmatycznego³⁵. Możemy wnioskować, iż wierzył w istnienie uniwersalnego i precyzyjnego systemu dogmatycznego, skoro komentując swoje dzieło zorientowane na unifikację prawa sprzedaży, stwierdził, że „w oparciu o współczesną naukę prawa, mianowicie niemiecką, da się wyprowadzić słuszne rozstrzygnięcia (...), a teraz chodzi o to, by teoria (unifikacji prawa sprzedaży – WD) została wy-

26 R. Jhering, *Geist...*, dz. cyt., s. 15.

27 Tamże.

28 Zob. S. Hofer, *Ernst Rabel (1874–1955)*, (w:) R. Domingo (red.), *Juristas universales*, t. 3, Madrid 2004, s. 919.

29 E. Rabel, *El fomento internacional del derecho privado* (w:) H.G. Leser (red.), *Gesammelte Aufsätze*, t. 3, Tübingen 1967, s. 43.

30 E. Rabel, *Grundzüge des römischen Privatrechts*, Darmstadt 1955, s. 13; E. Rabel, *El fomento...*, dz. cyt., s. 36.

31 Tamże, s. 43.

32 E. Rabel, *Die Fachgebiete des Kaiser-Wilhelm-Instituts für ausländisches und Internationales Privatrecht* (w:) H.G. Leser (red.), *Gesammelte Aufsätze*, t. 3, Tübingen 1967, s. 31.

33 E. Rabel, *Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung* (w:) H.G. Leser (red.), *Gesammelte Aufsätze*, t. 3, Tübingen 1967, s. 3.

34 Zob. E. Rabel, *Grundzüge...*, dz. cyt., s. 5.

35 T. Utermark, *Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung bei Ernst Rabel*, Frankfurt am Main 2005, s. 155.

korzystana, bo jej drogami mogą podążać autorzy ze wszystkich krajów”³⁶. Postrzeganie praktycznej funkcji komparatystyki jako instrumentu walki z lokalnymi tradycjami prawnymi³⁷ sprawiło, że postępy ponadnarodowej unifikacji prawa prywatnego są do dziś bardzo ograniczone³⁸. Dominuje pogląd, że komparatystyka jest tylko jedną z metod prawoznawstwa i to różnie rozumianą³⁹. Powierzchnowe wzmianki o prawie rzymskim w takich rozważaniach komparatystycznych służą krótkiemu wyjaśnieniu specyfiki prawa cywilnego opartego na kodyfikacjach⁴⁰. Wizja partnerstwa komparatystyki i historii prawa obecna

3.2. Przypomnienie *ius commune* jako przesłanki ożywienia unifikacji prawa prywatnego

Postępy europejskiej integracji dały impuls do zmiany tego stanu. Pojawił się postulat zbudowania silnej więzi między prawem porównawczym a historią prawa⁴² oparty na argumentie, że istotnym zadaniem współczesnej cywilistyki jest wyprowadzenie jej z lokalności (*Landesjurisprudenz*) ku uniwersalności opartej na pogłębionej historycznie komparatystyce⁴³. Lektura uzasadnienia projektu tzw. wspólnej ramy odniesienia (*Draft Common Frame of*



Zbudowana przez Rabla teoria komparatystyki służącej praktycznej unifikacji nawiązywała w istocie do znanego z pandektystyki myślenia pojęciowo-dogmatycznego.

w naukowej dyskusji drugiej połowy XX wieku nie przyniosła istotnej przemiany naukowej, nie znalazła ogólnego uznania⁴¹.

36 E. Rabel, *Selbstanzeige: Das Recht des Warenkaufs* (w:) H.G. Leser (red.), *Gesammelte Aufsätze*, Tübingen 1967 s. 521.

37 E. Rabel, *Das Recht des Warenkaufs*, t. 1, Berlin 1936 (wyd. anastatyczne Berlin 1958), s. 35.

38 W. Dajczak, *Czy zaproponowana przez Ernsta Rabla metoda ujednoczenia prawa jest aktualna?* (w:) W. Dajczak, A. Dassuj, M. Labijak (red.), *Umowa sprzedaży. Wspólnota tradycji prawnej, idea unifikacji, uniwersalne problemy praktyczne*, Poznań 2013, s. 15–16.

39 S. Glanerth, *Methods?* (w:) P.G. Montaneri (red.), *Methods of comparative law*, Cheltenham 2012, s. 61 i n.

40 Por. np. H.P. Glenn, *Legal Traditions of the World*, Oxford 2000, s. 117 i n.; K. Zweigert, H. Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, wyd. 3, Tübingen 1996, s. 68.

41 W. Dajczak, *Zbliżenie romanistyki i komparatystyki prawniczej – źródło szansy na twórczy rozwój czy słabości badań prawno-porównawczych? W związku z pracą Basila Markesinisa pt. Rechtsvergleichung in Theorie und Praxis, Ein Beitrag zur*

Reference – DCFR), tj. najobszerniejszego dziś projektu ujednoczenia prawa cywilnego w Unii Europejskiej⁴⁴, a także jego krytyki z punktu widzenia tradycji prawnych⁴⁵, pokazuje, że postulat zbliżenia historii i prawa porównawczego nie znalazł uznania u twórców tego projektu. W pracach nad DCFR, które znacząco ożywiły studia komparatystyczne na naszym kontynencie, obecne jest znane z propozycji Rabla myślenie pojęciowo-dogmatyczne.

rechtswissenschaftlichen Methodenlehre, 2004, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2005, t. 57, z. 2, s. 402–403.

42 R. Zimmermann, *Roman Law, Contemporary Law, European Law*, Oxford 2001, s. 107.

43 R. Zimmermann, *Max Kaser und das moderne Privatrechtsdogmatik*, „Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung” 1998, vol. 115, s. 114.

44 Zob. Chr. v. Bar, E. Clive (red.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, t. 1–5, Munich 2009.

45 Zob. W. Dajczak, *Niepokoje i szanse związane z ujednoczeniem prawa cywilnego*, „Forum Prawnicze” 2011, nr 1 (3), s. 4.

3.3. Próba zbliżenia historii i komparatystyki a współczesny stan prawa cywilnego

Możemy zestawić kilka sprzeczności, które oświetlają przyczynę trudności w praktycznie nośnym zbliżeniu prawa rzymskiego i komparatystyki, a w konsekwencji ożywieniu ich pozycji w edukacji prawniczej.

Po pierwsze, jest to sprzeczność między sformułowanym przez Rabla poglądem na zasadniczy cel i metodę komparatystyki a spostrzeżeniem, iż zachowanie przez prawo rzymskie znaczenia dla prawnoznawstwa jest możliwe tylko poprzez jego związek z aktualnymi problemami metody rozwijania i stosowania prawa.

Po drugie, jest to niezgodność między postulatem ożywienia więzi komparatystyki i prawa rzymskiego a trwałością pojęciowo-dogmatycznej komparatystyki jako metody porównywania obowiązujących regulacji prawnych.

w nurtach współczesnej filozofii prawa?⁴⁷ Nie kwestionując poznawczej roli takiego tematu, uważam, że potwierdza on, iż bez próby przełamania wskazanych wyżej sprzeczności nawet formalne łączenie prawa rzymskiego z komparatystyką nie zwiększy jego znaczenia w formacji prawniczej. Może natomiast wzmacniać argumentację tych, którzy upatrują w prawie rzymskim zagrożenia dla wzrostu praktycznej roli komparatystyki⁴⁸.

Punktem wyjścia do przełamywania tych sprzeczności powinno być spojrzenie na podstawowe dziś problemy prawa prywatnego, a w konsekwencji oczekiwania co do prawniczej formacji. Lokalne tradycje prawne, postrzeganie prawa jako elementu narodowej tożsamości trwają mimo postępu procesów unifikacyjnych. Jest to jedną z przesłanek zjawiska określanego jako multicentryczność prawa lub dekodyfikacja⁴⁹. Kolejną jego przyczyną jest dynamika zmian ekonomicznych i technologicznych ukazująca

”
**Możemy zestawić kilka sprzeczności,
 które oświetlają przyczynę trudności
 w praktycznie nośnym zbliżeniu prawa
 rzymskiego i komparatystyki.**

Po trzecie, istnieje rozbieżność między niewielkimi sukcesami metody komparatystycznej w praktyce ujednolicania i interpretacji prawa a ambicjami uczynienia z niej suwerennej perspektywy czy nawet dyscypliny akademickiej⁴⁶.

Kilka lat temu, przy okazji instytucjonalnego połączenia historii, filozofii i komparatystyki prawa na uniwersytecie w Getyndze, Okko Behrends zaproponował jako jedno z wyzwań dla takiej jednostki pytanie: jak mocno obecna kultura prawna jest przeniknięta zawartą w prawie rzymskim hellenistyczną filozofią i jak wiele z niej znajduje kontynuację

deficyty kodeksów, powodująca częstsze ich zmiany i rozwój ustaw szczególnych. Podstawową oczekiwaną od prawnika w takim świecie umiejętnością jest znalezienie racjonalnego rozwiązania w ramach

47 O. Behrends, *Vom Sinn der institutionellen Verbindung der drei Grundlagenfächer Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Rechtsvergleichung* (w:) O. Behrends, D. v. der Pfordten, E. Schumann (red.) *Elementa iuris. Vorträge zur feierlichen Eröffnung des Instituts*, Baden-Baden 2009, s. 14–15.

48 Zob. B. Markensinis, *Rechtsvergleichung in Theorie und Praxis*, München 2004, s. 125.

49 Zob. W. Dajczak, F. Longchamps de Bérier, *Prawo rzymskie w czasach dekodyfikacji*, „Forum Prawnicze” 2012, nr 2 (10), s. 9–10.

46 Zob. S. Glanerth, *Methods...*, dz. cyt., s. 62.

stosunkowo szerokiej swobody interpretacji. Uznanie tego stanu sprawia, iż w refleksji o użyteczności prawa rzymskiego dla edukacji prawniczej centralne

zane z tym wątpliwości. Motywy te można ująć syntetycznie w dwóch punktach: 1) przekonanie o braku zadowalającego argumentu znanego z krajowej



W refleksji o użyteczności prawa rzymskiego dla edukacji prawniczej centralne miejsce powinien zająć zatracony w ciągu XIX wieku postulat powiązania go z aktualnymi problemami metody rozwijania i stosowania prawa.

miejsce powinien zająć zatracony w ciągu XIX wieku postulat powiązania go z aktualnymi problemami metody rozwijania i stosowania prawa.

3.4. Interpretacja prawnoporównawcza, czyli poprzez komparatystykę ku połączeniu prawa rzymskiego z rozwojem metod stosowania prawa

Powyższe spostrzeżenia inspirują do skierowania uwagi na zagadnienie metodologiczne uchwycone w dyskusji o praktycznym potencjale komparatystyki. Jest to tzw. argumentacja prawnoporównawcza, polegająca na wykorzystywaniu przy interpretacji porządku prawnego jednego kraju pojęć lub reguł przyjętych w wykładni innego porządku prawnego. Przykładowo, Sąd Najwyższy Konfederacji Szwajcarskiej w wyroku z 16 maja 2003 r. odwołał się przy wykładni pojęcia werdyktu sądu polubownego do argumentów sformułowanych dla wykładni prawa niemieckiego⁵⁰. Przykłady takiej argumentacji w praktyce stosowania prawa cywilnego nie są jednak liczne⁵¹. Przyczyny małego znaczenia wykładni prawnoporównawczej mimo jej potencjalnie dużej atrakcyjności wyjaśnia zwrócenie uwagi na powody sięgania w toku wykładni do prawa obcego i zwią-

praktyki interpretacyjnej oraz 2) pozytywna ocena trafności funkcjonalnej argumentu sformułowanego za granicą⁵². Zasadnicza obawa co do racjonalności takiego postępowania łączy się z pytaniem, co zrobić, aby takie postępowanie nie było obciążone nadmiernym ryzykiem przypadkowego wyboru⁵³. Nową odpowiedzią teoretyczną na tę wątpliwość jest propozycja zbudowania tzw. struktury wyjaśniającej (*Explikationsstruktur*), pozwalającej kontrolować to ryzyko poprzez uporządkowanie według istotnych problemów praktycznych zbioru argumentów z różnych porządków prawnych⁵⁴. Poprzestanie jednak na tym pomysł nie pokazuje klucza takiej systematyzacji. Nie usuwa wątpliwości co do zupełności i uniwersalności zbioru wyodrębnionych problemów oraz racjonalności wyboru między ich kontrowersyjnymi rozwiązaniami. Powrót do myśli o włączeniu prawa rzymskiego do aktualnych problemów metody prawniczej może służyć osłabieniu tych wątpliwości. Kazuistyka antycznego prawa rzymskiego i prawa powszechnego po czas kodyfikacji może być podstawą do zbudowania unikatowego zbioru szczegółowych problemów z zakresu prawa prywatnego. Taki zbiór znacznie przekroczy treść każdej kodyfikacji cywilnej i będzie bardziej uniwersalny od rozważań

50 BGE 129 III 535.

51 Th. Coendet, *Rechtsvergleichende Argumentation*, Tübingen 2012, s. 3.

52 Tamże, s. 151.

53 Tamże, s. 150–152 i 188.

54 Tamże, s. 152.

w nauce czy orzecznictwie konkretnego kraju. Zbudowanie go jako cyfrowej bazy danych otworzyło by możliwość jej uzupełnienia o wyroki wydane na podstawie wielu kodyfikacji cywilnych, pozwalając nadto określać wagę poszczególnych *rationes decidendi* w perspektywie tendencji ewolucyjnych prawa oraz dzięki matematycznej eksploracji bazy, pokazującej zależności między kontekstem wyboru *ratio decidendi* a jej treścią. Udostępnienie praktykom poprzez hiperłącze⁵⁵ tak zestawionych problemów i ich rozwiązań może rzeczywiście racjonalizować wybór argumentu z prawa obcego jako najtrafniejsze-

cji prawa rzymskiego w edukacji prawniczej. Jego obecność w *curriculum* studiów prawniczych powinna być zorientowana na trzy cele: 1) formowanie problemowego podejścia do prawa prywatnego, 2) pokazanie ciągłości tradycji prawa rzymskiego jako prawniczego dyskursu o konkretnych problemach oraz 3) przełamywanie bariery między prawem dawnym a obowiązującym – postawionej po wejściu w życie kodyfikacji – poprzez pokazanie rozwiązań kodyfikatorów i też z orzecznictwa jako kolejnych ogniw prawniczego dyskursu. Idea powiązania dydaktyki prawa rzymskiego z aktualnymi problema-



Kazuistyka antycznego prawa rzymskiego i prawa powszechnego po czas kodyfikacji może być podstawą do zbudowania unikatowego zbioru szczegółowych problemów z zakresu prawa prywatnego.

go funkcjonalnie *ad casum*. *Last but not least* jest to formuła otwartości argumentacyjnej, która wydaje się adekwatna do ducha czasu pluralizmu prawnego nieznanego w Europie od czasu, gdy *ius commune* utraciło znaczenie.

4. Dydaktyka prawa rzymskiego a racjonalizacja wykładni prawnoporównawczej

Początkiem próby tak rozumianego przejścia od prawa rzymskiego, poprzez doświadczenie tradycyjnie rozumianej komparatystyki, ku argumentacji prawniczej jest propozycja zmiany głównej funk-

mi metody prawniczej wymaga zatem: po pierwsze, odejścia od prezentacji prawa rzymskiego jako systemu instytucji na podobieństwo instytucji prawa obowiązującego; po drugie, poszerzenia czasowej perspektywy prezentacji dorobku antycznej jurysprudencji o zasadnicze linie rozwoju *ius commune* oraz podobieństwa i odmienności rozwiązań kodyfikacji cywilnych, i po trzecie – jeszcze silniejszego akcentowania roli dyskursu jurystów *ad casum* w rozwoju prawa prywatnego⁵⁶.

Propozycja takiego wyjścia – poprzez prawo rzymskie ponad komparatystykę – broni się jako owoc historycznej refleksji nad sformułowaną, ale i porzuconą w XIX stuleciu tezą, że użyteczność prawa rzymskiego dla prawoznawstwa polega na wspieraniu doświadczeniem aktualnej metody rozwijania

55 Zob. F. Zoll, *Das Pandektensystem und die Vorschriften über den Vertragsschluss in der Struktur des polnischen Zivilgesetzbuches* (w:) Chr. Baldus, W. Dajczak (red.), *Der Allgemeine Teil des Privatrechts. Erfahrungen und Perspektiven zwischen Deutschland, Polen und den lusitanischen Rechten*, Frankfurt am Main 2013, s. 136.

56 Zob. W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Brier, *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, wyd. 2, Warszawa 2014, s. 26–28.



Początkiem próby przejścia od prawa rzymskiego poprzez doświadczenie tradycyjnie rozumianej komparatystyki ku argumentacji prawniczej jest propozycja zmiany głównej funkcji prawa rzymskiego w edukacji prawniczej.

i stosowania prawa. Warto ją rekomendować, dlatego że kazuistyka antycznego prawa rzymskiego i prawa powszechnego jako wyjątkowo bogate doświadczenie cywilistycznego dyskursu może znacząco wesprzeć rozwój otwartej argumentacji prawnoporów-

nawczej. W konsekwencji może pomóc w budowaniu równowagi między wzrostem swobody interpretacyjnej a tęsknotą za przewidywalnością i racjonalnością rozstrzygnięć prawnych *ad casum*.