

TOMASZ GIARO

Uniwersytet Warszawski

Cywilizacja prawa rzymskiego i problemy współczesnej romanistyki

Rzymska cywilizacja prawa

Ponieważ banalność w niczym nie uszczupla prawdziwości jakichkolwiek ustaleń, godzi się przypomnieć, że obok filozofii greckiej i etosu judeochrześcijańskiego prawo rzymskie stanowi jedną z podstaw kulturowych Europy. Podczas gdy systemy prawne obu Ameryk można w skali globalnej uznać w przybliżeniu za odgałęzienia czy to Wysp Brytyjskich, czy też Starego Kontynentu, Azja i – w szczególności – Afryka nie dysponują w dziedzinie prawa tak uniwersalnymi źródłami. W przypadku Europy kontynentalnej źródła te nie ograniczają swej aktywności do epok definitywnie minionych, określanych przysłowioowo jako zamknięte rozdziały historii. Rzymskie źródła prawa europejskiego stanowią współcześnie raczej żywą tradycję, czyli dziedzictwo przeszłości, wyposażone w dalszym ciągu w moc zobowiązującą¹.

Ową długotrwałą podskórną egzystencją w sensie braudelowskiej *longue durée* tłumaczą się liczne renesansy prawa rzymskiego, poczynając od „drugiego życia”, które zawdzięczamy jego recepcji w późnośredniowiecznej Europie². Podobnie jak dla określenia tożsamości celowy jest często ogląd z zewnątrz, również dla uchwycenia istoty tradycji romanistycznej może okazać się pomocne spojrzenie z wyspiarskiej perspektywy *common law*. W oczach prawników angielskich rozmaite narodowe systemy prawa kontynentalnego stanowią, jakby się wcale nie różniły, jednolitą *civilian* – lub *civil law – tradition*. Co więcej, najpóźniej od XVII stulecia w hołdzie dla recypowanego na kontynencie justyniańskiego

¹ H.P. Glenn, *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law*, Oxford 2000, s. 11–12, 21–22.

² P. Vinogradoff, *Roman Law in Medieval Europe*, London–New York 1909, s. 4.

Corpus Iuris Civilis wyrażenie *civil law* utożsamiane jest w Anglii po prostu ze starożytnym prawem rzymskim (*Roman law*)³.

Trzeba zatem odrzucić historycystyczną lub, dokładniej, antykwaryczną koncepcję prawa rzymskiego jako jednego z elementów składowych cywilizacji starożytnej, który wraz z nią definitywnie opuścił scenę dziejową. Proponowane w zamian ujęcie prawa rzymskiego jako cywilizacji trwającej do dziś znajduje potwierdzenie w prezentystycznym założeniu petrażycejańskiej polityki prawa, zgodnie z którym „jeśli zjawiska przeszłości »minęły« całkowicie, nie pozostawiając po sobie żadnego istotnego śladu w teraźniejszości jako swego wytworu, to nie istnieją one dla nas. Jeśli zaś zjawiska te zostawiły w wyniku pewną teraźniejszą właściwość [...], to dla nas znowu jednak ważna jest nie przeszłość, lecz to, co teraz będąc wytworem przeszłości, jest teraźniejszością”⁴.

W tym sensie głównego zadania historii prawa, podobnie zresztą jak każdej innej nauki historycznej, nie stanowi snucie gawęd o tym, jak to dawniej było, lecz dostarczenie wyjaśnień typu genetycznego, dlaczego jest – ba, często nawet, dlaczego bezwzględnie musi być – tak, jak jest obecnie. W dziedzinie prawoznawstwa nadal jeszcze trudno sobie wyobrazić jakąkolwiek pogłębioną refleksję nad zagadnieniami współczesności bez sięgania do doświadczeń prawa rzymskiego. Jeśli bowiem cywilizacjom wolno przypisać charakteryzującego je ducha⁵, Rzym starożytny uznać należy za cywilizację prawa. Rzymianie byli narodem prawników, który swe problemy rozwiązywał środkami nie filozoficznymi, moralnymi czy religijnymi, lecz przede wszystkim prawnymi. Preferowaną w Rzymie starożytnym drogą awansu społecznego była nie kariera filozofa, uczonego czy kapłana, lecz – pomijając oczywiście postacie wodza i mówcy – kariera prawnika.

Rzymianie potrafili odróżniać *ius* i *factum* w nader precyzyjny sposób⁶, co odziedziczyła po nich kontynentalna kultura *civil law*, mimo że prawnicy angielscy, którzy w swym orzecznictwie sądowym zwykli bardziej wszechstronnie wnikać w kwestie faktyczne⁷, zarzucają jej tendencję do mieszania ich z momentami prawnymi. Przysłowiowe stało się lapidarne wyrażenie *nihil hoc ad ius, ad Ciceronem!* (Cic. *top.* 51), za pomocą którego znany jurysta późnorepublikański Caius Aquilius Gallus stwierdzał swą niekompetencję w kwestiach czysto faktycznych, odsyłając tego typu sprawy do zaprzyjaźnionego z nim sławnego mówcy. Na ich ścisłym oddzieleniu od zagadnień prawnych opierała się dwufazowość tzw. zwyczajnego procesu rzymskiego (*ordo iudiciorum*) oraz odpowiadający jej podział pracy między jurystą i adwokatem.

³ A. Berger, *From „ius civile” to „civil law”*, [w:] *Festschrift für Guido Kisch*, Stuttgart 1955, s. 141–146.

⁴ L. Petrażycki, *Wstęp do nauki polityki prawa*, Warszawa 1968, s. 162.

⁵ O pojęciu cywilizacji F. Braudel, *Gramatyka cywilizacji*, Warszawa 2006.

⁶ T. Giaro, *Wykładnia bez kodeksu*, [w:] P. Winczorek (red.), *Teoria i praktyka wykładni*, Warszawa 2005, s. 21–22.

⁷ K. Zweigert, H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, 3 wyd., Oxford 1998, s. 269.

Rzymski cud prawniczy

Mimo że pod względem precyzji pojęciowej prawo rzymskie znacznie przewyższało inne systemy prawne antyku, nie było ono, wbrew tradycyjnej *communis opinio* romanistyki, ucieleśnianą przez zmarłego ostatnio Maxa Kaserę, oryginalne w sposób absolutny. Należy przy tym zauważyć, że również nowsza teoria Alana Watsona, sprowadzająca światową historię prawa do długiej serii „przeszczepów prawnych” (*legal transplants*), zakłada oryginalność prawa rzymskiego jako głównego ich dostarczyciela i tym samym swego rodzaju Pierwszego Poruszyiciela dziejów prawa⁸. Zresztą poczynając już od Fryderyka Karola von Savigny’ego komparatystyka prawnicza – zarówno w odniesieniu do praw starożytnych, jak i współczesnych – była zwyczajowo lekceważona przez pandektystów, których śladem jeszcze do niedawna podążali romanisci⁹. Ponieważ prawo rzymskie uznawano za prawniczą *ratio scripta*, mózół zajmowania się jej mniej doskonałymi wcieleniami uchodził za stratę czasu.

Dzisiejsza poprawność polityczna historiografii wymaga oczywiście równego traktowania wszystkich kultur prawnych antyku. Poprawność kłóci się jednak w tym wypadku z prawdą historyczną, ponieważ wyłącznie w Rzymie nastąpiło w dziedzinie refleksji prawniczej przekroczenie pewnej masy krytycznej, w wyniku czego w drodze lawinowego rozwoju piśmiennictwa fachowego ukonstytuowała się jurysprudencja jako nowa dyscyplina wiedzy – właściwie jedyna nie zapożyczona z Grecji, gdzie w podobny sposób rozwinęła się filozofia. W szerszej perspektywie historycznej była to kaskadowa konsekwencja wynalezienia pisma¹⁰, która uczyniła z rzymskiej literatury prawniczej – podobnie jak wcześniej z greckiej i hellenistycznej literatury filozoficznej – medium trwającego nieprzerwanie od stuleci specjalistycznego dyskursu¹¹.

Dyskurs pisemny zapewnia znacznie wyższy stopień abstrakcji i dynamiki niż jest w stanie osiągnąć dyskurs ustny. Rzymskie prawo prywatne okresu pryncypatu nie było co prawda usystematyzowane do tego stopnia, jak przyjmowała to jeszcze XIX-wieczna pandektystyka, legitymująca za jego pomocą własne konstrukcje systematyczne, jednak stanowiło ono kompleks jasno rozgraniczonych pojęć, tworzących spójne wewnętrznie systemy cząstkowe. Powstały one szczególnie w odniesieniu do form władania rzeczą (posiadanie – własność – prawa na rzeczy cudzej), źródeł zobowiązań (kontrakty – delikty – *variae causarum figurae*) i podstaw powołania do spadku (ustawa – testament – dziedziczenie przeciwtestamentowe). Po-

⁸ T. Giaro, *Alt- und Neuropa, Rezeptionen und Transfers*, [w:] idem (ed.), *Rechtskulturen des modernen Osteuropa. Modernisierung durch Transfer zwischen den Weltkriegen*, Frankfurt a.M. 2007, s. 278–279.

⁹ T. Giaro, *Problemi romani e problemi romanistici in tema di matrimonio*, [w:] Z. Służewska, J. Urbanik (eds.), *Marriage: Ideal – Law – Practice*, Warszawa 2005, s. 105.

¹⁰ E.A. Havelock, *Muza uczy się pisać*, Warszawa 2006.

¹¹ T. Giaro, *L’art de comparer les cas*, *Studia et documenta historiae et iuris* 60 (1994), s. 527–531.

czynając od tych centralnych obszarów krystalizacji recypowane w średniowiecznej Europie prawo rzymskie stało się stopniowo podstawą stechnicyzowanego i w swej pewności niemal matematycznie obliczalnego nowożytnego prawa prywatnego, opartego na swobodzie testowania i obrotu oraz na wolnej własności prywatnej.

Za główną cechę wyróżniającą prawo rzymskie spośród wszystkich praw antycznych łącznie z greckimi uznać należy wykształcenie się autonomicznej jurysprudencji. Działalność tej grupy społecznej – trudno ją bowiem określić jako grupę zawodową w nowoczesnym znaczeniu tego słowa – nadała prawu rzymskiemu okresu pryncypatu postać prawa jurysprudencyjnego¹². Stanowi ono typ prawa odmienny od zestawianego z nim niekiedy sędziowskiego prawa angielskiego (*judge-made law*). Rzymskie prawo jurysprudencyjne wchodzi bowiem co prawda w zakres ogólnego pojęcia prawa kazuistycznego, jednakże czynnikiem prawotwórczym jest w nim nie wyrok sądowy, lecz *responsum*, czyli porada prawna udzielana przez bezstronnego, nieuczestniczącego bowiem w procesie jurystę. Szczególnie od końca republiki zyskuje ona pod wpływem logiki i metodologii hellenistycznej jakość prawie naukową¹³.

Niezbyt ostre w Grecji antycznej rozróżnienie między ustawą a prawem znajduje swój dobitny wyraz w Rzymie, gdzie ta pierwsza stanowi tylko jedną z form drugiego, zarówno w fałszywej etymologii ulpiańskiej *ius a iustitia*, jak w celsusowej definicji prawa jako *ars boni et aequi* (D.1,1,1pr.)¹⁴. Jurysprudencja rzymska nie ogranicza się zatem do wykładni tekstów prawnych, jak to będzie miało miejsce w Europie ery przedkodeksowej, gdzie nauka prawa rzymskiego, poczynwszy od jego XII-wiecznej recepcji, oznaczała praktycznie studium tekstu *Corpus Iuris Civilis*. Zgodnie ze swą naturą dyscypliny hermeneutycznej, zorientowanej na autorytatywny tekst ustawodawczy, jeszcze w XIX stuleciu mieniła się ona „nauką Pandektów” (*Pandektenwissenschaft*)¹⁵. Ówczesny ruch kodyfikacyjny i konstytucyjny ukoronował tę tendencję pozytywistyczną licznymi dziełami legislacyjnymi, zakładającymi na modłę benthamowską, że to, co znajduje się poza ustawą, nie jest prawem.

Problem prawa prywatnego

Jako jedna z gałęzi prawoznawstwa historia prawa – a w tym romanistyka – inspirować się musi problematyką współczesnych nauk prawnych. Odnosnie do obecnego znaczenia prawa rzymskiego romanisci skłaniają się więc na ogół

¹² U. Wesel, *Geschichte des Rechts. Von den Frühformen bis zum Vertrag von Maastricht*, München 1997, s. 156, 229–230.

¹³ A. Watson, *Roman Law and English Law*, Loyola Law Review 36 (1990), s. 247–268.

¹⁴ T. Giaro, *Römische Rechtswahrheiten. Ein Gedankenexperiment*, Frankfurt a.M. 2007, s. 197–199.

¹⁵ P.G. Monateri, T. Giaro, A. Somma, *Le radici comuni del diritto europeo*, Roma 2005, s. 86–88.

ku koncepcjom, które można by nazwać „wpływo logicznymi”. Kategoria wpływu, kojarząca się ze stosunkiem między dwoma równoczesnymi i równorzędnymi systemami, jak np. wpływ prawa francuskiego na prawo hiszpańskie w XIX wieku, nie wydaje się jednak w kontekście romanistycznym najszcześliwiej dobrana. Co gorsza, łączy się ona najczęściej z zacieśnionymi koncepcjami owego „wpływu” prawa rzymskiego na prawo europejskie. Zasięg tego zjawiska zostaje mianowicie ograniczony w płaszczyźnie treściowej do prawa prywatnego, w płaszczyźnie chronologicznej do tzw. prawa klasycznego i wreszcie w płaszczyźnie pragmatycznej do instytucji zdalnych do praktycznej reutilizacji przez współczesne orzecznictwo i doktrynę cywilistyczną.

W epoce recepcji, zakończonej w rozmaitych krajach europejskich w różnych momentach długiego wieku XIX, trwającego od rewolucji francuskiej do I wojny światowej, *Corpus Iuris Civilis* był prawem przynajmniej nominalnie obowiązującym. Co więcej, prawo rzymskie wraz z prawem kanonicznym, z którym wspólnie tworzyło *utrumque ius*, stanowiło – w Europie Środkowo-Wschodniej do pierwszej połowy XVII wieku, a w Europie Zachodniej aż do wieku XVIII włącznie¹⁶ – jedyny przedmiot studiów uniwersyteckich. Ponieważ unowocześnianie go odbywało się w drodze dokonywanych krok po kroku drobnych modyfikacji, cywilistyka stanowiła zawsze tylko prowizoryczną nadbudówkę wznoszona stopniowo na solidnym fundamencie romanistyki, jeśli do ówczesnej jednolitej dogmatyki prawniczej stosować można te anachroniczne kategorie.

Od czasu wielkich kodyfikacji cywilnych XIX stulecia sytuacja zmieniła się jednak diametralnie. Zjawiskiem typowym jest odtąd obsadzanie romanistyki w drugoplanowej roli dostarczycielki przyczynków historycznych do cywilistyki¹⁷. Bardziej odpowiedzialnego zadania cywiliści współcześni dla romanisty z reguły nie dostrzegają. Niedawno opublikowany niemiecko-polski dwugłos wybitnych przedstawicieli dogmatyki prawniczej przypieczętował bez cienia wątpliwości obiegową opinię, iż „pogląd Savigny’ego, że naukowe zrozumienie prawa nie jest możliwe bez solidnej znajomości jego historycznego rozwoju, ma już tylko sporadycznie znaczenie”¹⁸. Romanistyka może więc prosić cywilistę o chwilę uwagi tylko wtedy, gdy jest absolutnie pewna, że ma coś istotnego do powiedzenia o instytucji antycznej, która znajduje swe proste przedłużenie w jej współczesnym odpowiedniku.

Owo zgodne z oczekiwaniami cywilistyki zacieśnienie zainteresowań romanistycznych do prawa prywatnego jest jednak o tyle niebezpieczne, że jego „środkowisko naturalne” zawsze stanowi prawo publiczne. Głęboko w antyku tkwią

¹⁶ T. Giaro, *Europa und das Pandektenrecht*, *Rechtshistorisches Journal* 12 (1993), s. 334; J. Rajski, *Rola doktryny w procesie stopniowej europeizacji prawa prywatnego*, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 16 (2007), s. 601–602.

¹⁷ T. Giaro, *Max Kaser 1906–1997*, *Rechtshistorisches Journal* 16 (1997), s. 316–327.

¹⁸ M. Martinek, J. Poczobut, *Friedrich Karl von Savigny 1779–1861*, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 16 (2007), s. 35.

przecież korzenie procesu cywilnego i prawa karnego, tak materialnego, jak procesowego. Stworzenie i utrzymanie tysiącletniego imperium, rozbitego na Wschodzie przez Osmanów dopiero w roku 1453, stanowiło jedyne w swoim rodzaju osiągnięcie organizacyjne i administracyjno-prawne. Nie można w końcu pomijać ignorowanego przez Savigny'ego rzymskiego prawa konstytucyjnego z tak centralnymi do dziś pojęciami jak *iurisdictio*, *imperium*, *auctoritas* czy *potestas*¹⁹. Savigny'emu udało się co prawda uratować prawo rzymskie, od jakiegoś już czasu usychające w muzeum heinecjuszowskich *antiquitates*, któremu w Niemczech roku 1814 Anton Friedrich Justus Thibaut usiłował zadać ten sam śmiertelny cios, jaki we Francji został mu wymierzony kilka lat wcześniej za sprawą *code civil*.

Savigny uratował jednak prawo rzymskie właśnie za cenę ograniczenia go do *ius privatum*, lansowanego przezeń jako niezastąpiona propedeutika odsuniętych w daleką przyszłość prac przygotowawczych do niemieckiego kodeksu cywilnego. Oczywiście po skodyfikowaniu „dzisiejszego prawa rzymskiego” w postaci BGB, dzieła ustawodawczego opartego na zamkniętej logice dedukcyjnej systemu pandektowego, rzymskie dziedzictwo metodologiczne okresu pryncypatu, oparte na doświadczeniu interpretacyjnym działającej w systemie otwartym jurysprudenckiej kazuistycznej, uległo na czas dłuższy dezaktualizacji²⁰. Dopiero w ostatnich dziesięcioleciach powstaje europejskie prawo prywatne jako ponadnarodowy system zorientowany procesowo, a więc rodzaj kontynentalnego *judge-made law*²¹, pod względem strukturalnym bliższy zresztą bezkodeksowemu prawu jurysprudenckiej rzymskiej niż niemal rytualnie przywoływanemu w tym kontekście staroeuropejskiemu *ius commune*. To ostatnie było przecież zjawiskiem natury czysto doktrynalno-hermeneutycznej, opartym na autorytatywnym tekście *Corpus Iuris Civilis*, który uznać można w przybliżeniu za europejski prakodeks²².

Problem prawa klasycznego

Drugie zacieśnienie historycznej roli prawa rzymskiego i – co za tym idzie – aktualnego znaczenia akademickiego romanistyki polega na ograniczeniu rzymskiego prawa prywatnego do tzw. okresu klasycznego. Co prawda znamy prawo rzymskie na wszystkich etapach jego tysiącletniego rozwoju od archaicznej *civi-*

¹⁹ E. Szymoszek, „*iurisdictio*” w poglądach glosatorów, Warszawa–Wrocław 1976.

²⁰ T. Giaro, *Interpretacja jako źródło prawa – dawniej i dziś*, Studia Prawnoustrojowe UWM 7 (2007), s. 245–248.

²¹ R. Sacco, *Concepts juridiques et création du droit communautaire par le juge*, [w:] R. Schulze, U. Seif (eds.), *Richterrecht und Rechtsfortbildung in der Europäischen Rechtsgemeinschaft*, Tübingen 2003, s. 81–88.

²² P.G. Monateri, T. Giaro, A. Somma, *op. cit.*, s. 108, 112, 122.

tas Kwirytów poprzez umiarkowane cesarstwo okresu pryncypatu do skrajnego absolutyzmu późnego antyku, naśladować jednak powinniśmy oczywiście system klasyczny. Żądał tego już Savigny, któremu wszakże przyświecał specyficzny cel przygotowania niemieckiej doktryny cywilistycznej do przyszłych zadań kodyfikacyjnych. W związku z tym to właśnie działająca w obfitującym w Papinianów i Ulpianów „okresie klasycznym” klasyczna jurysprudencja rzymska stanowiła wzór metodologiczno-stylistyczny dla pandektystów²³.

Cóż innego stworzyć mogła działająca w owym klasycznym okresie „jurysprudencja klasyczna”, jeśli nie „prawo klasyczne”? Klasyczność rozumiana jako wzorowość udzieliła się zatem treści instytucji, podlegając w ten sposób swego rodzaju prawniczej reifikacji. Nie jest przecież do pomyślenia opracowanie dogmatycznoprawne, którego klasyczność ograniczałaby się do metody i stylu, na temat instytucji rzymskich tak dziś egzotycznych, a nawet odpychających, jak ojcowskie prawo życia i śmierci, prawo zabicia złapanego na gorącym uczynku cudzołożnika czy też poćwiartowania niewypłacalnego dłużnika²⁴. Wobec coraz wyraźniejszego rozdźwięku między ideałem antycznym a współczesną rzeczywistością coraz częściej rezygnuje się więc z klasyczności treściowej, zdając się w końcu na czystą chronologię. Wynika stąd niejeden zabawny paradoks, a w szczególności ten, że zastępując w końcu przestarzały system *duplex dominum* przez jednolite pojęcie własności, Justynian (C.7,25) okazał się dużo bardziej klasyczny w sensie wzoru do naśladowania przez prawo nowożytne niż juryści okresu pryncypatu²⁵.

Podobnie zjurydyzowane w duchu chrześcijańskim małżeństwo „poklasyczne” należy obecnie uznać za nieporównanie bardziej klasyczne niż wolne małżeństwo okresu pryncypatu. Nic na to nie pomogą recytacje niezawodnych *laudatores temporis acti*, iż „Rzym dostarcza dowodu – a czemu nie modelu? – że małżeństwo oparte wyłącznie na wolności [...] podlegać może najbardziej zobowiązującym powinnościom”. Dlaczego prawnik współczesny miałby brać te pobożne życzenia za dobrą monetę, skoro sam ich autor jednym tchem przyznaje, że małżeństwo rzymskie realizuje się współcześnie przede wszystkim w podobnie jak ono odformalizowanym konkubinacie?²⁶ Cóż zresztą rzec o pominiętym w tej *laudatio* – lecz obecnym w ustawodawstwie Belgii, Hiszpanii, Holandii, Kanady i Afryki Południowej – *horrible dictu* małżeństwie homoseksualnym?²⁷ Gdyby w systemie rzymskim, w którym związek małżeński zawierany był w celu pozyskania potomstwa (*liberorum*

²³ F.C. von Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit zur Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814, s. 28, 118–120, 157.

²⁴ Co do innych przykładów zob. T. Giaro, *Problemi romani*, s. 87.

²⁵ T. Giaro, *Die Fiktion des eigentlichen Eigentümers*, [w:] *Mélanges Witold Wołodkiewicz*, Warszawa 2000, s. 281, 302.

²⁶ M. Humbert, *La concezione giuridica del matrimonio Romano, modello per il legislatore odierno?*, [w:] F. Milazzo (ed.), *Diritto romano e terzo millennio*, Napoli 2004, s. 320.

²⁷ M.J. García Garrido, *Nuovi orientamenti della legislazione e della giurisprudenza sul matrimonio*, *ibidem*, s. 333–336; J. Church, *Same-Sex Unions*, *Fundamina* 9 (2003), s. 44–61; T. Giaro, *Problemi romani*, s. 106–107.

quaerendorum causa)²⁸, ktokolwiek serio rozważał małżeństwo homoseksualne, zostałyby ono niewątpliwie napiętnowane jako usiłowanie obejścia prawa.

Wspiąwszy się zatem na Parnas prawa klasycznego, romanista stwierdzi nieuchronnie, że wszystkie drogi prowadzą stąd w dół. Również inne instytucje antyczne nie oparły się bowiem postępującemu z czasem procesowi erozji: własność współczesna nie jest już tak prywatna jak klasyczna własność rzymska, a współczesne prawo zobowiązań nie stawia dłużnikowi tak bezwzględnych wymagań jak rzymskie prawo klasyczne. Pozostaje parnasizm ograniczony do intensywności dyskursu prawniczego, którą romanistyka istotnie może się poszczycić. Wystarczy wspomnieć, że po skodyfikowaniu za panowania Hadriana edyktu pretorskiego Pomponiusz sporządził doń komentarz w 150 księgach, po czym – przy zupełnym braku zmian w tekście normatywnym – już za dynastii Sewerów Paulus opublikował dwa nowe komentarze, krótszy w 23 i dłuższy w 80 księgach, podczas gdy Ulpian tylko jeden, lecz za to aż w 83 księgach.

Bliższy wgląd w realia prawa klasycznego wykazuje, że – podobnie jak prawo przedklasyczne – raczej hamowało ono obrót gospodarczy: swoboda umów, zastępstwo bezpośrednie i zdolność majątkowa osób podległych władzy ojcowskiej wykształciły się dopiero w okresie „poklasycznym”. Jurysprudencja rzymska jako główne źródło prawa „klasycznego” osiągnęła wysoki poziom tylko dlatego, że zaradzić musiała istotnym niedostatkom ówczesnego systemu źródeł prawa, szczególnie zaś niezbyt doskonałemu ustawodawstwu. Na dalszy rozwój prawa większy wpływ wywarły natomiast instytucje „poklasyczne”, oparte na sprawnie wymuszającej porządek silnej władzy publicznej: legislacja jako jedyny sposób tworzenia prawa, jednofazowy proces kognicyjny z publicznym pozvem i egzekucją oraz publiczne nauczanie prawa i nadzór państwowy nad zawodami prawniczymi²⁹.

Problem historii prawa jako dyscypliny stosowanej

Wiele z tych instytucji prawnych przeniesionych zostało w czasy średnio-wiecza przez Kościół, jedyną siłę społeczną, która materialnie przetrwała epokę starożytności. Jednakże co do kanałów wpływu rzymskiego klasycznego prawa prywatnego na współczesne systemy prawne zdania są podzielone. Rolf Knütel akcentuje jego zastosowania – choć często są one jedynie pożądane lub mniemane – w europejskim orzecznictwie sądowym³⁰, podczas gdy Reinhard Zimmermann propaguje jego rzeczywiste, a nawet tylko możliwe, użycie w dogmatyce cy-

²⁸ M. Avenarius, *Der pseudo-ulpianische liber singularis regularum*, Göttingen 2005, s. 225–226.

²⁹ Inaczej F. Zuccotti, *Tutti i colori di Gaio*, *Rivista di Diritto Romano* 4 (2004), s. 33–70.

³⁰ W literaturze polskiej ostatnio M. Sobczyk, *Prawo rzymskie przed Sądami Wspólnot Europejskich*, *Studia Prawnoustrojowe UWM* 7 (2007), s. 279–294.

wilistycznej³¹. Ta druga koncepcja zastrzega dla prawa rzymskiego nawet pewną rolę przyszłościową. Gdyby jego znaczenie miało się jednak wyczerpywać w tego typu aspektach praktycznych, bilans romanistyki u progu trzeciego millennium nie byłby bynajmniej optymistyczny.

Prawo rzymskie winno być bowiem traktowane nie jako przybudówka do obowiązującego prawa cywilnego, lecz jako nadal trwająca tradycja cywilizacji prawa. Oznacza to konieczność zmiany fokusu historiografii, nawet za cenę utraty z pola widzenia tych czy innych szczegółów, interesujących przede wszystkim specjalistów. Już przed półtora wieku młody Rudolf Jhering sformułował podobny postulat za pomocą dowcipnej przenośni, wedle której nowoczesnemu romanistcie potrzebny jest raczej teleskop niż lupa. Najbardziej długowieczne są bowiem nie poszczególne normy czy nawet ogólniejsze zasady prawne, lecz pojęcia³². Ich konkretna kombinacja jest natomiast sprawą do pewnego stopnia drugorzędną. Zilustrować to można następującym przykładem, stanowiącym dla współczesnego prawa porównawczego *locus classicus*.

W prawie rzymskim okresu pryncypatu ryzyko utraty towaru przechodziło na kupującego już z chwilą zawarcia umowy sprzedaży (*periculum est emptoris*), podczas gdy własność – dopiero po jej wykonaniu przez sprzedawcę w drodze odrębnej czynności rozporządzającej. Rozwiązaniem romanistycznym będą zatem nie tylko przepisy kodeksów szwajcarskich, dość jednoznacznie kopiujących konstrukcję rzymską (art. 185 OR; 714 ZGB); za rozwiązania w szerokim sensie romanistyczne uznać można także zarówno konstrukcję francuskiego *code civil* (art. 711, 1138, 1583, 1624), przenoszącą własność towaru i ryzyko jego utraty już z chwilą zawarcia umowy sprzedaży, jak też konstrukcję germańską, przyjętą przez ABGB (§ 1048, 1064, 1447) oraz BGB (§ 446, 929), która wiąże oba skutki dopiero z wykonaniem kontraktu przez czynność rzeczową³³. Brak romanistycznego gruntu pod nogami odczuwamy dotkliwie dopiero w angielskim *common law*, gdzie nie ma dokładnego odpowiednika kontynentalnego pojęcia własności, a skutki rzeczowe sprzedaży zróżnicowane są w zależności od rodzaju towaru³⁴.

Jednak problematyka prawoznawstwa współczesnego, którą – jak już wspomniano – inspirować się winna romanistyka, nie może być zawężana do współczesnej dogmatyki cywilistycznej, nawet gdyby była to dogmatyka o zasięgu ogólnoeuropejskim czy wręcz globalnym. Jeśli istnieje dziś zapotrzebowanie na udział romanistów w europejskich lub światowych inicjatywach harmonizacyjnych

³¹ W. Dajczak, *Znaczenie tradycji prawa rzymskiego dla europejskiej harmonizacji prawa prywatnego*, Państwo i Prawo 59.2 (2004), s. 57–63.

³² R. Jhering, *Geist des römischen Rechts* I, Leipzig 1852, s. 9; I. Zajtay, *La permanence des concepts du droit romain dans les systèmes juridiques continentaux*, Revue Internationale du Droit Comparé 18 (1966), s. 353.

³³ T. Giaro, recenzja z A. Watson, *Legal Transplants*, Państwo i Prawo 32.5 (1977), s. 156–157; odmiennie W. Dajczak, *op. cit.*, s. 63–68.

³⁴ T. Weir, *Passing of Ownership under Contract of Sale*, [w:] L. Vacca (ed.), *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, Milano 1991, s. 379–405.

czy nawet kodyfikacyjnych, romanistyka powinna zapotrzebowanie to zaspokoić. Błędem byłoby jednak utożsamiać z nim rację bytu całej dyscypliny. Krótkowzroczność może się bowiem szybko zemścić: wystarczy wspomnieć smutny los pandektystyki, zlikwidowanej w większości krajów niemieckich w trybie nagłym jeszcze przed wejściem w życie wypracowanego przez nią BGB.

Jako refleksja nad wciąż żywotną cywilizacją prawa rzymskiego romanistyka jest w stanie dostarczać samoistnego wkładu do rozmaitych dziedzin współczesnego prawoznawstwa³⁵. Nie cała przeszłość stanowi jednak prostą prefigurację współczesności. Oprócz *viae magistrae*, którymi pewnym krokiem zmierza w przyszłość, również historia prawa ma ślepe zaułki. Pewien stopień uwagi należy się i tym mniej reprezentacyjnym aspektom całości. Historia prawa nie musi bowiem zdobić komitetów rocznicowych powołanych do uczczenia takiego czy innego jubileuszu, ani instruować cywilistów spieszących z posiedzenia dla reformy polskiego kodeksu cywilnego na *workshop* unifikacyjny prawa europejskiego. Jest ona przeznaczona – jak zaleca swą „Wojnę żydowską” Józef Flawiusz (1, 30) – dla „miłośników prawdy”.

Die Zivilisation des römischen Rechts und Probleme der gegenwärtigen Romanistik

Zusammenfassung

Das römische Recht hat die gesamte europäische Zivilisation in ihrer heutigen Gestalt entscheidend geprägt. Dies ist im Zuge eines Vorgangs geschehen, der in Anlehnung an die griechische Geschichte als römisches Wunder bezeichnet werden kann. In Rom entstand nämlich – entsprechend zur früher entstandenen griechischen Philosophie – eine literarische Jurisprudenz, die als Prototyp der gegenwärtigen Rechtsdogmatik anzusehen ist. Ihre materiellen Begriffe und methodischen Arbeitsmittel beherrschen immer noch die aktuellen Rechtssysteme Kontinentaleuropas. Daher ist es irreführend vom „Einfluss“ des römischen auf das heutige Recht zu sprechen, wie, wenn es sich um eine Beziehung zwischen zwei gleichwertigen Systemen handeln würde, etwa vom Einfluss des französischen auf das spanische oder des englischen auf das nordamerikanische Recht. In ähnlichem Sinne ist es verkürzend, die Weiterwirkung des römischen Rechts, das unsere gesamte Rechtsanschauung bestimmt, auf das Privatrecht, auf das klassische Recht und auf die aktuell anwendbaren Rechtsinstitutionen einzuschränken. Insbesondere die Begrenzung auf die drei erwähnten Bereiche wird hier kritisch durchleuchtet.

³⁵ T. Giaro, *Rzymski zakaz nadużycia praw podmiotowych*, Zeszyty Prawnicze UKSW 6.1 (2006), s. 282–283, 296–297.