

DISPUTARE NECESSE EST

ALEKSANDER STĘPKOWSKI

Uniwersytet Warszawski

NADUŻYCIE PRAWA PODMIOTOWEGO W ŚWIETLE JURYSPRUDENCJI KULTUROWEJ

I. WSTĘP

O felix culpa! Ta apostrofa paschalnego *Exultet* wydaje się najlepiej wyrażać świadomość wyróżnienia, jakim jest interwencyjny głos wybitnego uczonego w sprawie mej polemiki¹. Bez znaczenia jest tutaj fakt, że tekst Profesora Tomasza Giaro², najpowszechniej to ujmując, stanowczo odmawia jakiegokolwiek merytorycznej zasadności podniesionym przeze mnie wątpliwościom. Osobisty dyskomfort jest bowiem niczym w zestawieniu z możliwością przeczytania tekstu będącego świadectwem technicznego mistrzostwa i ogromnej erudycji. Wartki strumień argumentacji czyta się jak powieść szpiegowską, której negatywny bohater niezmożony w tropieniu {287} poluje {280},

¹ «Zeszyty Prawnicze UKSW» 5.1 (2005), s. 255-274. Na strony tej publikacji wskazują cyfry w (nawiasach zwykłych) zaś na strony Książki, do której odnosiła się polemika (F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Nadużycie prawa w świetle rzymskiego prawa prywatnego*, Wrocław 2004) będą wskazywały strony w [nawiasach kwadratowych].

² T. GIARO, *Rzymski zakaz nadużycia praw podmiotowych w świetle nowej jurysprudencki pojęciowej* «Zeszyty Prawnicze UKSW» 6.1 (2006), s. 279-300. Na strony tej publikacji wskazują cyfry w {nawiasach klamrowych}.

by w końcu wymierzyć cios zabójczy {289}. Na szczęście jednak napastnik sam doznaje srogiej porażki. A przecież nie musiał upaść tak sromotnie. Wystarczyło przejąć się choć trochę starą i wypróbowaną ‘zasadą życzliwości’, którą z powodzeniem stosował w swych polemikach już święty biskup Hippony {279-280}.

Ludzka kondycja ma jednak tę właściwość, że to, co z powodzeniem realizują w praktyce święci, nie zawsze przychodzi łatwo zwykłym śmiertelnikom. Tekst Interwencji stanowi wyraźny dowód na to, jak trudno jest naśladować świętych nie tylko osobom maluczkim, takim jak piszący te słowa, ale również i wybitnym naukowcom. Jednak szpiegowska intryga na szczęście nie wyczerpuje tutaj tematu. W Interwencji poruszone zostały nader ważne problemy merytoryczne i to właśnie im warto poświęcić uwagę. Wydaje się, że lepiej dyskutować o samym nadużyciu prawa podmiotowego i sposobie uprawiania nauk prawnych, niż o technikach erystycznych. Te ostatnie czytelnik sam będzie umiał zidentyfikować i ocenić.

II. O METODZIE

W świetle uwag poczynionych w Interwencji wyłania się w sposób nieuchronny problem metody, jaką winien posługiwać się współczesny badacz na gruncie nauk prawnych. Trudno wszak potraktować inaczej niż jako krotoczwilę wyrażone w Interwencji zapewnienie, że wskazanie założeń metodologicznych lub ustalenia terminologiczne są naukowo ryzykowne {281}, zaś wypróbowane sposoby pracy badawczej winny być wyzwolone z refleksji metodologicznej {280}. Należy oczywiście przyznać, że fetyszyzowanie metody badawczej bardzo łatwo może okazać się naukowo bezpłodne. Jednak uznawanie jakiegokolwiek metody – a takie wrażenie łatwo wynieść z lektury Interwencji – za ryzykowną, jest trudne do zaakceptowania. Zresztą następujące wkrótce rozważania {281-284} dowodzą wyraźnie, że wbrew wrażeniu, które starano się wywołać, w rzeczywistości kwestia metodologii pozostaje w centrum uwagi Tomasza Giaro.

Problem metody powiązano w Interwencji w pierwszej kolejności ze złożonością relacji, w jakiej pozostaje prawo rzymskie wzglę-

dem prawa współczesnego. Wskazano zatem, że chociaż w tekstach źródłowych można odnaleźć konstrukcje ściśle odpowiadające współczesnym, to przecież jeszcze częściej nie tylko ich nie odnajdziemy ale i *vice versa*, szereg instytucji rzymskich nie dotrwało do naszych czasów. Najczęściej mamy do czynienia z pewnym ograniczonym podobieństwem. Jeśli zaś spróbować ocenić te paralelizmy, to okazuje się, że niektórzy uznają, że konstrukcje starożytne ustępują współczesnym, częściej jednak badacze skłonni są uznać wyższość klasycznych rozwiązań rzymskich {283}.

Z tych względów podkreślono konieczność zachowania szczególnej ostrożności przy pisaniu rozpraw z historii dogmatyki „traktujących między innymi o znaczeniu prawa rzymskiego dla współczesności”, do których Tomasz Giaro zaliczył Książkę będącą przyczynkiem mojej polemiki {284}. W Interwencji podkreślono zatem, że nie należy traktować prawa rzymskiego ani jako wzoru nieodsięgniętego dla współczesności ani też nie należy dewaluować go jako nieporadnych ‘pierwszych kroków’ {284}. O ile jednak początkowo ograniczono się jedynie do zalecenia szczególnej ostrożności, w dalszym ciągu Interwencji pada stanowcze twierdzenie, że „zaprzestać należy tak dziś popularnego sprowadzania romanistyki do roli dostarczycielki przyczynków historycznych do cywilistyki” {296}. Należałoby się oczywiście zdystansować od tego stanowiska, gdyby miało ono kwestionować sensowność pisania rozpraw o znaczeniu prawa rzymskiego dla współczesności, takich jak Książka, o której dyskutujemy³. Wydaje się jednak, że nie z tą intencją owo kategoryczne stwierdzenie zostało sformułowane i że wskazywać miało ono jedynie na konieczność szerszego spojrzenia na dorobek jurysprudencki rzymskiej, wykraczający poza perspektywę zarysowaną przez ramy współcześnie pojmowanej cywilistyki. Wszak *ius*

³ Wrażenia takie mogłoby powstać, zważywszy, że w Interwencji odnaleźć można wywody pozornie kwestionujące stanowisko zajęte w polemice, faktycznie zaś odmawiające zasadności merytorycznym ustaleniom Autora. Dotyczy to rozważań nt. *querela inofficiosi testamenti* {298}, które są trudne do pogodzenia ze stanowiskiem zajęтым przez Autora [153-154].

civile to wbrew pozorom wcale nie prawo cywilne; to w pierwszej kolejności prawo obywatelskie.

Ów szerszy wymiar ujawnia się wyraźnie, gdy spróbować pójść innym wskazanym w Interwencji tropem i zastanowić się nad znaczeniem romanistyki prawniczej dla studiów porównawczych. Profesor Giaro wskazuje, że zarówno komparatystyka uprawiana synchronicznie jak i diachronicznie, może, czy wręcz powinna, traktować prawo rzymskie jako punkt odniesienia (*tertium comparationis*) pozwalający „na zdrową relatywizację” porównywanych rozwiązań prawnych {284}. Dotknięto tu nader ważkiego problemu, jednak można mieć wątpliwości, czy owym punktem odniesienia można czynić prawo rzymskie. Jeżeli bowiem za wspomniane *tertium quid* dla różnych teorii prawa lub instytucji prawnych przyjąć inną teorię lub instytucję – tyle tylko, że wypracowaną przez Rzymian – napotykałyśmy wówczas istotną trudność. Konfrontując bowiem dwie uznane za paralelne konstrukcje teoretyczne z inną paralelną konstrukcją nie uzyskujemy tak naprawę punktu odniesienia. Mamy tu do czynienia z trudnością przypominająca tę, którą Arystoteles w swej krytyce platońskiej teorii idei określił mianem ‘trzeciego człowieka’⁴.

Prawo rzymskie lub poszczególne jego konstrukcje dogmatyczne nie mogą chyba stanowić punktu odniesienia, o ile nie przypiszemy im cech szczególnych, ze względu na które będzie można je potraktować jako transcendentne względem pozostałych badanych porządków normatywnych.

Owszem, dla rozwoju europejskiej kultury prawnej rzymskie teksty prawnicze miały jedyne w swym rodzaju znaczenie, jest to jednak ten rodzaj ‘szczegółowości’, który nie pozwala prawa rzymskiego potraktować jako wspomnianego punktu odniesienia. Wymagałoby to uznania go za system idealny i czasowy. Wydaje się jednak, że Interwencja przestrzega przed tego typu idealizującym zabiegiem {284} i wypada się z tą przestrogą w pełni zgodzić, choć problem

⁴ Por. Arist., *metaph.* 1, 9; 990 b (przekł. K. LEŚNIAK, *Metafizyka*, [w:] *Dzieła wszystkie*, II, Warszawa 1990, s. 636-638.)

„ponadczasowości” ciągle nurtuje współczesną romanistykę⁵. Cóż jednak miałyby być tym idealnym, aczasowym, rzymskim prawem klasycznym? Wszak, jeśli nawet pominąć problem interpolacji i dodatkowo ograniczyć się tylko do tzw. okresu klasycznego, prawo rzymskie jest również wówczas rzeczywistością dynamiczną – wciąż rozwija się. Jeżeli zdołamy nawet uchwycić jakiś bardziej statyczny moment w jednym okresie, mamy kontrowersje między poszczególnymi autorami lub całymi szkołami.

Dorobek rzymskiej jurysprudencji, mimo swej szczególnej roli dla kształtowania się naszej kultury prawnej, wciąż jest jednym z porządków normatywnych, który można porównywać z innymi. Jednak traktowanie go jako transcendentnego punktu odniesienia oznacza aprioryczne przypisanie mu nie tej ‘szczegółności’, która naprawdę go cechuje. Idealistycznie postrzegane ‘prawo rzymskie’ byłoby tworzonym współcześnie prawniczym archetypem mającym niewiele wspólnego z prawem Rzymian. Oznaczałoby to stworzenie kolejnej prawniczej alegorii tak, jak uczyniono to w stuleciu XIX, upowszechniając chociażby mit ‘rzymskiej własności prywatnej’ jako ‘prawa absolutnego i nieograniczonego’.

Tęgo typu juredyczna fantasmagoria, bytując jedynie w wyobraźni swych twórców i wyznawców, w oczywisty sposób nie jest porządkiem normatywnym i w związku z tym rzeczywiście może stanowić transcendentny punkt odniesienia. Podobne idealizacje będą nader pomocne, jednak nie badaniom naukowym nad prawem, lecz realizacji projektów społeczno-politycznych tak, jak miało to miejsce w XIX wieku. Czy zatem poszukiwanie *tertium comparationis* dla badań porównawczych należy uznać za metodologiczną ślepą ulicę?

⁵ Por. W. DAJCZAK, *Problem „ponadczasowości” zasad prawa rzymskiego. Uwagi w dyskusji o „nowej europejskiej kulturze prawnej”*, «Zeszyty Prawnicze UKSW» 5.2 (2005), s. 7 i n. oraz powoływany tam tekst T. GIARO, *Dogmatische Wahrheit und Zeitlosigkeit in der römischen Jurisprudenz*, «BIDR» 90 (1987), s. 103 i n. Wydaje się jednak, że myślenie o prawie w kategoriach ‘ponadczasowości’ było obce samym Rzymianom, charakterystyczne zaś dla oświeceniowej szkoły prawa natury. To dopiero jej przedstawiciele byli skłonni przypisywać poszczególnym rzymskim rozwiązaniom walor ‘ponadczasowości’ i ‘naturalności’.

kę? Bynajmniej! Nie należy jednak szukać owego punktu odniesienia pośród instytucji czy też całych systemów prawnych.

III. MIĘDZY STANEM FAKTYCZNYM A OPISEM

Jako prawnicy mamy niestety tendencję do mylenia konstrukcji prawnych, którymi opisujemy życie społeczne, z samymi faktami społecznymi. Tymczasem to właśnie owe społeczne fakty, nie będąc konstrukcjami prawniczymi, mogą stanowić punkt odniesienia dla studiów porównawczych. Analogiczne sytuacje faktyczne, w zależności od zmiennego kontekstu kulturowego, mogą być przez prawników postrzegane i następnie kategoryzowane na rozmaite sposoby. Stąd też byłbym znacznie bardziej stanowczy niż prof. Giaro, który twierdzi, że „zjawisko nadużycia prawa można przecież postrzegać nie tylko w perspektywie ściśle dogmatycznej, lecz także w ogólniejszej perspektywie teoretyczno – lub socjologiczno-prawnej” {294}. Nie tylko można, ale po prostu trzeba je rozważyć w pierwszej kolejności właśnie w ten sposób⁶. Pojęcie ‘nadużycia prawa podmiotowego’ jest bowiem jedynie sposobem w jaki prawnicy na gruncie nowoczesnej, kontynentalnej kultury prawnej opisują pewne zjawiska życia społecznego, które na gruncie innej kultury prawnej będą opisywane w inny sposób.

Dlatego wbrew nieuprawnionym sugestiom {284} nie oczekiwałem od Autora wskazania tekstów źródłowych, w których prawnicy rzymscy posługiwaliby się jakąkolwiek konstrukcją dogmatyczną, teorią lub definicją. Poszukiwać należy nie pojęć, ale sytuacji faktycznych. W tym akurat wypadku, chodzi o sytuacje, które dziś opisalibyśmy pojęciem ‘nadużycie prawa’ (261, 262), Rzymianie bowiem go nie używali. Oczywiście i tu należy zachować ostrożność,

⁶ Staralem się to sygnalizować m.in. w cytowanym wielokrotnie przez Interwjującego, pokonferencyjnym zbiorze tekstów *Nadużycie prawa*, red. H. IZDEBSKI, A. STĘPKOWSKI, Warszawa 2003, s. 49-50. W Polemice stanowiącej przyczynek niniejszej debaty podkreśliłem to na s. (267).

by nie dać się zwieść sytuacjom pozornie podobnym, które różny kontekst kulturowy czyni nieprzystawalnymi.

Dobrawszy jednak odpowiednio materiał źródłowy, można skonfrontować sposób, w jaki współczesny cywilista będzie rozwiązywał dany problem, ze sposobem, w jaki został on rozwiązany przez rzymskiego jurystę. Podobne problemy życia społecznego można wszak rozwiązywać na wiele różnorodnych sposobów, odwołując się do różnych instytucji prawnych, formułując rozmaite teorie albo ich zgoła nie formułując. Okazuje się wówczas, że dobór konkretnego sposobu rozwiązania badanego problemu jest uwarunkowany przez szereg dodatkowych czynników niesionych ze sobą przez życie społeczne.

Tęgo typu funkcjonalne podejście jest powszechnie uznawane za podstawowe dla metodologii prawa porównawczego⁷. W synchronicznych badaniach porównawczych jest ono dziś z powodzeniem stosowane, szczególnie w kontekście poszukiwań nowego europejskiego *ius commune*⁸. Porównuje się wówczas nie tyle 'prawo' postrzegane jako kompleks norm, co sposoby rozwiązywania konkretnych przypadków na gruncie różnych kultur prawnych⁹.

Przy tak skonstruowanych założeniach, obok płaszczyzny materialnoprawnej trzeba uwzględnić to wszystko, co składa się na określoną kulturę prawną. W pierwszej kolejności, szeroko pojętą płaszczyznę proceduralną, od sposobów tworzenia prawa począwszy, przez prawo procesowe, niesformalizowane praktyki, na metodologii

⁷ Por. K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*³, przekł. T. WEIR, Oxford 1998, s. 34-35; M. A. GLENDON, M. W. GORDON, C. OSAWKE, *Comparative Legal Traditions*, St. Paul-Minnesota 1982, s. 8.

⁸ Por. *Good Faith in European Contract Law*, red. R. ZIMMERMANN, S. WHITTAKER, Cambridge 2000, s. 145-652. Zawarto tam studia 30 przypadków, rozpatrywanych z perspektywy 14 europejskich porządków prawnych.

⁹ Szerzej nt. kulturowego podejścia w komparatyście, por. H. IZDEBSKI, *Kręgi prawne i kręgi kulturowe. O podstawach typologii makrokomparatystryki prawniczej*, [w:] *Z dziejów kultury prawnej. Studia ofiarowane Profesorowi Juliuszowi Bardachowi w dziewięćdziesięciolecie urodzin*, Warszawa 2004, s. 285-300, szczeg. 289-290; M. KURYŁOWICZ, *Zagadnienia komparatystyczne w naukach historycznoprawnych*, «Folia Societatis Scientiarum Lublinensis» 26 (1984) Hum. 2, s. 9.

pracy prawnika skończywszy¹⁰. Chodzi zatem o splot różnorodnych postaw i zachowań, determinowanych przez podzielany w danej zbiorowości system etyczny, i przekazywanych następnym pokoleniom jako źródło ich tożsamości czyniące z ludzkiej zbiorowości samoświadomą wspólnotę¹¹. Ów kontekst kulturowy potrafi niekiedy zmieniać normatywną doniosłość tych samych przepisów ustawowych¹². Dopiero ta złożona rzeczywistość stanowi 'prawo'. Tam też, w sferze szeroko pojętej kultury prawnej, należy poszukiwać odpowiedzi na pytanie o możliwości, jakimi dysponuje sędzia, by sprawiedliwie rozstrzygnąć przypadki, w których bezrefleksyjne zastosowanie obowiązujących regulacji musi prowadzić do rozstrzygnięć niesprawiedliwych.

Nader ciekawym przykładem takiego właśnie podejścia do problematyki, która w kontekście kontynentalnej cywilistyki jest rozpatrywana właśnie w kategoriach 'nadużycia prawa podmiotowego', są chociażby ustalenia Anne-Françoise Debruche¹³, która badała

¹⁰ Por. K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *op. cit.*, s. 35-36; M. A. GLENDON, M. W. GORDON, C. OSAWKE, *op. cit.*, s. 9.

¹¹ Por. S. RUSSOCKI, *Wokół pojęcia kultury prawnej*, «Przegląd Humanistyczny» 00.11-12 (1986), s. 19. Na temat dyskusji wokół pojęcia 'kultury prawnej' w literaturze prawniczej por. A. ROSNER, *Badania nad kulturą prawną – próba zarysowania problematyki*, [w:] *Z dziejów kultury prawnej*, *cit.*, s. 585-597 oraz literatura tam powołana.

¹² Jako przykład można wskazać sekcję 57 *Social Security Pension Act 1975* regulującą w Wielkiej Brytanii funkcjonowanie funduszy emerytalnych (*pension funds*). Regulacja ta obowiązuje jednakowo na terenie Anglii i Szkocji, jednak aktywność orzecznicza sądów w obu krajach sprawiła, że ten sam przepis ma tam różne znaczenie. Por. I. W. G. BLACKIE, *Trusts in the Law of Scotland*, [w:] *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires*, red. M. CANTIN CUMYN, Bruxelles 1999, s. 119-120.

¹³ Chodzi o odczyt, który Anne-Françoise Debruche wygłosiła podczas dziewiątej konferencji *Ius Commune*, 25 listopada 2004 roku w Leuven, opublikowany jako artykuł: *Judicial Fairness in the Realm of Strict Law: Comparative Insights around a Classic Encroachment Case*, «Electronic Journal of Comparative Law» 9.4 (2005), «<http://www.ejcl.org/>». Szerzej problematykę tą prezentuje jej praca *Équité du juge et territoires de droit privé. Le paradoxe de l'emprise immobilière dans les systèmes romanistes et de common law*, która ma się ukazać drukiem w roku 2006 nakładem kooperujących wydawnictw Bruylant i oraz Yvon Blais.

sposób, w jaki określony typ konfliktów w stosunkach sąsiedzkich zostanie rozstrzygnięty na gruncie różnych kultur prawnych. Szczególnie godzien uwagi w kontekście niniejszych rozważań jest fakt, że z badań tych wynika, iż w systemach należących do kontynentalnej kultury prawnej i dumnych z konstrukcji ‘nadużycia prawa podmiotowego’, możliwość uwzględnienia wymogów słuszności przez sędziów jest wyraźnie mniejsza niż w kulturze prawnej *common law*, która nie zna konstrukcji nadużycia prawa. Chociaż więc kontynentalna doktryna często zarzucała Anglosasom tolerowanie wszelkich ekscesów¹⁴, okazuje się, że angielscy sędziowie, dzięki dysponowaniu szerokimi kompetencjami dyskrejonalnymi – nader podejrzanymi w kulturze kontynentalnej ufundowanej na aksjomacie podziału władz¹⁵ – mogą bez problemu stosować środki skutecznie prowadzące do sprawiedliwego rozstrzygnięcia spraw trudnych.

Podobnie sprawa przedstawia się z pojęciem ‘dobrej wiary’, które w odniesieniu do zobowiązań kontraktowych obce jest tradycji *common law*¹⁶. Jeśli jednak spojrzeć na to zagadnienie od strony funkcji, jakie zwrot ten spełnia w kontynentalnej kulturze prawnej wówczas okazuje się, że prawo anglosaskie dysponuje całą gamą środków pozwalających na osiągnięcie tych samych skutków. I chociaż aktualne pozostaje ogólne zapewnienie Lorda Person, iż strona kontraktu może wykonywać wynikające zeń prawa niezależnie od tego, czy czyni to z dobrych powodów, złych powodów, czy też zgoła bez powodu¹⁷, sąd może dojść do wniosku, że skoro strony są

¹⁴ T. JUSTYŃSKI, *Nadużycie prawa w polskim prawie cywilnym*, Kraków 2000, s. 40; A. SZPUNAR, *Nadużycie prawa podmiotowego*, Kraków 1947, s. 26; L. JOSSE-RAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*², Paris 1939, s. 284, a także literatura tam powoływana.

¹⁵ Por. A. STĘPKOWSKI, *Nadużycie prawa a rozwój prawa. Ku istocie problemu*, [w:] *Nadużycie prawa*, cit., s. 55, 60-61 oraz powołana tam literatura.

¹⁶ Por. W. DAJCZAK, *Doświadczenia prawa rzymskiego a pojęcie dobrej wiary*, «Zeszyty Prawnicze UKSW» 1 (2001), s. 87; S. WHITTAKER, R. ZIMMERMANN, *Good Faith in European Contract Law: surveying the legal landscape*, [w:] *Good Faith in European Contract Law*, cit., s. 39.

¹⁷ *Chapman v. Honig* [1963] 3 WLR, 19, na s. 32.

reasonable, to podczas zawierania kontraktu mają względem siebie rozsądne oczekiwania (*reasonable expectations*). Tym samym musiały one milcząco zawrzeć w umowie postanowienia (*implied terms*) zabraniające zachowań, które na kontynencie uznalibyśmy za sprzeczne z *bona fides*. Oprócz tych oraz innych zabiegów interpretacyjnych, Anglicy wypracowali w odniesieniu do poszczególnych typów kontraktów szereg ‘doktryn’ nie mających w prawdzie generalnego zastosowania, jednak będących w danej sytuacji funkcjonalnym odpowiednikiem generalnej kategorii *bona fides*¹⁸. Jeśli zatem zsumujemy te wszystkie możliwości, wówczas otrzymamy nie tylko funkcjonalny odpowiednik ‘dobrej wiary’, której to kategorii – wbrew sygnalizowanym oczekiwaniom¹⁹ – sędziowie z Izby Lordów nie widzą potrzeby inkorporowania do swego systemu²⁰, ale również odpowiedniki szeregu innych kategorii używanych na gruncie kontynentalnej kultury prawnej, w tym również zakazu nadużycia prawa podmiotowego.

Jeśli więc zrezygnujemy z postrzegania prawa jako zbioru norm i zaczniemy traktować je jako kulturę prawną, wówczas uzyskamy obraz znacznie bogatszy, pełniejszy, a przez to również prawdziwszy.

IV. O SYLOGIZMIE PIERWSZYM

Powyższe uwagi pokazują, jak niełatwo jest ustosunkować się do przypisanego mi poglądu, sformułowanego w postaci „sylogizmu pierwszego”. Wieńczy go stwierdzenie: „Polemista odrzuca jakąkolwiek ewentualność istnienia w starożytnym Rzymie zakazu nad-

¹⁸ Por. R. ZIMMERMANN, *Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today*, Oxford 2001, s. 173, wraz z literaturą tam powołaną. Związką prezentację tych odpowiedników można znaleźć w S. WHITTAKER, R. ZIMMERMANN, *op. cit.*, s. 45-47; J. STEYN, *Contract Law: Fulfilling the Reasonable Expectations of Honest Man*, «Law Quarterly Review» 113 (1997), s. 441-442.

¹⁹ W. DAJCZAK, *Doświadczenia*, *cit.*, s. 91.

²⁰ Por. J. STEYN, *op. cit.*, s. 442.

użycia prawa” {285}. W zależności od tego, jakie znaczenie pojęciu „nadużycie prawa” nadano w tym kontekście, można bądź potwierdzić to stwierdzenie, bądź też stanowczo je odrzucić.

Jeżeli bowiem chodzi o konstrukcję „nadużycia prawa podmiotowego”, czyli wypracowaną na gruncie cywilistyki XIX w. i do dziś stosowany instrument prawny, pozwalający przeciwdziałać pewnym typom patologicznych zachowań, którym formalnie można przypisać walor niesprzeczności z abstrakcyjnymi dyspozycjami przepisów prawnych, to Rzymianie bez wątpienia tego instrumentu nie znali.

Na pewno jednak w starożytnym Rzymie analogiczne sytuacje faktyczne musiały występować, choć nie nazywano ich „wykonywaniem prawa podmiotowego”. Rzymianie bez wątpienia stykali się z tymi zjawiskami życia społecznego, ale nazywali je w inny sposób. Niekiedy odnaleźć je można pośród przypadków opisywanych przez rzymskich jurystów jako *fraus legis*²¹, choć przecież nie tylko. Tęgo, co współcześnie cywiliści opisują pojęciem ‘nadużycie prawa’, należałoby w Rzymie szukać również pośród nader zróżnicowanych sytuacji określanych terminem *iniuria*, w znaczeniu, o którym mówi Ulpian w osiemnastej księdze komentarza do edyktu (D. 9,2,5,1)²². Określa on w ten sposób wszelkie działanie bezprawne²³.

Stąd też nigdzie – wbrew kategoriycznym stwierdzeniom zawartym w Interwencji {285} – nie zamierzałem sugerować, iż temat pracy, z którą podjąłem polemikę, nie istnieje. Nie tylko istnieje, ale ma się dobrze, pod warunkiem wszakże, że zdajemy sobie sprawę z faktu, że zwrot ‘nadużycie prawa’ jest głównie pojęciem

²¹ Nader trafnie wskazał na to mój uniwersytecki pryncypał H. IZDEBSKI, *Nadużycie prawa*, [w:] *Nadużycie prawa*, cit., s. 13,17, i jestem nader wdzięczny za podkreślenie tego faktu przez Tomasza Giaro {288}.

²² D. 9,2,52 (Ulp. 18 *ad ed.*): *Iniuriam autem hic accipere nos oportet non quemadmodum circa iniuriarum actionem contumeliam quandam, sed quod non iure factum est, hoc est contra ius ...*

²³ Por. J. KRZYŃÓWEK, ‘*Volenti non fit iniuria*’. *Powstanie i historia reguły*, [w:] *Łacińskie paremie w europejskiej kulturze prawnej i orzecznictwie sądów polskich*, red. W. WOŁODKIEWICZ, J. KRZYŃÓWEK, Warszawa 2001, s. 271.

deskryptywnym oraz, że wiemy jakie sytuacje faktyczne ono opisuje. Jeśli przeoczy się tę okoliczność, wówczas całe zagadnienie staje się nader skomplikowane. O ile bowiem wiadomo co pod tym pojęciem rozumieją współcześni cywiliści, to jednak nie bardzo wiadomo co rzymscy prawnicy mieliby uważać za ‘nadużycie prawa’. Skoro więc Autor poruszając problematykę z zakresu prawa prywatnego posłużył się pojęciem o ustalonej współcześnie w tym kontekście treści, które nie ma swego odpowiednika w tekstach rzymskich, to powstaje w ten sposób swoiste domniemanie, którego nie wzruszono poprzez nadanie określeniu ‘nadużycie prawa’ jakiegoś specyficznego znaczenia. Podkreślane zaś w Interwencji {281} pomijanie określenia ‘podmiotowe’ jest mało znaczące, bowiem powszechnie czyni się tak również w literaturze cywilistycznej.

Argumentacja ta została zakwestionowana „z uwagi na zdecydowaną niechęć prawników rzymskich do zbędnego ich zdaniem teoretyzowania” {294}. Niełatwo jest przeniknąć intencję, z jaką sformułowano ten argument, nie sądzę jednak, by chciano w ten sposób sugerować, że juryści rzymscy posługiwali się terminami, których znaczenia nie do końca byli świadomi. Być może, pisząc o niechęci do teoretyzowania miano na myśli zastrzeżenie Javolenusa wyrażone w regule *omnis definitio in iure civili periculosa est* (D. 50,17,202). Nie chodzi w nim jednak o teoretyzowanie, lecz o świadomość ograniczeń metodologicznych, charakterystycznych tak dla etyki, jak i dla prawa.

Pojęcie definicji, w tradycji platońsko-arystotelejskiej oznaczało określenie istoty przedmiotu definiowanego i dlatego poprawna definicja była bezwyjątkowa. Stąd też definiowano jedynie przedmioty niezmysłowe i aczasowe²⁴ na gruncie matematyki i metafizyki. Na gruncie etyki natomiast nie sposób formułować tak rozumianych definicji, co podkreślał Arystoteles wskazując: „nie we wszystkich ... wywodach należy szukać tego samego stopnia ścisłości”. Stagyryta doda-

²⁴ Arist., *metaph.* 7,15; 1039b-1040a ([w:] *Dzieła wszystkie*, II, cit., s. 742).

je dalej, że „jest cechą człowieka wykształconego żądać w każdej dziedzinie ścisłości w tej mierze, w jakiej na to pozwala natura przedmiotu”. W dalszym ciągu zaś podkreśla, że nie należy od wywodów mówcy wymagać ścisłości, jakiej należy wymagać od dowodów matematyka i *vice versa*, od matematyka należy oczekiwać ścisłych dowodów²⁵ nie zaś operowania toposem, którym posługuje się mówca. Bezpośrednio w odniesieniu do sfery prawa tę samą problematykę Arystoteles porusza wskazując, że normy prawne dotyczą jedynie sytuacji typowych²⁶ kontynuując w tym miejscu wiernie myśl Platona²⁷.

Stwierdzenie Javolenusa nie oznacza zatem swoistego ‘nihilizmu metodologicznego’ lecz coś wprost przeciwnego – świadomość metodologicznych uwarunkowań uprawianego przez jurystów rzemiosła. Javolenus mówi jedynie, że na gruncie prawa nie należy oczekiwać tej precyzji co w matematyce. Należy zatem tekst ten odczytywać w kontekście innych fragmentów z pism jurystów klasycznych, które mówią o tych uwarunkowaniach (D. 1,3,3-6, zwłaszcza D. 1,3,10) i wskazują jednoznacznie na związki z myślą grecką²⁸. Owa metodologiczna świadomość nie powstrzymywała jednak prawników przed precyzowaniem tego, co mają na myśli posługując się określonymi pojęciami. Wystarczy spojrzeć na przedostatni tytuł *Digestów* Justyniana zatytułowany wymownie: *De verborum significatione*.

Jedno jest pewne: milczenie źródeł sprawia, że – w tym konkretnym wypadku – Autor nie mógł mieć na myśli znaczenia, jakie termin ‘nadużycie prawa’ mógłby posiadać, gdyby Rzymianie się nim posługiwali. Najprawdopodobniej w ogóle go nie używali, ale jeśli nawet tak nie było, to nic nam na ten temat dzisiaj nie wiadomo.

²⁵ Arist., *EN* 1,3; 1094 b, (przekł. D. GROMSKA, *Etyka Nikomachejska*, [w:] *Dzieła wszystkie*, V, cit., s. 79)

²⁶ Arist., *EN* 5,10; 1137 b ([w:] *Dzieła wszystkie*, V, cit., s. 189).

²⁷ Plat., *Polityk* 294e-295a (przekł. W. WITWICKI, [w:] *Platon, Sofista. Polityk*, Warszawa 1956, s. 175).

²⁸ W podobny sposób interpretował tekst Javolenusa P. STEIN, ‘*Regulae Iuris*’. *From Juristic Rules to Legal Maxims*, Edinburgh 1966, s. 70.

W jakim zatem znaczeniu mógł użyć go Autor w tytule i następnie w treści Książki?

Są dwie możliwości: mógł użyć tego terminu w bardzo szerokim i nieprecyzyjnym znaczeniu, jakie nadaje mu potoczna intuicja współczesnych, bądź nawiązać do znanej współczesnej cywilistycznej konstrukcji ‘nadużycia prawa podmiotowego’. Ta pierwsza – wyeksponowana w Interwencji {294-295} – ewentualność wydaje się być czysto teoretyczna i nader mało prawdopodobna. Nade wszystko Książka opisywałaby wówczas chyba zbyt wąskie spektrum zjawisk, które w języku potocznym określa się mianem ‘nadużycia prawa’. Ponadto wskazane byłoby wówczas wyraźne zdystansowanie się od cywilistycznego znaczenia tego terminu, a nie tylko od używania samego określenia ‘podmiotowe’ [16-17].

Tymczasem Autor wcale nie zamierzał abstrahować od cywilistycznego rozumienia ‘nadużycia prawa’. Rozważania prowadzone w Książce są wyraźnie sytuowane w kontekście regulacji europejskich kodyfikacji cywilnych dotyczących właśnie ‘nadużycia prawa podmiotowego’²⁹. Co więcej, regulacje te wyszczególniono również w indeksie jako „źródła współczesne” – potraktowano je zatem *per analogiam* z rzymskimi tekstami prawniczymi, co zdaje się wskazywać, że zdaniem Autora dotyczyć miały tej samej problematyki.

Autor nawiązał też do obu cywilistycznych teorii nadużycia prawa podmiotowego uznając, że w świetle analizy rzymskich tekstów można również dokonać ich oceny [186-187, 282]. Aby jednak dokonać takiej oceny, rzymskie teksty musiałyby dotyczyć stanów faktycznych podobnych w istotny sposób do tych, do których współcześnie odnosi się konstrukcję nadużycia prawa. To natomiast oznacza konieczność odnalezienia w rzymskich źródłach nie współczesnych teorii, lecz stanów faktycznych, które dzisiejszy prawnik opisałby jako przypadki nadużycia prawa podmiotowego, gdy tymczasem jurysta rzymski opisywał je w inny sposób. Chodziło mi zatem o przemyślane wykorzystanie bogatej rzymskiej kazuistyki, która wszak stanowiła mocną stronę tamtej jurysprudencji {282}.

²⁹ Chodzi o art. 135 Kz.; art. 2 ZGB; § 226 BGB; § 1295 ust. 2 ABGB.

V. O SYLOGIZMIE DRUGIM

Wydaje się również, że przypisywanie mi twierdzenia sformułowanego w postaci ‘sylogizmu drugiego’ nie odpowiadało intencji, z jaką wyraziłem wątpliwość odnośnie rozważań poświęconych problemowi srożenia się nad niewolnikami. Sygnalizowałem tam jedynie problemy wiążące się z przekładaniem rozwiązań rzymskich na kategorie współczesnego języka prawnego³⁰ (266). Dlatego też, podtrzymuję w pełni mój sceptycyzm i paradoksalnie z tego właśnie powodu w pełni się zgadzam z Tomaszem Giaro, gdy wskazuje, że w obronie, jaką znajdowali na mocy cesarskich reskryptów maltretowani niewolnicy, którzy uciekali się do posągów „boskich cesarzy”, ‘dopatrywałby się raczej tylko formalnego usankcjonowania instytucji azylu’ {293}.

Z drugiej strony jednak, zdecydowanie sceptycznie odnoszę się do poszukiwania w tym wypadku „częściowej zdolności prawnej” niewolników {292-293}. Tego typu zabiegi potraktować można tylko jako upychanie antycznej kultury do ‘cywilistycznych szufladek’ {294}. Pogwałcenie sakralnego azylu było traktowane z najwyższą powagą i surowością, bowiem źródłem azylu była sfera *sacrum*. Cesarz, jeśli chciał uchodzić za bóstwo, musiał postępować jak na bóstwo przystało, a czynił to w sposób sobie właściwy: wydając stosowną konstytucję. Dla nas, patrzących na teksty źródłowe przez pryzmat współczesnej zsekularyzowanej kultury, związany z kultem cesarzy splot rzeczywistości sakralnej z administracyjną sprawia, że bardzo łatwo tracimy z oczu cały religijny wymiar tej problematyki. Gotowi jesteśmy sprowadzać ją do procedur oraz dociekań nad politycznym *ratio legis* cesarskiej interwencji nie dostrzegając zupełnie kontekstu kulturowego, który tworzył oficjalny kult cesarzy.

³⁰ Na to samo niebezpieczeństwo ‘nazbyt współczesnego’ odczytywania dawnych tekstów, posługując się współczesnymi kategoriami, które nie przystają do opisywanej rzeczywistości, wskazywał niegdyś na przykładzie wyводу św. Tomasza z Akwinu F. LONGCHAMPS, *Z rodowodu prawa podmiotowego*, «Zesz. Nauk. UW» 34 «Prawo» 8 (1961), s. 107-108.

Dlatego, w przeciwieństwie do sytuacji faktycznych, które można byłoby opisywać w kategoriach nadużycia prawa podmiotowego, w rozważanych w Książce przypadkach nie ma najmniejszej potrzeby doszukiwania się – nawet tylko ‘częściowej’ – zdolności prawnej niewolników. Zabiegi takie przypominają tezy amerykańskich ‘piramidologów’, rozszyfrowujących imię egipskiego bożka Ozyrysa jako wyznanie wiary w bożka „O”, które w używanym przez współczesnych Amerykanów ‘staroegipskim dialekcie’, brzmieć miało „*O sir is!*”³¹. Czy jednak warto poszukiwania prawdy historycznej zastępować tezami, które, chociaż błyskotliwe i bez wątplenia frapujące w oczach człowieka współczesnego, nie mogą mieć racji bytu w realiach kulturowych badanej epoki historycznej?

VI. PRAWO A IDEOLOGIE

Uwzględniając więc złożoność roztrząsanej problematyki, przychodzi nie zgodzić się z zawartym w Interwencji stwierdzeniem, że „można ... przyjąć, że zakaz nadużycia prawa znany był już w starożytnym Rzymie tyle, że oczywiście w postaci zaledwie embrionalnej” {285}. Takie założenie oznaczałoby ‘dewaluowanie prawa rzymskiego do roli nieporadnych pierwszych kroków współczesnej cywilistyki’ {284}. Natomiast w pełni zgadzam się już ze zdaniem kolejnym, gdzie pada stwierdzenie, że zakaz nadużycia „musiał ... być wtedy czymś innym niż w XIX-wiecznej Francji...”.

Jeżeli mówimy o formie embrionalnej, to chodzi o ten samym przedmiot, choć na różnych etapach jego rozwoju. Jednak rozwiązania prawne analogicznych sytuacji faktycznych mogą być formułowane w oparciu o gatunkowo różne konstrukcje teoretyczne. Dlatego o rzymskich sposobach normowania życia społecznego nie zawsze da się mówić jako o „embrionalnych formach” rozwiązań stosowanych w stuleciu XIX. Nawiązując do sugestywnych porównań z Interwencji {282} można powiedzieć, że o ile w XIX w. lu-

³¹ *Między logiką a wiarą. Z Józefem M. Bocheńskim rozmawia Jan Parys*³, Warszawa 1995, s. 73-74.

dzie byli transportowani przez konie zaprzęgnięte do powozów, zaś w starożytnym Rzymie przez niewolników dźwigających lektyki, o tyle trudno uznać niewolnika za embrionalną formę konia, choć w obydwu przypadkach chodziło o spełnianie tych samych funkcji przez konie i niewolników.

Z sytuacją taką mamy do czynienia właśnie w odniesieniu do konstrukcji nadużycia prawa, którą w XIX w. wypracowała cywilistka. Byłbym też bardziej zdecydowany w stwierdzeniach; wychodząc z założeń czysto cywilistycznych nie tyle 'można forsować pewną koncepcję światopoglądową' {296}, co raczej w nieunikniony sposób forsuje się ją. Realia światopoglądowe, które zdeterminowały tożsamość kulturową cywilistyki w XIX w. były diametralnie różne od tych, które panowały w starożytności i nie ma sensu zgłębianie kultury prawnej Rzymian posługując się współczesnymi kategoriami, których zręby zostały wypracowane w Oświeceniu.

Z drugiej strony jednak, w trakcie kształtowania teorii nadużycia prawa podmiotowego, poszukujący stosownych uzasadnień cywilisści chętnie szukali inspiracji w dorobku jurysprudencki rzymskiej. Jedni szukali tam argumentów przemawiających za zakazem abuzywnego korzystania z prawa, inni jednak, jeszcze chętniej od tych pierwszych, sięgali do sformułowań rzymskich takich jak chociażby maksyma *qui iure suo utitur neminem laedit*, by uzasadnić konieczność tolerowania szykan i innych ekscesów. W obydwu tych wypadkach nie chodzi jednak o rozwój określonych konstrukcji prawa rzymskiego, lecz o potraktowanie starożytnych tekstów jako zbioru maksym, w oparciu o które można uzasadniać swoje poglądy twierdząc, że „przecież już starożytni Rzymianie ...”. Chodzi tu jednak o retorykę, a nie o dogmatykę. Dorobek jurysprudencki rzymskiej staje się wówczas jedynie zbiorem maksym, na których można oprzeć swą argumentację i oczekiwać, że spotka się ona z uznaniem³². Tymczasem poglądy, które uzasadniano powołując starożytne sformułowania wynikały z postaw światopoglądowych wyrosłych w XIX w. na filozofii Oświecenia.

³² Zjawisko to zostało opisane już dawno, por. P. STEIN, *op. cit.*, s. 105-108.

Z tego też powodu, z całą stanowczością wypada podtrzymywać – odrzuconą w Interwencji, jako stanowiącą pomieszanie perspektywy logicznej z historyczną – tezę, że w odróżnieniu od różnorodnych patologicznych zachowań uzasadnianych argumentami prawnymi, „konstrukcja nadużycia prawa mogła powstać i faktycznie powstała dopiero po uprzednim wykształceniu się nowoczesnej konstrukcji prawa podmiotowego” {286}.

VII. METAFIZYCZNA MGIELKA

Wspomniane obiekcje należałoby uznać za całkowicie słuszne, jeśli przyjąć, że konstrukcja ‘prawa podmiotowego’ stanowiła jedynie produkt historycznego rozwoju kategorii rzymskich. Warto przytoczyć tu genialnie trafne stwierdzenie Franciszka Longchamps, który wskazywał blisko pół wieku temu, że znakomita skądinąd szkoła myślenia prawniczego, jaką jest pandektystyka, sprawiła, że wielu dobrych prawników „mniemało i mniema, że pojęcie prawa podmiotowego wywodzi się w prostej linii z systemu rzymskiego”³³. Jednakże, wbrew prawniczej mitologii, do której należy zaliczyć powoływaną w Interwencji opinię Hansa Kelsena {286}, wcale tak nie jest. Jeśli bowiem wziąć pod uwagę wypadki używania terminu *ius* przez Rzymian lub w średniowieczu, w sposób, który pozwalałby dziś tłumaczyć je jako ‘uprawnienie’, to wciąż trudno jest mówić tu o prawie podmiotowym w znaczeniu, do którego nawiązują teorie nadużycia. Wyjaśnienie tej trudności oznacza konieczność prześledzenia procesu kształtowania się pojęcia ‘prawa podmiotowego’, co w oczywisty sposób jest niewykonalne w ramach niniejszego tekstu. Warto jednak rzucić na ten problem przynajmniej nieco światła.

Dla starożytnych *ius* stanowiło pochodną *iustitia* (*nomen iuris... est autem a iustitia appellatum* – D. 1,1,1 pr.), którą rozumiano jako moralną sprawność – cnotę etyczną, ale też jako stan społecznej homeostazy osiągany dzięki indywidualnemu praktykowaniu tej cnoty.

³³ F. LONGCHAMPS, *op. cit.*, s. 108-109.

W Oświeceniowym tymczasem, po przemianach, których świadectw dostarcza nam literatura wcześniejsza, tym samym pojęciem *ius* opisywano to, co zaczęto wówczas określać mianem 'prawa podmiotowego'. *Ius* nabrało w ten sposób znaczenia *libertas*³⁴. Dopiero po nastąpieniu tej zmiany, która dokonała się na płaszczyźnie etyczno-politycznej nie zaś prywatnoprawnej, wykonywanie tak rozumianych 'praw' mogło się odbywać przy zupełnym abstrahowaniu od kategorii *iustitia* w jej wymiarze etycznym (jako cnoty) i stanowiącym jego przedłużenie, wymiarze politycznym (jako stanu stwarzającego wspólnocie warunki do trwania i rozwoju³⁵). Kategoria sprawiedliwości utraciła wówczas swą doniosłość na rzecz pojęcia 'wolności'. Gdy zaś prawo przestaje być postrzegane jako sposób urzeczywistniania sprawiedliwości (*als Technik der Gerechtigkeit*³⁶), lecz staje się afirmacją ludzkiej wolności postrzeganej jako indywidualna autonomia jednostki³⁷, wówczas na masową skalę pojawiają się przy jego wykonywaniu takie problemy społeczne, z jakimi mieliśmy do czynienia w XIX w.

Cały ogromny wysiłek podjęty w drugiej połowie XIX stulecia przez doktrynę wraz z orzecznictwem, uwieńczony sformułowaniem teorii nadużycia prawa podmiotowego, musiał zostać wykonany dlatego, że wcześniej prawa przestały być środkiem do celu i jako wyraz indywidualnej wolności, zostały z celem utożsamione. Nic więc dziwnego, że wszelkie radykalne nurty filozofii społecznej w XIX i XX stuleciu, odreagowując liberalne *status quo*, nader często w imię sprawiedliwości społecznej kwestionowały prawo, rozumiejąc pod tym pojęciem ustawę. Prawo bowiem, jeśli było traktowane przedmiotowo, stawało się linią demarkacyjną autonomii jed-

³⁴ W oświeceniowej filozofii jest to nader wyraźne. Szczególnie spektakularnie pisał o tym T. Hobbes, któremu można chyba przypisać ojcostwo współczesnego rozróżnienia na prawo podmiotowe i prawo przedmiotowe (*ius i lex*), por. T. HOBBS, *Lewiatan*, przekł. Cz. ZNAMIEROWSKI, Warszawa 1954, s. 113.

³⁵ Por. Arist., *EN* 5,1 (1129 b) ([w:] *Dzieła wszystkie*, V, cit., s. 169)

³⁶ T. GIARO, *Privatrecht als Technik der Gerechtigkeit*, [w:] *Konzeptionen der Gerechtigkeit*, red. H. MÜNKLER, M. LLANQUE, Baden-Baden 1999, s. 69-80.

³⁷ Por. JAN PAWEŁ II, *'Evangelium vitae'*, 19-20.

nostki i zarazem jej strażnikiem. Gdy zaś było traktowane podmiotowo, utożsamiano je z samą wolnością.

Stąd też pojęcie sprawiedliwości na gruncie liberalnego pozytywizmu zastąpiono legalnością. Natomiast w nurtach kontestujących liberalne *status quo* często odrzucano prawo pozytywne jako ‘gwarantujące bogatym wolność gnębienia biednych’. Stąd też owe radykalne nurty społeczne często miały skłonność do nihilizmu prawnego odrzucając tak wyalienowane ‘prawo’ w imię ‘sprawiedliwości społecznej’. Dziś ten paradygmat naszej kultury prawnej stracił nieco na ostrości, jednak daleko mu do tego, by stać się przebrzmiałym. Stąd też nawoływanie do przywrócenia pojęciu sprawiedliwości jego etycznej tożsamości jako cnoty społecznej³⁸, choć często jest nader gromko oklaskiwane, wciąż pozostaje jedynie wołaniem na puszczy.

Dla prawnika rzymskiego tak skonstruowana antynomia między prawem i sprawiedliwością musiała stanowić oczywistą niedorzeczność. Nie oznacza to, że nie było w Rzymie przypadków prawniczego kręactwa, jednak nie miano wątpliwości, że nie są one wyrazem prawa. Wyraźnie pisał o tym Paulus w komentarzu do Sabinusa, gdy stwierdzał, że o decyzji pretora mówi się, że stosuje on prawo, nawet jeśli uczyni coś niesprawiedliwie, wówczas bowiem ma się na myśli nie to, co pretor faktycznie zrobił, lecz to, co powinien był zrobić³⁹. Temu samemu przekonaniu dają wyraz również św. Augustyn⁴⁰, a zatem nie mamy tu do czynienia jedynie z opinią jurysty. Chodzi o istotny składnik kultury klasycznej.

Dlatego też nadzwyczaj trafne jest – skądinąd nader prowokacyjnie brzmiące – stwierdzenie Tomasza Giaro, że całe klasyczne pra-

³⁸ JAN PAWEŁ II, *‘Christifideles laici’*, 42: „Polityka na rzecz osoby i społeczeństwa przyjmuje jako stały kierunek postępowania obronę i promocję sprawiedliwości, rozumianej jako «cnota», w której wszyscy winni być wychowywani ...”.

³⁹ D. 1,1,11 (Paul., 14 *ad Sab.*): ... *praetor quoque ius reddere dicitur etiam cum inique decernit, relatione scilicet facta non ad id quod ita praetor fecit, sed ad illud quod praetorem facere convenit.*

⁴⁰ Aug., *de civ. Dei* 19,21, ... *ubi ergo iustitia vera non est, nec ius potest esse. Quod enim iure fit, profecto iuste fit; quod autem fit iniuste, nec iure fieri potest.*

wo rzymskie „sprowadzało się właściwie do jednego wielkiego zakazu nadużycia prawa” {299}. Tak! Jeżeli nadużycie prawa to sytuacja, w której ktoś czyni niesprawiedliwość twierdząc, że jest do tego uprawniony, to cała rzymska kultura prawna odrzucała możliwość takiego kwalifikowania podobnych patologii społecznych. Aby bowiem można było używać pojęcia ‘nadużycie prawa’ dla adekwatnego opisu jakiejś rzeczywistości, w pierwszej kolejności pojęcie „prawa” musiało zostać utożsamione z przepisem. Wówczas to działania zgodne z dyspozycją przepisu, stanowiące jednocześnie czyn niesprawiedliwy, można byłoby nazywać ‘nadużywaniem’ prawa. Ponieważ Rzymianie nie dokonywali takiego utożsamienia, najprawdopodobniej nie posługiwali się pojęciem *abusus iuris* – wystarczyło im mówienie o *iniuria*, nawet wówczas, gdy chodziło o *summum ius*.

Konieczność taka pojawiła się natomiast wraz ze zmianą w kulturze prawnej, która dokonała się w Oświeceniu w wyniku przewrotu filozoficznego pociągającego za sobą radykalną zmianę w całości kształcie kultury europejskiej. Z jednej strony prawem uczyniono przepis opisując go łacińskim terminem *lex*, natomiast z drugiej strony terminowi *ius* nadano zabarwione ideologią prawa naturalnego znaczenie prawa podmiotowego. Oczywiście zmiana w sposobie rozumienia terminu *ius* w europejskiej myśli prawnej następowała stopniowo. Obserwując ją John Finnis wskazał na Suareza, jako na autora, u którego widać już wyraźnie tendencję używania terminu *ius* nie jako obiektywnej miary tego, co sprawiedliwe, lecz jako ‘coś’, co człowiek ‘ma’ i co czyni jego osobistą kondycję wyraźnie lepszą⁴¹. Michel Villey podkreślał wszakże, że już u Okhama i Ger-

⁴¹ J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford 1980, s. 206-207. Szerzej na temat zmiany w sposobie mówienia o *ius* u Suareza i uwarunkowaniach tegoż por. B. V. BRADY, *An Analysis of the Use of Rights Language in Pre-Modern Catholic Social Thought*, «The Thomist» 57 (1993), szczeg. s. 117-119. Nader trafnie oddaje ten sposób pojmowania prawa określenie użyte współcześnie przez Zbigniewa Radwańskiego, który wskazuje, że „gdy mówi się o «prawie podmiotowym», ma się na myśli jakąś pozytywnie ocenianą (korzystną) sytuację jednostki w społeczeństwie”. Z. RADWAŃSKI, *Prawo cywilne – część ogólna*⁸, Warszawa 2005, s. 88.

sona spotykamy definicje tego terminu nadające mu znaczenie korzystnej sytuacji jednostki w społeczeństwie (*ius est facultas seu potestas*)⁴², za którą uznawano stan wolności. Dotychczasowy związek zachodzący między *ius* i *iustitia* uległ osłabieniu a następnie zatarciu i zastąpiło go utożsamienie pojęć *ius* i *libertas*⁴³.

Bezpośrednio, przemiany te prowadziły oczywiście do powstania koncepcji praw człowieka, co w Interwencji uznano za powód do zignorowania tych zjawisk, jako nierелеwantnych dla rozważań konstrukcji prawa podmiotowego na gruncie cywilistyki {296}. Przywołując jednak pojęcie ‘prawa podmiotowego’, należy sobie zdać sprawę, że podstawową i pierwotną kategorią są tu publiczne prawa podmiotowe i, wbrew gołosłownym zarzutom {296}, Michel Villey wskazując na tę zależność nie pomylił się ani trochę. Z tego samego też powodu, nie ma sensu traktować konstrukcji ‘prawa podmiotowego’, jako efektu rozwoju kategorii rzymskich. Jest to nie-rzymska treść filozoficzno-polityczna, która po pewnym (dość długim) czasie została zaakceptowana na gruncie prawa cywilnego.

Jeśli zatem wziąć pod uwagę historyczny rozwój teorii ‘nadużycia prawa podmiotowego’ w prawie francuskim, czyli problem wykonywania prawa własności, warto pamiętać, że właśnie prawo własności było, i wciąż jest traktowane jako prawo podmiotowe *par excellence*. Wszak John Locke, jeden z intelektualnych ojców liberalnej koncepcji politycznej, całą sferę wolności, której bronić miało państwo i stanowione przezeń prawo pozytywne, określał właśnie szeroko rozumianym terminem ‘własność’⁴⁴. To obronie tej naturalnej, czyli przed-społecznej i tym samym wolnej od wszelkich społecznych uwarunkowań, własności miało służyć prawo i tworzące je

⁴² Por. M. VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris 1962, s. 240-241, a także entuzjastyczną relację z tych poglądów autorstwa F. LONGCHAMPS, *op. cit.*, s. 112, 119-120.

⁴³ Por. K. SÓJKA-ZIELIŃSKA, *Wielkie kodyfikacje cywilne XIX wieku*, Warszawa 1973, s. 50-51.

⁴⁴ J. LOCKE, *Dwa traktaty o rządzie*, przekł. Z. RAU, Warszawa 1992, II § 123, s. 251.

państwo. Indywidualistycznie pojmowana własność prywatna została tym samym podniesiona do rangi aksjomatu konstytucyjnego. Konsekwencją tej konstrukcji filozoficznej, na której ufundowana została kultura polityczna a potem prawna państw kontynentalnej Europy, były patologiczne zjawiska społeczne dające początek formułowaniu w orzecznictwie i doktrynie postulatów powściągnięcia jednostek w wykonywaniu ich ‘naturalnych praw podmiotowych’ na czele z własnością.

Prywatno-prawny problem nadużycia prawa podmiotowego pojawił się zatem na gruncie dziewiętnastowiecznej cywilistyki, jako konsekwencja wcielenia w życie, mającej określoną tożsamość światopoglądową, koncepcji politycznej, pod dyktando której następnie ukształtowano porządek prywatno-prawny w politycznym akcie kodyfikacji.

Zatem publiczno-prawna problematyka ‘praw człowieka’ jest tylko pozornie niezwiązana z cywilistyczną koncepcją nadużycia prawa podmiotowego. Jeżeli będziemy poszukiwać przyczyn powstawania określonych pojęć i konstrukcji teoretycznych wykraczając poza płaszczyznę rozważań dogmatycznych, wówczas okaże się, że cała cywilistyczna problematyka ‘prawa podmiotowego’ i jego nadużywania jest głęboko uwarunkowana treściami filozoficzno-politycznymi. Wystarczy sobie uprzytomnić, jak ogromna zmiana nastąpiła z chwilą, gdy prawo cywilne w XIX w. ostatecznie przestało być tworzoną przez jurystów tradycją nawarstwiającej się interpretacji⁴⁵ i stało się ustawą stanowiącą wyraz ideologicznie określonej wizji społeczno-politycznej. Najwyraźniej widać to było w austriackim kodeksie cywilnym, który wręcz epatuje prawno-podmiotową stylistyką⁴⁶.

W pierwszych podejmowanych próbach ustalenia tego, czym na gruncie prawa cywilnego jest prawo podmiotowe, widać wyraźne

⁴⁵ Por. T. GIARO, *Wykładnia bez kodeksu. Uwagi historyczne o normatywności interpretacji prawniczej*, [w:] *Teoria i praktyka wykładni prawa*, red. P. WINCZOREK, Warszawa 2005, s. 18.

⁴⁶ Por. szczegółowo na ten temat K. SÓJKA-ZIELIŃSKA, *op. cit.*, s. 50 i n.

uwarunkowania konstrukcjami filozoficznymi pamiętającymi połowę XVII w. Tak postrzegać należy bowiem teorię „wolności woli” Savignego, podzielaną m.in. przez Puchte. Jej istota wynika ze sposobu postrzegania przez nich funkcji prawa przedmiotowego. Akceptują oni tutaj w pełni Hobbesowski sposób rozumienia terminu *lex*, jako reguły, która wytycza linię demarkacyjną dla swobodnego (wolnego) działania jednostek⁴⁷. Stąd też prawo podmiotowe, stanowiące istotę stosunku prawnego, jest w tym ujęciu ludzką wolnością, czyli wytyczoną przez prawo przedmiotowe sferą, w której indywidualna wola cieszy się pełną autonomią⁴⁸. Chodzi zatem o tę samą treść, którą Hobbes określał terminem *ius*⁴⁹, choć Savigny i Puchta⁵⁰ nie musieli inspirować się bezpośrednio jego poglądami. Dokładnie takie samo jak u Hobbesa rozróżnienie między prawem podmiotowym i przedmiotowym było powszechne zarówno u niemieckich przedstawicieli szkoły prawa natury jak i u Hegla⁵¹ oraz u Kanta⁵².

⁴⁷ Por. K. F. von SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, I, Berlin 1840, s. 332: „Die Regel, wodurch jene Gränze und durch sie dieser freye Raum bestimmt wird, ist das Recht”.

⁴⁸ K. F. von SAVIGNY, *op. cit.*, s. 334: „... ein Gebiet unabhängiger Herrschaft des individuellen Willens”. To samo znaczenie mają wywody G. F. PUCHTA, *Cursus der Institutionen, I: Geschichte des Rechts bei dem römischen Volk mit einer Einleitung in die Rechtswissenschaft und Geschichte des römischen Civilprocesses*⁸, red. P. KRÜGER, Leipzig, 1875, s. 6: „Vermöge der Freiheit ist der Mensch subject des Rechts. Seine Freiheit ist das Fundament des Rechts, alle Rechtsverhältnisse sind ein Ausfluß derselben”.

⁴⁹ Według T. HOBBSA, *op. cit.*, s. 113 prawo podmiotowe (*ius naturale*) to „wolność, jaką ma każdy człowiek, używania swej własnej mocy wedle swojej własnej woli dla zachowania własnej istoty”.

⁵⁰ G. F. PUCHTA, *op. cit.*, s. 8: „Wir gebrauchen das Wort Recht für den allgemeinen Willen, den Willen der Gesamtheit... Recht ist also hier eine Rechtsvorschrift.... Das Wort Recht wird aber auch gebraucht für den Willen des Einzelnen, sofern er jenem allgemeinen Willen entspricht, für die Herrschaft oder Macht..., die der Person über einen Gegenstand gegeben ist”.

⁵¹ Omówienie tych poglądów znaleźć można w K. OPALEK, *Prawo podmiotowe. Studium z teorii prawa*, Warszawa 1957, s. 36-39.

⁵² I. KANT, *Metafizyka moralności*, przekł. E. NOWAK, Warszawa 2005, s. 51-52.

Z czasem prawo podmiotowe przestano opisywać jako sferę wolności i zaczęto je ujmować jako ‘moc’ woli jednostki⁵³ względem innych podmiotów, bądź też jako ‘prawem chronione interesy’⁵⁴. Niektórzy łączyli obie te teorie wskazując na interes, jako na cel, dla którego realizacji jednostka została wyposażona w ‘moc’, lub też ‘władztwo woli’⁵⁵. W tej panoramie na uwagę zasługuje przede wszystkim nader przekonująca analiza dyskutowanego tu pojęcia przeprowadzona przez Romana Longchamps de Bérier. Utrzymując się w nurcie jurysprudencki interesów, sformułował on bardzo precyzyjną definicję prawa podmiotowego, jako prawem chronionej możliwości zaspokojenia faktycznie istniejącego dla podmiotu interesu, za wolą powziętą z punktu widzenia tegoż podmiotu⁵⁶. Niestety, ten nader cenny dorobek polskiej doktryny został skutecznie przemilczany przez rodzimą cywilistykę, która preferuje postrzeganie prawa podmiotowego jako wynikającej ze stosunku prawnego sfery możliwości postępowania, nawiązując tym samym głównie do starej – naznaczonej oświeceniowym jusnaturalizmem – teorii Savignego⁵⁷. Wciąż też

⁵³ B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*⁴, I, Düsseldorf 1875, § 37, s. 91: „Recht (Recht im subjectiven Sinn, subjectives Recht) ist eine von der Rechtsordnung (Recht im objectiven Sinn, objectives Recht) verliehene Willensmacht oder Willensvorschrift concreten Inhalts”.

⁵⁴ R. IHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*⁴, III, Leipzig 1888, § 60, s. 339: „Der Begriff des Rechts beruht auf der rechtlichen Sicherheit des Genusses, Rechte sind rechtlich geschützte Interessen”.

⁵⁵ F. REGELSBERGER, *Pandekten*, I, Leipzig 1893, § 14, s. 74: „... rechtlich anerkannte und geschützte Interessen- und Machtkreise: das sind die Rechte der Einzelnen, die subjektiven Rechte”. Por. także A. MERKEL, *Juristische Encyclopädie*, Berlin-Leipzig 1885, § 159, s. 88: „Das subjektive Recht ist dem Gesagten zufolge ebenso wie das objektive Recht: Macht, und zwar eine Macht, welche um bestimmter – vom objektiven Rechte vorausgesetzter – Interessen willen verliehen und ihnen gemäß als ein Werkzeug für ihre Befriedigung gestaltet ist”.

⁵⁶ Por. R. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Studia nad istotą osoby prawniczej*, Lwów 1911, s. 75-131, szczeg. s. 96-102.

⁵⁷ A. WOLTER, J. IGNATOWICZ, K. STEFANIUK, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*², Warszawa 2001, s. 128-129 oraz literatura tam powołana, a także E. SKOWROŃSKA-BOCIAN, *Prawo cywilne. Część ogólna. Zarys wykładu*, Warszawa 2005, s. 147.

podkreśla się prawno-naturalny, nadrzędny względem ‘zwykłych’ uprawnień, charakter prawa podmiotowego⁵⁸. Jednocześnie jednak, w kontekście konkretnych rozważań dogmatycznych przyznaje się ograniczoną użyteczność tych górnołotnych konstrukcji, sprowadzając prawa podmiotowe z owego metapoziomu do postaci normatywnej ‘zwykłych’ uprawnień⁵⁹. Warto przy tym podkreślić, że definicja Romana Longchamps de Bérier likwiduje konieczność uciekania się do rozróżnień między prawem podmiotowym i uprawnieniem.

VIII. POWRÓT DO PRZESZŁOŚCI

W Rzymie o prawnopodmiotowym ujęciu nie mogło być mowy. Rzymianie za punkt wyjścia obierali ‘sprawiedliwość’, a nie ‘wolność’ i stąd nie przeprowadzali wyraźnych granic między prawem i etyką⁶⁰. Niezwykle trafnie wyraził to Profesor Giaro gdy podkreślił, że ‘obowiązki natury moralnej nie były jedynie *wishful thinking*’, lecz stanowiły realny regulator życia społecznego. Jego instytucjonalnym wyrazem był urząd cenzora i *regimen morum* {297}. Pamiętać też należy, że mówiąc o etyce nie chodzi o abstrakcyjne „poglądy filozoficzne” traktowane jako „wyższe motywacje” [59-60, 279] lecz o teoretyczne opracowanie, praktycznej umiejętności dobrego życia, która wyrasta zawsze z określonej koncepcji filozoficznej, niezależnie czy sobie to uświadamiamy, czy też nie. Nie sądźmy też, że mówiąc o etyce starożytnych mówić będziemy o treściach jedynie wzniosłych. Dziś możemy krytycznie oceniać szereg szczegółowych jej elementów, jak chociażby akceptację dla niewolnictwa.

⁵⁸ Por. G. F. PUCHTA, *op. cit.*, s. 8; E. SKOWROŃSKA-BOCIAN, *op. cit.*, s. 144.

⁵⁹ T. JUSTYŃSKI, *op. cit.*, s. 66. Sceptycyzm ten nieobcy jest również teoretykom. Por. K. OPAŁEK, *op. cit.*, s. 414; T. STAWECKI, P. WINCZOREK, *Wstęp do prawoznawstwa*⁴, Warszawa 2003, s. 78.

⁶⁰ D. 1,1,1,1 (Ulp. 1 *Inst.*): *Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes.*

We współczesnej kulturze jednak, jakiegokolwiek wzmianki o konieczności podporządkowania życia społecznego względem etycznym – w znaczeniu jakie nadawali temu terminowi starożytni – są traktowane z jednej strony jako przejaw intelektualnego autyzmu bądź prozaicznego frajerstwa, z drugiej zaś strony, kojarzone są z przekazanym nam przez Oświecenie archetypem inkwizytora. Natomiast w Rzymie etyka była pełnoprawnym regulatorem życia społecznego obok prawa i stąd nie trzeba było wymyślać prawnych teorii jego nadużycia. O praktycznym zakresie *facultas agendi* decydowała bowiem nie tyle treść przepisu w ustawie, co interpretacja jurystów, mających określoną formację etyczną, będącą wówczas elementem ścisłego kanonu wychowawczego.

Dlatego nie miano wątpliwości, że dokonując czynności prawnych nie można czynić tego *contra bonos mores* i, że wykonując zobowiązania należy to robić zgodnie z *bona fides*. Dlatego też *iustitia* była definiowana jako *constans et perpetua voluntas...*, a zatem tak, jak Arystoteles definiował cnotę⁶¹, bo nią właśnie dla Ulpiana była. Dlatego też jurysta ten wskazywał jako *iuris praeceptum* nakaz *honeste vivere* (D. 1,1,10,1) rozumiany w tamtej kulturze jako życie podporządkowane cnotcie (*cum virtute vivere*)⁶², co znakomicie koresponduje ze wskazaniem Arystotelesa mówiącego, że prawo ma nakazywać dokonywanie czynów zgodnych z cnotą i zakazywać czynów jej przeciwnych⁶³. Stąd też, poszukując kryterium oceny określonych stanów faktycznych odwoływano się do *arbitrium boni viri*, gdzie *bonitas* pochodziła z osobistej *virtus* obywatela. Dla starożytnych osobista cnota arbitra była bowiem wystarczającym i najlepszym gwarantem sprawiedliwego rozstrzygnięcia, stąd też dawano mu w tej mierze swobodę *quale viro bono convenit*⁶⁴.

W naszej kulturze jest to rozwiązanie niedopuszczalne. Uznajemy, że nikt nie ma prawa od nikogo żądać życia zgodnego z cnotą

⁶¹ Arist., *EN* 2,6; 1106a – 1107a ([w:] *Dziela wszystkie*, V, cit., s. 111 i n.).

⁶² Cic., *de fin.*, 3, 29.

⁶³ Arist., *EN* 5,1; 1129 b; ([w:] *Dziela wszystkie*, V, cit., s. 169).

⁶⁴ D. 19,2,24 pr.

i stąd też pozostawienie człowiekowi najmniejszej choćby sfery swobodnego uznania postrzegamy jako groźbę ‘arbitralności’ przy ferowaniu rozstrzygnięć. Jest tak, bowiem współczesny prawnik uznaje klasyczną etykę za ‘zawracanie głowy’, zaś pochodzące z niej kategorie to ‘zwroty niedookreślone’ i ‘klausule generalne’, których zawartość pozostaje dla niego enigmą, możliwą do rozszyfrowania jedynie na podstawie tego, co na ten temat orzekło państwo ustami sędziego.

Dla obywatela rzymskiego były to nader komunikatywne i pełne treści określenia ‘codziennego użytku’, których znaczenie przyswajał sobie w procesie wychowania, podobnie jak przeświadczenie o ich wiążącym charakterze. O ile bowiem etyka obywatelska Rzymian stworzyła ich prawo i ich państwo, o tyle my oczekujemy od naszego państwa by stworzyło nam etykę ustalając jedyną miarę tego, co dobre i tego co złe, poprzez wskazanie tego co prawne (legalne) i nieprawne (nielegalne) w naszych działaniach⁶⁵.

Stąd też, gdy wymienione przez Ulpiana *praecepta iuris* stanowią dla nas jedynie *wishful thinking*, dla Gaiusa oczywistym było to, że *male nostro iure uti non debemus*, skoro *praeceptum iuris est: alterum non laedere*. Wbrew pozorom nie chodzi tu o naiwne traktowanie niniejszych tekstów jako przepisów, między którymi można odnaleźć jakieś *iunctim* logiczne. Tu w ogóle nie chodzi o przepisy. Chodzi o toposy, w postaci których juryści artykułowali obecne w ówczesnej kulturze przeświadczenie o doniosłości etyki dla regulowania stosunków społecznych. Stąd też, wbrew naszym oczekiwaniom, nie stawiali oni ostrych granic między prawem i etyką, choć świetnie je od siebie odróżniali.

Dlatego też wiele treści moralnych, w postaci konkretnych kategorii etycznych przeniknęło w Rzymie, w naturalny sposób, do języka prawnego. Stamtąd też je odziedziczyliśmy. O ile jednak Rzymianie znakomicie czuli ich etyczny charakter, o tyle my z uporem godnym lepszej sprawy chcemy ustalać ich „wyłącznie prawne” (techniczne) znaczenia, co dla Rzymian byłoby zapewne trudno zrozu-

⁶⁵ Por. T. HOBBS, *op. cit.*, s. 158.

miałe. Im chodziło bowiem o aksjomaty życia społecznego, które rzadko werbalizowano, tak samo jak nie czynimy nigdy zastrzeżeń, że dokonując obliczeń pieniężnych posługujemy się systemem dziesiętnym, zaś czas obliczamy w systemie sześćdziesiątnym. Tak nas nauczono i tak robimy.

IX. ETYKA – KULTURA – PRAWO

Wydaje się zatem, że współczesna jurysprudence z całą powagą powinna uświadomić sobie banalną skądinąd prawdę: prawo jest zjawiskiem kulturowym, którego niesposób oddzielić od panującej w danej epoce ogólnej kultury intelektualnej. Warto więc odejść w studiach nad prawem, tak rzymskim jak i jakimkolwiek innym, od sprowadzania go do zbioru regulacji. Jeśli mówiąc o prawie rzymskim, angielskim, francuskim, polskim czy niemieckim, nie mamy na myśli kultury prawnej Rzymian, Anglików, Francuzów, Polaków, czy Niemców to porzućmy nadzieję na dogłębne wyjaśnienie większości problemów naukowych. Dlatego też źródeł, powszechnego w naszym kręgu kulturowym, kryzysu prawa należy szukać właśnie w kształcie współczesnej kultury i jej filozoficznej tożsamości.

Akceptując dominujący na naszym kontynencie kształt kultury wraz z określanym przez nią paradygmatem racjonalności należy uznać, że wizja prawa jako pozostającego w gestii państwa ‘instrumentu realizacji celów politycznych, ekonomicznych, socjalnych czy kulturalnych’⁶⁶ jest niestety całkowicie racjonalna i uzasadniona. Nie znaczy to bynajmniej, że warto ją podzielać. Jednak jej świadoma kontestacja oznacza opowiedzenie się za innym niż preferowany we współczesnej kulturze, modelem racjonalności.

Stąd też alternatywą nie jest romanizacja współczesnego prawa, lecz reklasycyzacja kultury. To właśnie w pierwszej kolejności do

⁶⁶ M. W. HESSELINK, *The New European Private Law. Essays on the Future of Private Law in Europe*, Hague 2002, s. 59 i 65. Powołane za W. DAJCZAK, *Problem „ponadczasowości” zasad prawa rzymskiego*, cit., s. 7-8.

kultury, jako uprzedniej względem prawa, można odnosić kryterium rozumności praktycznej⁶⁷. Próba przesylenia współczesnego dyskursu prawniczego elementami jurysprudenencji rzymskiej, jeśli nie zostanie poprzedzona upowszechnieniem klasycznego wzorca kultury intelektualnej będzie, w najlepszym wypadku, tylko neopandektystyką – kolejną próbą reinterpretacji spuścizny rzymskiej jurysprudenencji pod dyktando aktualnie dominującej filozofii społeczno-politycznej. Tyle tylko, że współczesna kultura nie ma tego typu potrzeb.

Aby więc dowartościować współcześnie prawo rzymskie, wpierw dowartościowany musi zostać klasyczny model kultury. W tym celu jednak, zamiast monologować w kierunku współczesnych cywilistów zajętych w coraz większym stopniu przetrząsaniem zbiorów prawa administracyjnego, należy rozpocząć poważny dialog z filozofami, filologami i historykami. Jest on wszystkim tym dyscyplinom niezwykle potrzebny. Prawnikom pozwoli on na lepsze zrozumienie samego dorobku jurysprudenencji klasycznej jak i jego kulturotwórczej roli dla europejskiej tradycji prawnej. Pozwoli też zrozumieć, dlaczego współcześni cywiliści wołają zgłębiać prawo administracyjne niż prawo rzymskie. Jeśli zaś to ostatnie chcemy sensownie traktować jako inspirację, to należy w pierwszej kolejności zastanowić się nad tożsamością etyki obywatelskiej, na której gruncie Rzymianie wykształcili swoje prawo obywatelskie⁶⁸. Dopiero bowiem dzięki formacji etycznej pojęcie sprawiedliwości staje się zrozumiałe i praktycznie wykonalne⁶⁹.

Dla Rzymian prawo było zasadą urzeczywistniania w społeczeństwie sprawiedliwości, pozwalającej obywatelom świadomie two-

⁶⁷ W. DAJCZAK, *Problem „ponadczasowości” zasad prawa rzymskiego*, cit., s. 22. Posługując się jednak tłumaczeniem terminu ‘*practical reasonableness*’ jako ‘praktyczna rozumność’ warto pamiętać, że J. FINNIS, *op. cit.*, s. 52 (przyp. drugi do rozdz. II. 4), a także s. 102 terminem tym oddaje kategorię etyczną, którą u św. Tomasz z Akwinu jest *prudentia*, w języku polskim tradycyjnie oddawana słowem „roztropność”.

⁶⁸ Polska romanistyka ma wszak w tej mierze istotne tradycje, by wspomnieć choćby badania Edwarda Gintowta i Henryka Kupiszewskiego.

⁶⁹ BENEDYKT XVI, ‘*Deus caritas est*’, 28a.

rzyć wspólnotę obywatelską⁷⁰. Współcześnie jest to zasada wytyczająca granice indywidualnych autonomii anonimowym indywidualiom, których status obywatelski, wbrew pielęgnowanym złudzeniom, w ogromnej większości sprowadza się do wzmianki w dokumencie tożsamości. Współcześnie prawa nie tworzy się dla obywateli, lecz dla konsumentów. Stąd też – skądinąd chwalebne – próby ‘romani-zacji’ prawa europejskiego można porównać do przekonywania dyrekcji hipermarketów, że raczenie klientów treścią Kazań Sejmo-wych x. Skargi wydatnie wzmacni ich konsumencki etos, dzięki czemu będą kupować więcej i częściej.

Prawdziwym wyzwaniem jest zatem odrodzenie europejskiej kul-tury w jej klasycznym kształcie, w którym „szukanie prawdy, piękna i dobra, oraz wspólnota ludzi dążących do wspólnego rozwoju byłyby elementami decydującymi o wyborze jakości konsumpcji, oszczędności i inwestycji”⁷¹. Tym samym cele sytuują się nie w ob-szarze prawa, lecz w obszarze etyki. Dopiero w dalszej kolejności, mająca określoną tożsamość etyczną kultura kształtuje style upra-wiania refleksji na gruncie nauk społecznych, w tym również prawa.

X. ZAKOŃCZENIE

Kończąc niniejszą wypowiedź, stanowczo za długą, jak na głos w polemice, i stanowczo za krótką, by wyczerpać poruszoną tu pro-blematykę, chciałbym wyrazić wdzięczność za krytykę zawartą w In-terwencji, której wiele zawdzięczam. Pozostaje mi tylko wyrazić przekonanie, że w wielu miejscach znacznie bliżej mi do poglądów Tomasa Giaro, niżli na to wskazywałyby treści przezeń zawarte w tekście, do którego się tutaj odniosłem. *Disputare necesse est*. Problematyka, której dotyczą kontrowersje jest nader istotna. Jed-nak na temat Książki, której niniejszą wymianę zdań zawdzięcza-my, nie będę się już wypowiadał.

⁷⁰ Arist., *EN* 5, 5; 1132 b – 1133 a ([w:] *Dzieła wszystkie*, V, cit., s. 177).

⁷¹ JAN PAWEŁ II, ‘*Centesimus annus*’, 36.