

Paulina Świącicka

# Źródła prawa i ich obowiązywanie – współczesność a prawo rzymskie



**Paulina Świącicka**

Asystentka w Zakładzie Prawa Rzymskiego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego. Jest stypendystką Fundacji na Rzecz Nauki Polskiej (2005–2007), Fundacji Deutscher Akademischer Austausch Dienst (2010), Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte we Frankfurcie nad Menem (2011) oraz Centro di Studi e Ricerche sui Diritti Antichi w Pavii (2010). Jest autorką licznych publikacji, głównie z zakresu prawa rzymskiego.

## **Sources of Law and their Binding Force – Contemporaneity and Antiquity**

*The aim of this article, inspired by the lately published book by Andrzej Grabowski: Prawnicze pojęcie obowiązywania prawa stanowionego. Krytyka niepozytywistycznej koncepcji prawa (Kraków 2009) [Legal meaning of the Enacted Law binding force. Critic of the Non-positivist Concept of Law, Cracow 2009] and proposed there "legal concept of the enacted law binding force", is to discuss one of the most important aspects of legal order in general, i.e. the binding force of norms, from the so-called "romanistic perspective". The question "what does it mean that the norm is binding" seems to be even more interesting and worth of discussion when one realizes some peculiarities of "the Roman system of law" such as the plurality of sources of law and the plurality of legislators as well as the luck of the theoretically elaborated concepts of legal phenomena such as "the normative concept of sources of law" and "the concept of bindingness". For the reason of the so-called "sapiential concept of law" characterizing the Roman Antiquity, which resulted from the fact that the great number of rules was elaborated by the Roman jurists during their argumentative discourse of a normative value, the analysis of façon de parler of the Roman Jurisprudence can show some important aspects (structure, arguments, aims) of the so-called validative discourse of jurists conducted during the legal practice.*

### **I. Status problemu „obowiązywania prawa” w prawniczej optyce współczesnej i antycznej**

Wydana niedawno książka Andrzeja Grabowskiego *Prawnicze pojęcie obowiązywania prawa stanowionego. Krytyka niepozytywistycznej koncepcji prawa* (Kraków 2009) skłania do refleksji także romanistów. W starożytnym Rzymie nie było bowiem koncepcji obowiązywania norm prawnych, a warto zastanowić się nad strukturą i celami jurysprudenckiego dyskursu walidacyjnego. Swe obszernie, liczące 671 stron (wraz

stycznej koncepcji prawa (Kraków 2009) skłania do refleksji także romanistów. W starożytnym Rzymie nie było bowiem koncepcji obowiązywania norm prawnych, a warto zastanowić się nad strukturą i celami jurysprudenckiego dyskursu walidacyjnego. Swe obszernie, liczące 671 stron (wraz

z bibliografią i dokładnym streszczeniem w języku niemieckim) studium na temat „prawniczego pojęcia obowiązywania prawa stanowionego”, rozpoczął też A. Grabowski od szeregu pytań, które stawia się na gruncie współczesnych „systemów prawnych”, a których postawienie wydaje się być uprawnione i względem tych, obowiązujących w odległej, choć wciąż niezapomnianej przeszłości: „Co to znaczy, że norma obowiązuje? Czy oznacza to jej przynależność do systemu prawa, czy może jej stosowalność albo przestrzeganie? Czy obowiązywanie norm zależy wyłącznie od ich właściwego ustanowienia i skuteczności społecznej, czy może także od ich moralnej słuszności? W jaki sposób rozstrzygamy, że norma obowiązuje? Jak wyglądają struktura i sposoby argumentacji w kwestiach walidacyjnych? Czy sądy są prawnie zobowiązane do stosowania przepisów lub norm nieobowiązujących?”<sup>1</sup> W pracy rzetelnie i z wielką erudycją realizuje autor postawione sobie zadanie badawcze, dokonując przy tym wnikliwego i z założenia – jak można się spodziewać już choćby na podstawie brzmienia tytułu samej pracy – krytycznego przeglądu propozycji przedstawiceli prądu zaliczanego do tzw. „nowej filozofii prawa rozumowego”<sup>2</sup>. Główny cel samego studium to jednak opracowanie takiej koncepcji uznania obowiązywania normy prawnej, która byłaby „nie tylko poprawna z punktu widzenia współczesnej teorii i filozofii prawa, ale również pomocna w rozwiązywaniu (...) problemów walidacyjnych”<sup>3</sup>. Przed takimi problemami prawnik – praktyk staje bowiem co dzień. Niewątpliwie też podejście to jest właściwe, a ze względu na jego narzucającą się niemal oczywistość, przyjąć należy postulat, że badania naukowe nie powinny być prowadzone jedynie z tego powodu, że są „teoretycznie możliwe”, ale także – a może przede wszystkim – dlatego, iż są „wykonalne praktycznie”, zaś w naukach praktycznych – w szczególności

1 A. Grabowski, *Prawnicze pojęcie obowiązywania prawa stanowionego. Krytyka niepozytywistycznej koncepcji prawa*, Kraków 2009, s. 1.

2 Określenie za K. Opałek, *Główne kierunki niemieckiej teorii i filozofii prawa po II wojnie światowej* [w:] *Idem, Studia z teorii i filozofii prawa*, Kraków 1997, s. 31.

3 A. Grabowski, *Prawnicze pojęcie obowiązywania*, s. 1; por. *ibidem*, s. 208–209, 495 oraz s. 548, 559, gdzie autor podkreśla praktyczny wymiar swych rozważań.

ze względu na ich spodziewany pożytek<sup>4</sup>. Problem obowiązywania prawa należy natomiast niewątpliwie do zagadnień kluczowych zarówno z punktu widzenia naukowego „pisania o prawie”, jak i do kardynalnych z punktu widzenia jego stosowania. Jak zauważył Jerzy Stelmach, „bez przyjęcia określonej definicji obowiązywania, rozważania na temat znaczenia normatywnego, wykładni, stosowania i tworzenia prawa oraz systemu prawnego właściwie tracą swoją podstawę”<sup>5</sup>. Co więcej, nawet jeśli można zasadnie twierdzić, że tezy formułowane z punktu widzenia naukowego na gruncie nieobowiązującej już ustawy są nie tyle „prawdziwe” albo „fałszywe”, co „nieaktualne” – a więc generalnie także praktycznie nieprzydatne dla dogmatyki prawniczej jako nauki o prawie pozytywnym obowiązującym *hic et nunc*, to już stosowanie prawa nieobowiązującego w praktyce prawnej wydaje się być zarówno formalnie niedopuszczalne, jak i nawet absurdalne. Musiałoby bowiem prowadzić do przyjęcia – intuicyjnie nieakceptowalnej dla prawnika – tezy, że stosuje się prawo nieobowiązujące<sup>6</sup>. Obowiązywanie norm prawnych stanowi przecież presupozycję dla odpowiednich zdań deontycznych<sup>7</sup>, które stwierdzają obowiązek dokonania czegoś (nakaz) lub statuują zakaz określonego zachowania, czy też stwierdzają, że dane zachowanie jest indyferentne ze względu na obowiązywanie określonej normy.

Kończąc swe rozważania Andrzej Grabowski podkreślił, że teoretyczną funkcją, jaką miałyby spełniać proponowana przez niego „prawnicza koncepcja obowiązywania prawa stanowionego”, jest „zmotywowanie większego niż dotąd grona przedstawicieli

4 Por. T. Giaro, *Dogmatische Wahrheit und Zeitlosigkeit in der römischen Jurisprudenz*, BIDR ter. ser. 29 (1987) (estratto), s. 6–8.

5 J. Stelmach, *Obowiązywanie prawa w sensie absolutnym i relatywnym* [w:] AA.VV., *Teoria prawa. Filozofia prawa. Współczesne prawo i prawoznawstwo*, Toruń 1998, s. 315.

6 A. Grabowski, B. Naleziński, *Kłopoty z obowiązywaniem. Uwagi na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego* [w:] *Studia z filozofii prawa*, red. J. Stelmach, Kraków 2001, s. 249, podkreślają, że w ten sposób „każda z decyzji stosowania prawa byłaby wadliwa z uwagi na zastosowanie prawa nieobowiązującego”.

7 J. Woleński, *Z zagadnień analitycznej filozofii prawa*, Warszawa–Kraków 1980, s. 51–52.

nauk prawnych do zajęcia się problematyką walidacyjną, a w szczególności podstawowym zagadnieniem obowiązywania prawa<sup>8</sup>. Zapewne jedynie przykładowo wywołani do dyskusji zostali w jego książce teoretycy i filozofowie prawa. Być może jednak również i refleksja romanisty może okazać się ciekawa oraz inspirująca, jak też przydatna – nawet jeśli nie wprost dla rozwiązywania problemów pojawiających się na gruncie współczesnego prawnictwa czy współczesnej praktyki prawniczej, to choćby dla pogłębienia rozumienia niektórych wykorzystywanych do dziś w dyskursie prawniczym reguł, argumentów i topik. Wydaje się bowiem możliwe, aby na drodze zestawienia perspektywy antycznej i współczesnej pokazać funkcjonalnie sobie odpowiadające normatywne fenomeny obecne zarówno w rzymskim Antyku, jak i postpozytywistycznej współczesności. Powstaje też pytanie o finalne sfor-

i „przesyt koncepcji”, przy jednoczesnym pogłębianiu się nieumiejętności krytycznego ich czytania przez tych, do których są one kierowane i którzy mieliby dokonać oceny oraz wyboru tej, z określonych względów najwłaściwszej. Jak wspomina autor studium będącego inspiracją dla tych rozważań, „wielu wybitnych przedstawicieli naszej dyscypliny [sc. teorii i filozofii prawa], podejmowało problematykę walidacyjną”, co w konsekwencji doprowadziło do opracowania „przynajmniej kilku konkurencyjnych koncepcji obowiązywania prawa”<sup>9</sup>.

Zanim przystąpił A. Grabowski do przedstawienia swej propozycji oraz klaryfikacji (pojęciowej i zakresowej) – jak określił – „aksjologicznie bezstronnej” „postpozytywistycznej prawniczej koncepcji obowiązywania prawa stanowionego”, możliwej i uzasadnionej w rzeczywistości „postpozytywistycznej filozofii prawa”<sup>10</sup>, zastrzegając, że jego definicja ma



## Co to znaczy, że norma obowiązuje? W jaki sposób rozstrzygamy, że norma obowiązuje?

mułowanie tez problemowych do dalszej – być może interdyscyplinarnej – dyskusji. Należy także sprecyzować, że właśnie z uwagi na tę „współczesną” inspirację prezentowane tu uwagi dotyczące antycznego prawa dla uniknięcia sporów czysto werbalnych, czy też uchronienia się przed błędem ekwiwokacji, uwzględniać muszą współczesną terminologię, jak i niektóre klasyfikacje proponowane przez A. Grabowskiego, zwłaszcza wobec braku odpowiednich terminów jak i całych koncepcji w rzymskim języku prawnym i prawniczym.

### 2. „Koncepcyjność” i „niekoncepcyjność” obowiązywania prawa w prawniczym dyskursie współczesności i rzymskiego Antyku

Jedną z coraz silniej narzucających się charakterystycznych cech współczesnej rzeczywistości, także tej prawnej i prawniczej, jest „nadmiar propozycji”

być definicją regulującą (analityczno-syntetyczną), w I części pracy, mającej charakter opisowo-krytyczny zreferowane przez niego zostały tzw. „niepozytywistyczne koncepcje prawa”, wypracowane przez niemiecką teorię i filozofię prawa w latach 80. XX wieku, fundowane – jak można przypuszczać – w opozycji do pozytywizmu prawnego, i generalnie akceptujące tezę o konieczności istnienia związku

9 A. Grabowski, *Prawnicze pojęcie obowiązywania*, s. 2. Na temat takich koncepcji opracowanych w teoretyczno-prawnej literaturze polskiej (m.in. W. Langa, L. Nowaka, Z. Ziemińskiego, J. Wróblewskiego), jak też światowej (w szczególności E. Bulygina), zob.: *ibidem*, s. 227 i przyp. 2; 260 i n., 512 i n.; por. też wcześniej: A. Grabowski, B. Naleziński, *Kłopoty z obowiązywaniem*, s. 234 i n. Główną cechą wspomnianych koncepcji jest ich „integracyjny charakter dokonywany jednak z teoretyczno-prawnego punktu widzenia, przez co ograniczający wykorzystanie tych koncepcji w praktyce orzeczniczej” (*op. ult. cit.*, s. 239).

10 A. Grabowski, *Prawnicze pojęcie obowiązywania*, s. 3, 144, 202, 218.

8 A. Grabowski, *Prawnicze pojęcie obowiązywania*, s. 560.

pojęciowego prawa i moralności – *Verbindungsthese*<sup>11</sup>. Teza taka pojawiła się w filozofii prawa po II wojnie światowej i jej sformułowanie było skutkiem szczególnego „zwrotu ku prawu natury” w prawoznawstwie, który oceniany jest jako jeden z elementów procesu rozliczenia z przeszłością. Miał on na celu m.in. poszukiwanie zasad nowego, sprawiedliwego porządku prawnego, w szczególności w drodze ustalenia kryteriów prawa słusznego. Wielowątkowa i poglądowo niezwykle zróżnicowana dyskusja zapoczątkowana przez Gustava Radbrucha i jego słynną formułę „ustawowego bezprawia” i „ponadustawowego prawa”, w swej drugiej fazie (*Grundlegendiskussion*) nie akcentowała już tak silnie płaszczyzny prawno-naturalnej, lecz wypracowała generalnie zgodne stanowisko o konieczności przewyciężenia przez prawoznawstwo „immanentyzmu prawnopozytywistycznego”<sup>12</sup> i przy *Verbindungsthese*

wyjścia jest twierdzenie, że słuszne normy i oceny są poznawalne w drodze dyskursu praktycznego, który, spełniając określone wymogi proceduralne, gwarantuje możliwość uzyskania wyników „tak samo obiektywnych”, jak dyskurs teoretyczny mający walor deskryptywny (deklaratywny). Kolejna kwestia, która wiąże się z prezentowaną przez A. Grabowskiego „rekonstruowaną”, a następnie krytycznie „dekonstruowaną” – głównie w drodze zastosowania *instrumentarium* oferowanego przez filozofię analityczną – konceptualną argumentacją niepozytywistyczną<sup>13</sup>, to możliwość podjęcia rozważań – także przez pryzmat dyskursu – nad moralną zawartością prawa, przy założeniu, że jest ona jego koniecznym elementem. W ten sposób ukształtowało się „niepozytywistyczne pojęcie prawa”, koncepcja, której elementami są: autorytatywne ustanowienie prawa, określony stopień jego skuteczności społecz-



## „Postpozytywistyczna filozofia prawa” wymaga „aksjologicznie bezstronnego” pojęcia obowiązania prawa.

(w wersji analitycznej, normatywnej lub empirycznej) pozostała, pomimo generalnego zwrotu ku metodologicznym poszukiwaniom w duchu analitycznym czy socjologicznym.

Jak wspomniano, koncepcje, szczegółowo przedstawiane przez A. Grabowskiego, zaliczane są do prądu „nowej filozofii prawa rozumowego”, której głównymi reprezentantami są Ralf Dreier, Robert Alexy oraz Martin Kiele. Ten ostatni uznany został za autora tzw. „formuły Krielego”, opartej na tezie o koniecznym związku pomiędzy porządkiem prawnym a moralnym obowiązkiem przestrzegania prawa. Wspólnym mianownikiem propozycji wymienionych filozofów – propozycji niebędących jednak kolejną wersją doktryny prawa natury – jest ich „antypozytywistyczny” charakter, przy czym punktem

niej oraz materialnie określona sprawiedliwość, którą tłumaczy się jako „minimum usprawiedliwienia etycznego” normy lub całego systemu prawnego albo jako „brak ich krańcowej niesprawiedliwości”, jaką A. Grabowski odrzuca jednak z uwagi na „nieuzasadnioną synonimiczność pojęć prawa i prawa obowiązującego” oraz praktyczną konieczność pozostawienia obu pojęć „do dyspozycji podmiotów bezpośrednio uczestniczących w dyskursie prawniczym lub go badających”<sup>14</sup>, dochodzi on do stwierdzenia, że konieczne jest stosowanie obojętnej (bezstronnej) wobec kontrowersji pozytywizm – niepozytywizm, siatki pojęciowej prawoznawstwa, w celu gwarancji bezstronności wobec tradycyjnego sporu o istnienie i, ewentualnie, charakter modalny związków

11 *Ibidem*, s. 13–224, w szczeg. s. 17–19, 39, 49–63, 127–128.

12 Określenie za K. Opałek, *Główne kierunki*, s. 27.

13 Zob. A. Grabowski, *Prawnicze pojęcie obowiązania*: część I, rozdz. 1–4.

14 *Ibidem*, s. 211–218.

pojęciowych między prawem a moralnością<sup>15</sup>. Teza taka pozwoliła zaproponować własne „aksjologicznie bezstronne” pojęcie obowiązywania prawa, jak i samą koncepcję obowiązywania, jednakże wciąż w perspektywie dyskursu argumentacyjnego – w jego podtypie – czyli dyskursu walidacyjnego<sup>16</sup>, która fundowana jest na konstrukcji domniemania – niezwykle przydatnej w dyskursie prawniczym, bowiem wymagającej dowodu od tego, kto chce domniemanie obalić, zablokować, obejść *etc.*<sup>17</sup> „Postpozytywistyczna koncepcja obowiązywania prawa stanowionego” zakłada więc, że podstawą obowiązywania prawa stanowionego jest domniemanie, że „brak jest prawnych możliwości odmowy realizacji normy prawnej”<sup>18</sup>. Oznacza to, że norma obowiązuje. Klaryfikacja ekstensji (zakresu) samego pojęcia prawniczego obowiązywania prawa ma z kolei pozwolić na eliminację nieo określoności zakresowej (nieostrości) pojęcia prawa obowiązującego.

W świetle tych konstatacji narzuca się refleksja, że, abstrahując od antycznego *dictum: summum ius summa iniuria*<sup>19</sup>, które intuicyjnie kieruje uwagę w stronę wspomnianej „formuły Radbrucha”, siła rzymskiej myśli prawniczej tkwiła w szczególności w tym, że przedstawiciele jurysprudencji nie przyjmowali żadnej z krańcowych optyk w odniesieniu do tzw. „światów postulowanych”<sup>20</sup>, które na skutek fenomenu dziejowego prawa rzymskiego w Antyku oczekiwane były przez więcej niż jednego prawotwórcę. Nie można więc mówić tu ani o pozytywistycznym „ślepych kulcie ustawy” – bez względu na estymę, jaką zawsze ów akt normatywny cieszył się w „systemie” rzymskich *fontes iuris oriundi*, ani też o postawie analogicznej do prawnego realizmu widzącego prawo wyłącznie w postaci faktycznych zachowań osób biorących udział w procesie jego re-alizacji<sup>21</sup>. Trzymanie się z dala od możliwych, lecz niewątpliwie często zgubnych dla dogmatyki po-

staw ekstremalnych, niejako wymuszane przez ideę prawa jako praktyczną *ars bonum et aequum*, ale i ciągłą płynność materiału pozytywno-prawnego, skutkowało jednak ograniczeniem do niezbędnego minimum rozważań teoretyczno- i filozoficzno-prawnych, *nota bene* nierzadko absolutyzowanym przez romanistów piszących o prawie rzymskim z perspektywy współczesności. Skutkiem przyjęcia takiej postawy przez jurysprudencję, jest jednak to, że bez względu na wszelkie intuicje jurystów na temat tego, czym idealne prawo być powinno, skąd pochodzi jego nazwa, czy też jakie są jego fundamentalne nakazy – *praecepta*<sup>22</sup> (co *nota bene* – głównie z uwagi na ciągłe odwoływanie się do pojęć dobra – *bonum*, słuszności – *aequitas etc.* – nie pozwala uznać „aksjologicznie neutralnego” podejścia jurystów do tych zagadnień), nie można mówić ani o teoretyczno-prawnej koncepcji prawa, które widziano niejako w procesie „praktycznego dziania się” w celu osiągnięcia stanu sprawiedliwości (*iustitia*), ani też o powszechnie przyjmowanej „koncepcji aktu normatywnego”, ani o „koncepcji obowiązywania prawa”<sup>23</sup>. Brak takich koncepcji meta-normatywnych nie musi oznaczać, i też nie oznacza braku rozumienia tych fenomenów przez jurystów, bowiem to ich optykę uznać należy za odpowiadającą przyjętej przez A. Grabowskiego perspektywie prawniczego obowiązywania prawa. Prawdą jest, że generalnie juryści w *stricto sensu* procesie stosowania prawa wprost nie uczestniczyli, przyjmując rolę konsultantów, sugerujących – na drodze formułowania optywicznych *opiniones et sententiae*<sup>24</sup> – rozwiązania konkretnych problemów prawnych. Niemniej, od dawna już widzi się w rzymskiej jurysprudencji pierwszy w europejskiej tradycji prawniczej przypadek dogmatyki jako nauki o prawie pozytywnym<sup>25</sup>. W rzymskiej rzeczy-

15 *Ibidem*, s. 201–202, 219, 223.

16 *Ibidem*, s. 70, 218 i n., 480 i n.

17 Por. *ibidem*, s. 521 i n.: „sposoby argumentacji walidacyjnej”.

18 *Ibidem*, s. 507 i n., 510.

19 Cic. *de Off.* 1.10.33. Zob. też Cic. *de Leg.* 1.42.

20 Zob. J. Woleński, *Semantyczne ujęcie dogmatyki prawa*, „Studia Filozoficzne” 1985, nr 2–3, s. 87–91.

21 Tak T. Giaro, *Dogmatische Wahrheit*, s. 23.

22 Zob.: D. 1.1.1 pr.; D. 1.1.10.1; D. 50.17.90.

23 T. Giaro, *Diritto come prassi. Vicende del discorso giurisprudenziale* [w:] *Fides Humanitas Ius. Studi in onore di L. Labruna*, Napoli 2007, vol. 6, s. 2234; *Idem*, *Dal soft law moderno al soft law antico* [w:] *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, a cura di A. Somma, Torino 2009, s. 90.

24 L. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano 1967, s. 17 i n., 62 i n.; M. Bretone, *Storia del diritto romano*, 12. ed., Roma–Bari 2008, s. 161 i n., 211 i n., a także niedawno: T. Giaro, *Diritto come prassi*, s. 2246; *Idem*, *Dal soft law*, s. 95.

25 Zob. F. Schulz, *History of Roman Legal Science*, 2nd. ed.,



wistości prawnej to juryści koncentrowali się na opracowywaniu prawa obowiązującego w celu ułatwienia lub wprost umożliwienia jego zastosowania w praktyce, łącząc zaś w swej działalności zarówno funkcje kognitywne, jak i kreatywne – obserwując i opisując prawo pozytywne musieli zauważać potrzebę wskazania podstawy jego wiązania. Tworząc jednak prawo *ex novo* musieli też zauważać potrzebę legitymizacji każdego nowego „normatywnego odkrycia”. W ten sposób zarówno na poziomie teoretycznym jak i praktycznym aktualizowały się pytania o „powszechne obowiązywanie normy”, „konieczność zastosowania normy jako obowiązującej”, jak i o „uzasadnienie samego obowiązywania”, na które odpowiedź w perspektywie rzymskiej – jak zresztą można przypuszczać – musiała być inna niż perspektywa współczesnego prawoznawstwa. Jeden ze współczesnych historyków i filozofów prawa, Michel Villey, ujął to syntetycznie stwierdzając, że w starożytnym Rzymie „les règles de droit... sont de valeur très inégale”<sup>26</sup>.

Wydaje się więc, że przyjęcie optyki jurystów, dla których dyskurs zdaje się być zarówno sposobem przejawiania się prawa, jak i dochodzenia do prawa jako odkrycia konstytutywnego<sup>27</sup>, jest jedyną możliwą optyką dla poszukiwania „rzymskiego” odpowiednika dla przyjętej przez A. Grabowskiego „prawniczej koncepcji obowiązywania prawa stanowionego”, zwłaszcza że we współczesnej romanistyce od dawna mówi się o sapiencjalnej koncepcji prawa rzymskiego<sup>28</sup>, a więc o prawie formowanym przez jurystów, którym nie tylko pozwolono tworzyć

prawo<sup>29</sup>, ale też w pełni akceptowano, że będą oni o prawie naukowo pisać. Tym samym, dzięki analizie *façon de parler* rzymskiej jurysprudencji podejmować można próby rekonstrukcji rzymskich prawniczych przekonań normatywnych, odpowiadających dzisiejszym kluczowym dla dyskursu walidacyjnego: normatywnej koncepcji źródeł prawa, jak i koncepcji obowiązywania normy prawnej.

### 3. Rzymski praktyczny dyskurs walidacyjny

Formułując swą „aksjologicznie bezstronną” postpozytywistyczną „prawniczą koncepcję obowiązywania prawa stanowionego”, podkreślił A. Grabowski, że do dziś w wielu państwach europejskich dominuje pozytywistyczny sposób pojmowania prawa i rozstrzygania sporów prawnych<sup>30</sup>, zaś zgodnie z typową intuicją prawnika-praktyka, norma prawna obowiązuje, bowiem została wprowadzona do systemu w sposób formalny, na drodze decyzji kompetentnego organu. Takie pozytywizujące ujęcie „obowiązywania normy prawnej”, bez względu na swój współcześnie możliwy i nierzadko już podkreślony anachronizm<sup>31</sup>, w perspektywie antycznej, pomimo deklaracji Cycerona na temat prawa powszechnie akceptowanego, które obowiązuje od zawsze<sup>32</sup>, może być zaakceptowane jedynie w odniesieniu do aktów prawodawczych *sensu stricto*, jakimi pośród rzymskich *fontes iuris oriundi* były ustawy (*leges publicae*) i zrównane z nimi *plebiscita*. Rzymianie zawsze przypisywali ustawie (*lex publica, lex rogata*) znaczenie podstawowe, jako temu aktowi normatywnemu, który bez żadnych wątpliwości mógł stanowić podstawę dla praw i obowiązków jednostek. Ten produkt prawotwórczej działalności ludu i magistratury<sup>33</sup> przez cały okres republikański stanowił jedyny normatywny środek, pozwalający autorytatywnie kreować prawo powszechnie obowiązujące i – na

Oxford 1953, s. 1–4, 94; F. Wieacker, *Vom römischen Recht*, 2. Aufl., Stuttgart 1961, s. 288; C.A. Cannata, *La Giurisprudenza Romana*, Torino 1974, s. 1–2; *Idem*, *Histoire de la Jurisprudence Européenne*, vol. 1: *La jurisprudence romaine*, Torino 1989, s. VII i n., s. 3 i n., s. 92–93; W. Litewski, *Jurisprudencja rzymska*, Kraków 2000, s. 7.

26 M. Villey, *Seize essais de la philosophie du droit*, Paris 1969, s. 273.

27 D. 24.1.25; D. 50.16.120; por. Cic. *de Off.* 3.65.

28 Zob. M. Bretone, *Storia*, 12. ed., s. 22: „il concetto sapienziale del diritto”; *Idem*, *I fondamenti del diritto romano: le cose e la natura*, Roma–Bari 1998, s. 263. Zob. też na temat możliwości mówienia o rzymskiej koncepcji „systemu źródeł prawa”: M. Kaser, *Zur Problematik der römischen Rechtsquellenlehre* [w:] *Idem*, *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode*, Wien–Köln 1986, s. 36 i n.

29 Gai 1.7.

30 A. Grabowski, *Prawnicze pojęcie obowiązywania*, s. 220 i n.

31 Zob. krytycznie na temat pozytywistycznego „widerzenia” prawa: L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, wyd. 4, Warszawa 2005, s. 19 i n.

32 Cic. *Brut.* 1.97.

33 Gell. 10.20.2; Gai 1.3.

podstawie nakazu ludu (*iussum populi*)<sup>34</sup> – wprost skuteczne na poziomie ładu organizacyjnego *civitas*. Co więcej, w czasach, gdy normy uznawane za powszechnie wiążące zaczęły być tworzone przez inne organy ustrojowe Rzymu, a to senat, a to cesarzy, a to nawet przedstawiciele rzymskiej jurysprudencji, dla samych jurystów ustawa stanowiła swoisty „test legitymizacji legislacyjnej” dla normatywnych wytworów tych organów<sup>35</sup>, choć już nie „test legitymizacji normatywnej”, bowiem „możliwość normatywna” aktów wydawanych przez Senat w formie *decreta* czy *senatusconsulta*, czy cesarza w formie *constitutiones*, w zasadzie nie podlegała negacji.

Pozytywny wynik wspomnianego „testu legitymizacji” w dyskursie jurysprudencyjnym znajdował swój wyraz w formułach: *legis vicem optinet* („ma siłę – moc wiążącą jak ustawa”) czy *legis habet vigorem* („ma moc ustawy”)<sup>36</sup>. Można więc zasadnie twier-

prawodawczej<sup>38</sup>, jak też wydanego zgodnie ze znamioną – bowiem nasyconą elementem sakralnym, zakładającym w szczególności niezbędność wróżb (*auspicia*) – solenną procedurą, przez ten organ, który nigdy formalnie nie utracił swych kompetencji prawotwórczych. Przynajmniej potencjalnie więc zawsze mógł zostać wezwany przez magistraturę do podjęcia „procesu legislacyjnego” słowami: *Velitis iubeatis Quirites quae...* – „Zechciejcie i rozkażcie o Kwiryci, aby...”<sup>39</sup>.

Szacunek, jakim cieszyło się rzymskie ustawodawstwo nie oznacza jednak, że nie były znane mechanizmy pozwalające na eliminację normy ustawowej z „systemu”, z wykorzystaniem których konstruuje się argumentację we współczesnym dyskursie walidacyjnym<sup>40</sup>, jak w szczególności derogacja wyraźna, niewątpliwie mieszcząca się w ramach techniki legislacyjnej i leżąca w gestii ustawodawcy, zgodnie



## Ustawa jako „test legitymizacji legislacyjnej” dla innych normatywnych wytworów.

dzić, że w czasach, gdy ustawa utraciła swą pierwotną funkcję, stanowiła szczególny prawniczy topos argumentacyjny. Była swoistym symbolem aktu normatywnego<sup>37</sup>, gwaranta zrównoważonej działalności

ze stwierdzeniem Lucien’a Silance, że „en principe, *l’abrogation ne se presume pas*”<sup>41</sup>, jak i należącej

34 D. 1.3.32.1.

35 W zasadzie jedynie edykt pretorski nie został „legitymizujący” do ustawy. Zob. na ten temat interesujące uwagi: G. Nicosia, *Vindex e manus iniectio nelle XII tavole. Editti giurisdizionali e ius. Concezione giurisdizionale del diritto e compilazioni postclassiche. Alcune precisazioni* [w:] *La certezza del diritto nell’esperienza giuridica romana* (Atti del Convegno Pavia 26–27 aprile 1985), a cura di M. Sargenti e G. Luraschi, Padova 1987, s. 203 i n., w szczeg. s. 214–215.

36 Gai 1.4–5; D. 1.4.1 pr.

37 Ustawa stanowiła symbol suwerenności, wolności i ideałów republikańskich: zob. F. Serrao, *Cicerone e la ‘lex publica’* [w:] *Legge e Società nella repubblica romana*, a cura di F. Serrao, Napoli 1981, vol. 1, s. 426–433; L. Capogrossi Colognesi, *Diritto e potere nella storia di Roma*, Napoli 2007, s. 147 i n.; na temat ocen samych Rzymian, zob.: M. d’Orta, „*Moderatio legis*” – „*temperatio iuris*”. *Su alcuni passi del „de legibus” di Cicerone*, Index 28 (2000), s. 203–238 [= *Moderatio legis – temperatio*

*iuris. Antinomie e sistemazione del diritto nella Roma tardo-repubblicana*, Torino 2008, s. 127–161]. Generalnie o znaczeniu ideologicznym przypisywanym przez samych Rzymian ustawie jako aktowi normatywnemu, zob.: M. Bretone, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, ed. rist. Napoli 1975, s. 6, 7, 10, 31–32, 36, 49, 53–55; por. jednak *Idem*, *Storia*, 12. ed., s. 175–184: „La diffidenza verso la legge”.

38 O takiej funkcji *lex rogata*, piszą m.in. M. Bretone, *Tecniche*, 2. ed., s. 6, 10; G. Crifò, *La legge delle XII tavole. Osservazioni e problemi* [w:] ANRW I.2 (1972), s. 118; czy też J. Bleicken, *Lex publica. Gesetz und Recht in der römischen Republik*, Berlin–New York 1975, s. 348–349; zob. też F. Serrao, *Dalle XII tavole all’editto del pretore* [w:] *La certezza*, cit., s. 99, który podkreślił, że poczynając od epoki republikańskiej, w zasadzie instynktownie *populus Romanus* zawsze w jakiś sposób szukał „certezza” oraz „sicurezza” w *lex publica*.

39 Liv. 38.54; por. Gell. 5.19.9; Cic. *dom.* 80.

40 A. Grabowski, *Prawnicze pojęcie obowiązywania*, s. 498, 505–507, 524 i n., 531 i n.

41 L. Silance, *Quelques exemples d’antinomies et essai de*

już do sfery dyskursywnej prawa reguły kolizyjne, niezbędne w przypadkach braku derogacji *explicite* i stosowane w celu rozwiązania sytuacji antynomii normatywnych i osiągnięcia „idealnego” stanu niesprzeczności prawa, czy wreszcie faktyczna dezaktualizacja normy. Ta ostatnia implikowała jej praktyczne niestosowanie (ale już nie uznanie jej formalnego nieobowiązywania), określane do dziś łacińskim terminem *desuetudo*. Co do derogacji *explicite* przyjmowano, że powinna być pozostawiona w gestii ustawodawcy<sup>42</sup>. Stosowano ją jednak niechętnie, co można uznać za jeden z przejawów owego szczególnego stosunku Rzymian, ale też i Greków<sup>43</sup>,

*classement* [w:] AA.VV., *Les Antinomies en droit*, dir. Ch. Perelman, Bruxelles 1965, s. 69.

42 D. 1.3.32.1. Wyróżniono także różne typy derogacji: zob. D. 50.16.102; *Tit. ex corp. Ulp.* 1.3, a także wypowiedzi nieprawników: Cic. *Att.* 3.23.2–3; Ascon. *In Cornel.* 68–69 (cit. za ed.: Q. Asconii Pediani orationum Ciceronis quinque enarratio, Oxonii 1907); Paul.-Fest. s.v. *abrogare* (11 L); *derogare* (61 L); *obrogare* (203 L); *xrogare* (72 L) (cit. za ed.: Sextus Pompeius Festus *De verborum significatu quae supersunt cum Pauli epitome*, ed. W.M. Lindsay, Teubner, Leipzig 1913).

43 Przykładowo, dla Greków, prawo (*θεσμος, νόμος*), które pochodziło od bogów, było wieczne i niezmienne, co w praktyce skutkowało przekonaniem, że każde nowe postanowienie normatywne powinno być zgodne z normami wcześniejszymi. Parafrazując powszechnie znane brocarda można takie przekonanie oddać słowami: *lex anterior derogat legi posteriori*: zob. J. Triantaphyllopoulos, *Rechtsphilosophie und positives Recht in Griechenland* [w:] *Symposion für Griechisches Recht: Rheda 1971*, Köln–Wien 1975, s. 35. Arystoteles podkreślał (*Pol.* 1269a), że prawo zdobywa sobie siłę, która stanowi o posłuchu dla niego, na drodze przyzwyczajenia, do czego jednak dojść może jedynie w dłuższym okresie czasu, tak więc częste zmiany prawa, osłabiają jego moc. Stagiryta wspominał też (*Ath. Polit.* 7.2), że Solon, po nadaniu praw Ateńczykom, przyjął od nich przysięgę, że nie będą ich zmieniać co najmniej w przeciągu stu kolejnych lat. Herodot (*Hist.* 1.29) z kolei przyjmował niezmiennosc praw w przeciągu dziesięciu lat. Zgodnie zaś z przekazem Diodora Sycylijskiego (*Bibl.* 12.11 ff.), u Loaków obowiązywała zasada, że ten obywatel, który chciał w jakimkolwiek zakresie zmienić obowiązujące prawa, po poddaniu projektu pod głosowanie rady, był stawiany na szubienicy z pętlą na szyi i jeśli jego projekt upadł, był natychmiast wieszany. Zob. na ten temat: J. De Romilly, *La loi dans la pensée grecque*, Paris 1971, s. 24 i n., 57; J. Ritter, *Metaphysik und Politik*, Frankfurt a. M. 1969, s. 161 i n.; F. Quaß, *Nomos und psefisma. Untersuchung zum griechischen Staatsrecht*, München 1971, s. 20–21; M. Bretone, *Il tempo e la norma* [w:] *Idem, Diritto e tempo nella tradizione europea*,

do trwania prawa w czasie<sup>44</sup>, skutkującego między innymi wspomnianą niechęcią do jego częściowej lub całościowej zmiany albo wyraźnego uchylecia normy prawa pisanego, czy też – w optyce jurysprudenckiej – będącego wynikiem przekonania, że raz odkryta prawda normatywna – czasem nawet bez względu na podstawę legitymacji do stanowienia prawa po stronie jej „odkrywczy” – w zasadzie powinna nią pozostać na zawsze. Musiało to jednak implikować a-historyczną perspektywę aplikacji normy, przez co zawsze obejmującą jej aktualizującą (tzw. adaptacyjną) interpretację. Efektem takiego podejścia było jednak i to, że granica pomiędzy tekstem pierwotnym aktu normatywnego a jego interpretacją, przybierającą od czasów późnej Republiki formę komentarza (tu: tzw. *libri ad...*) precyzującego i adaptującego, zacierała się<sup>45</sup>, więc kolejna interpretacja dotyczyła już materii uformowanej w drodze interpretacji, do której pisano też i kolejny komentarz (przykładowo: *libri ad Sabinum, libri ex Cassio, libri ad Plautium*), nierzadko zapominając „co było na początku”<sup>46</sup>. W ten sposób można zaryzykować stwierdzenie, że dawna, nieuchylona ustawa obowiązywała „w formie komentarza” do niej.

Podobnie istnienia jednej z najważniejszych reguł kolizyjnych, niezwykle istotnych z punktu widzenia struktury współczesnego dyskursu walidacyjnego<sup>47</sup>, obecnie zaliczanych do tzw. prawniczych topik<sup>48</sup>,

Roma–Bari 2004, s. 50 i n. Warto też dodać, że przekonanie o niezmienności prawa było wyrażane już przed Arystotelem, m.in. przez pitagorejczyków czy przez sofistów: Plat. *Theat.* 172a1–b6.

44 O wyjątkowym pojmowaniu czasu przez starożytnych, pisał w szczególności R. Sorabji, *Time and creation and the Continuum. Theories in Antiquity and the Early Middle Ages*, Ithaca–New York 1983, w szczeg. s. 7 i n.; por. o szczególnie autonomicznym znaczeniu kategorii czasu dla prawa: K. Engisch, *Vom Weltbild des Juristen*, 2. Aufl., Heidelberg 1965, s. 67 i n., w szczeg. s. 69, 73, 101–109.

45 Por. T. Giaro, *Diritto come prassi*, s. 2236.

46 Ten typ interpretacji określa się także jako „interpretację formującą”: zob. o tym G. Francosi, *Due ipotesi di interpretazione ‘formatrice’* [w:] *Nozione formazione e interpretazione dell’diritto dall’età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Professor F. Gallo*, Napoli 1997, vol. 1, s. 247.

47 A. Grabowski, *Prawnicze pojęcie obowiązywania*, s. 531–539.

48 Zob. G. Struck, *Topische Jurisprudenz. Argument und Gemeinplatz in der juristischen Arbeit*, Frankfurt a. M. 1971,



a mianowicie reguły *lex posterior derogat legi priori* (*anteriori*) – niemal intuicyjnie szuka się w rzymskiej tradycji prawnej. Wystarczy przywołać stwierdzenia tak współczesnych romanistów, jak przykładowo Mario Bretonne: „Il brocardo ‘*lex posterior derogat legi priori*’ ha il suo lontano antecedente in D. 1.4.4 (...)”<sup>49</sup>, czy Maria Zabłocka: „il principio [sc. *lex posterior*...: D. 1.4.4] che viene ripetuto in tutte le legislazioni contemporanee in modo simile”<sup>50</sup>; jak i współczesnych teoretyków, jak Gerhard Struck, który umieszczając tę regułę na pierwszym miejscu swego katalogu topik prawnych, podkreślał jej *Autorität* jako elementu metody prawniczej, ze względu na wielowiekową tradycję jej stosowania<sup>51</sup>. Tradycyjnie też źródło dla tej reguły widzi się w zwerbalizowanym przez Liwiusza pryncypium wydanej w czasach archaicznych ustawy XII tablic (451–450 p.n.e.), stanowiącym, że cokolwiek ostatnio lud postanowił, to niech będzie prawem i niech będzie ważne<sup>52</sup>. Znamienne brzmią w tym kontekście słowa jednego ze współczesnych filozofów, napisane w latach 60. XX wieku, Waltera Malgaud’a: „Quand au temps : la loi postérieure abolit la loi antérieure. C’est évident, sinon la loi des Deuze Tables serait toujours en vigueur chez nous puisque notre pays a fait partie de l’Empire romain”<sup>53</sup>. Podkreślić jednak należy, że

optyka rzymskiej jurysprudencji w odniesieniu do problemu stosowania wspomnianej reguły kolizyjnej była niewątpliwie inna, niż mogłyby wskazywać wypowiedzi współczesnych romanistów, jak i ta obecna we współczesnym prawoznawstwie, gdzie skutkiem zastosowania chronologicznej reguły *lex posterior* jest uznanie nieobowiązywania normy<sup>54</sup>. Tymczasem, zgodnie z wypowiedziami – postulacjami, pochodzącymi z pism „dojrzałych”, działających w II i III w. n.e., „klasyków”, jak Herennius Modestinus, Tertullianus, czy Iulius Paulus<sup>55</sup>, w przypadku, gdy dana kwestia była regulowana przez kilka ustaw wydanych w różnym czasie, pierwszeństwo dać należało ustawie późniejszej, co jednak nie oznaczało uznania nieobowiązywania wcześniejszej. To, co bowiem zwraca uwagę w przywołanych fragmentach ze źródeł antycznych, to sam sposób wskazania, że pod uwagę należy brać właśnie ustawę wydaną najpóźniej. Juryści wcale nie twierdzili, że jedna z ustaw abroguje czy też deroguje inną – jak z kolei pisano wprost na poziomie innych antycznych dyskursów, przykładowo dyskursu retorycznego<sup>56</sup> – ale używali czasowników: „*trahere*” – czyli tyle, co „tłumaczyć”, „poczytywać”, „dostosowywać”; „*pertinere*” – czyli tyle, co „odnosić się”, „dotyczyć”; „*(plus) valere*” – czyli tyle, co „uznawać za ważne”, „być wartym”, „znaczyć”. Można więc twierdzić, że przedstawiciele jurysprudencji klasycznej świadomie unikali definitywnego, „mocnego” stwierdzenia, że w razie problemu interpretacyjnego wymagającego rozstrzygnięcia tzw. antynomii, wcześniejsza ustawa „jest uchylana” przez późniejszą – czy to wprost, w całości i wyraźnie, czy nawet częściowo lub w sposób dorozumiany, ale właśnie *a contrario*, sugerowali, że to interpretacja w oparciu o ustawę późniejszą powinna przeważać, jak też doprowadzić do integracji obu aktów, po to, aby – jak można suponować – odzyskać wewnętrzną koherencję systemu prawa. Inaczej mówiąc, to

s. 3 i n., 35 i n., 46 i n.; zob. też *Idem*, *Zur Theorie juristischer Argumentation*, Berlin 1977, s. 58–66; K. Engisch, *Einführung*, 7. Aufl., s. 193–197 oraz lit. cit. w przyp. 262, s. 317–318; Ch. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l’argumentation. La nouvelle rhétorique*, 3. éd., Bruxelles 1976, s. 112 i n.; z opracowań polskich zob. J. Stelmach, *Kodeks argumentacyjny dla prawników*, Kraków 2003, s. 87 i n.

49 M. Bretonne, *Il tempo e la norma*, s. 34, przyp. 5.

50 M. Zabłocka, *Le XII Tavole. Fonte dei principi del diritto contemporaneo*, IURA 53 (2002), s. 1 i n.; w szczeg. s. 2–3 [= *Eadem*, *Ustawa XII Tablic źródłem zasad współczesnego prawa* [w:] *Honeste Vivere... Księga pamiątkowa ku czci Profesora W. Bojarskiego*, Toruń 2001, s. 287 i n., w szczeg. s. 288 = *Eadem*, *U źródeł współczesnego prawodawstwa* [w:] *Z dziejów kultury prawnej. Studia ofiarowane Profesorowi J. Bardachowi w 90-lecie urodzin*, Warszawa 2004, s. 71 i n., w szczeg. s. 75].

51 G. Struck, *Topische Jurisprudenz*, s. 20–21, 79.

52 Ldt 12.5: ex Liv. 9.34.7; por. Liv. 7.17.12; 9.33.8–9. Na temat znaczenia wspomnianej zasady jako stabilizującej normatywną działalność *populus*: M. Bretonne, *Tecniche*, 2 ed., s. 6.

53 W. Malgaud, *Les antinomies en droit. À propos de l’étude de G. Gavazzi* [w:] *Les Antinomies*, cit., s. 12.

54 A. Grabowski, *Prawnicze pojęcie obowiązywania*, s. 545–547; zob. też A. Grabowski, B. Naleziński, *Kłopoty z obowiązywaniem*, s. 254.

55 D. 1.4.4; D.1.3.27; D. 1.3.26; D. 1.3.28.

56 Zob. przykładowo źródła retoryczne dot. tzw. kontrowersji *ex legibus contrariis*: *Rhet. Her.* 1.20; 2.15; *Cic. de Inv.* 1.17; 2.144–147; *Idem de Orat.* 1.140; 2.110; *Idem Orat.* 121; *Idem Part. orat.* 108, 137 ff.; *Idem Top.* 96; *Quint. Inst.* 3.6.43; 3.6.46; 3.6.61; 3.6.69; 3.6.88; 7.7.1–10.

interpretacja miała być środkiem pozwalającym unikać powstawania antynomii w przypadku braku *abrogatio explicita*, po to, by widzieć prawo pewne i niesprzeczne, tak w momencie procesu interpretacyjnego, jak i – na ile to możliwe – *pro futuro*<sup>57</sup>. Uznać też należy takie podejście za niewątpliwie znamienne, bowiem zgodnie z nim, w sensie logicznym, choć nie chronologicznym, antynomie mogą podążać za interpretacją, a nie ją poprzedzać.

I wreszcie o *desuetudo*, czyli uznaniu nieobowiązywania normy ustawowej na skutek cichej i nieformalnej ale zgodnej i utrwalonej praktyki jej niestosowania<sup>58</sup>, czyli inaczej mówiąc – *rebus ipsis et factis* – wyraźnie wspominali jurysci<sup>59</sup>, widząc tu akceptowany swoisty automechanizm eliminacji normy nie tyle w sposób wyraźny, decyzją kompetentnego organu, ale na drodze długotrwałego *usus* i powszechnej akceptacji takiej praktyki, która, mogąc mieć dla rozwiązania prawnego skutek pozytywny (uznanie „obowiązywania” normy zwyczajowej), tu skutkowała negatywnie. Należy jednak dodać, że przypadków takich nie mogło być wiele, bowiem to znów jurysprudencja – w określony sposób rozumiejąc swe zadania względem do normy prawnej<sup>60</sup>, przez co niemal ocierając się o „mit własnej kompetencji”<sup>61</sup> – w zasadzie nie dopuszczała do trwania nieadekwatności rozwiązania, niestrudzenie dostosowując – adaptując je do zmieniającej się rzeczywistości społecznej, gospodarczej, a nawet kulturowej.

Sformalizowanie tradycyjnej procedury ustawodawczej, jak i konieczność szybkiego reagowania na

pojawiające się nowe problemy prawne, czemu nie mogło sprostać zgromadzenie ludowe, prowadziły jednak do tego, że prawo zaczęły być tworzone przez inne organy ustrojowe w drodze wydawania określonych aktów normatywnych<sup>62</sup>. Akty te, czyli wspomniane *senatusconsulta* oraz *constitutiones principum* uzyskiwały jednak swą powszechną akceptację i legitymizację niejako *via facti*, co współczesna romanistyka określa jako obowiązywanie „stopniowalne” lub „indukcyjne”<sup>63</sup>. Oczywiście, jurysci dyskutowali, czy i na ile organy te mogą tworzyć takie prawo, które ma powszechnie obowiązywać<sup>64</sup>, jak i jaka może być podstawa uznania „powszechnego” wiązania norm zawartych w takich aktach, generalnie jednak akceptując tworzenie prawa przez organy formalnie niekompetentne, a uzasadnienie dla ich działalności prawotwórczej widząc z jednej strony w autorytecie samego organu – twórcy normy (*auctoritas*), w drugiej zaś w przysługującej mu władzy rządzenia (*imperium*). W ten sposób, dzięki niezaprzeczanemu autorytetowi, jakim cieszył się w rzymskiej społeczności Senat, uznano za powszechnie obowiązujące<sup>65</sup> – w drodze akceptacji konieczności ich stosowania – *senatusconsulta*, a więc uchwały Senatu, podejmowane początkowo w celach doradczych i kierowane do magistratur<sup>66</sup>. Argumentacja, nawet jeśli często niesamodzielna – bowiem włączana do dyskursu jurysprudenckiego

62 D. I.2.2.9; D. I.2.2.11.

63 Na ten temat zob. też: F. Schwind, *Der Geltungsbegriff bei den römischen Volksschlüssen* [w:] *Studi in onore di S. Solazzi*, Napoli 1948, s. 775–779; D. Nörr, *Zur Reskriptenpraxis in der hohen Prinzipatszeit*, ZSS 98 (1981), s. 37–45, w szczeg. przyp. 113 i 117; M. Kaser, *Ein Jahrhundert Interpolationenforschung an den römischen Rechtsquellen* [w:] *Idem, Römische Rechtsquellen*, cit., s. 147–149: „Rechtsbindung”; F. Horak, IURA 27 (1976) [rec. z L. Vacca, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, Milano 1976], s. 148–149: „Geltungsbegriff”; a ostatnio T. Giaro, *Dal soft law*, s. 94 i n.

64 Gai I.4.

65 D. I.3.9.

66 Na temat *senatusconsulta* jako alternatywy dla *leges publicae*, jak i problemu uznania ich mocy wiążącej, zob. niedawno i syntetyzująco: F. Arcaria, *I senatusconsulta* (diritto preclassico) oraz N. Palazzolo, *I senatusconsulta* (diritto classico) [w:] AA.VV., *Le fonti di produzione del diritto romano*, Catania 2002, s. 39–47, 77–82; także D. Mantovani [w:] AA.VV., *Introduzione alla storia di Roma*, Milano 1999, s. 247–255, 484–488.

57 Wymiar „przyszły” dokonywanej przez jurystów interpretatio podkreślał kilkakrotnie m.in. G. Nocera, *Sul significato del normativismo e delle codificazioni nell'esperienza giuridica romana* [w:] *La certezza*, cit., s. 9, 10, 12.

58 Zob. w szczególności: F. Gallo, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto. Lezioni di diritto romano*, ed. compl. Torino 1993, s. 67 i n., 83 i n., 182–186, 217 i n.; wraz z przeglądem poglądów współczesnej romanistyki; *Idem, La consuetudine nel diritto romano* [w:] *Atti del colloquio romanistico-canonistico (febbraio 1978)*, Roma 1979, s. 98–112 [= *Idem, Opuscula selecta*, a cura di F. Bona i M. Miglietta, Padova 1999, s. 187–203, w szczeg. s. 191].

59 D. I.3.32.1.

60 D. 35.1.64.1; D. I.3.13; D. I.3.12; D. 23.5.4; D. I.4.3; D. I.3.11.

61 Por. w perspektywie współczesnej: J. Stelmach, *Mity prawnicze*: <http://forum.lex.edu.pl/materialy/plik/732-jerzy-stelmach-mity-prawnicze/>, s. 6.

koniunktywną spójką „*et ita*”<sup>67</sup> – za tym, że powinno się rozwiązać określoną kwestię w określony sposób, bowiem „tak postanowił Senat”, potwierdza takie „myślenie” o *senatusconsulta*, mając tym samym w dyskursie charakter tetyczny, tak jak w przypadku ustaw<sup>68</sup>. Z kolei co do praktyki prawotwórczej cesarzy<sup>69</sup>, uzyskującej swój normatywny wyraz w postaci konstytucji cesarskich (*constitutiones principum*), po pierwotnym ich zaliczeniu do prawa urzędniczego (*ius honorarium*), co generalnie nie dziwi, bowiem cesarze wydawali je na podstawie mieszczącego się w *imperium ius edicendi*, zadeklarowano, że nie ma wątpliwości, iż cesarz tworzy prawo powszechnie obowiązujące, skoro władzę rządzenia otrzymuje od ludu (*lex de imperio*)<sup>70</sup>. Z kolei wspomniane zrównanie mocy wiążącej konstytucji cesarskich z mocą

normy zawarte w cytowanych przez jurystów konstytucjach miały w przeważającej mierze charakter norm szczegółowych i tworzonych dla rozstrzygnięcia określonego przypadku (*decreta* – to sądowe orzeczenia cesarskie; *rescripta* – cesarskie dopowiedzi na pytania prawne).

Generalnie, nie można więc mówić o istnieniu formalnego przymusu stosowania takich norm poza konkretną sprawą, dla rozwiązania której powstały. Jednak i tu *via facti*, rozwiązanie kwestii jednostkowej lub opinia cesarska wydana na kanwie określonego stanu faktycznego (*si preces veritate nituntur: ex C. 1.22.2–5, C. 1.23.7 pr.*), uzyskiwały status normy generalnej i abstrakcyjnej na drodze kolejnych zastosowań, co uzasadnia kwalifikację ich obowiązywania jako „obowiązywania indukcyjnego”.



## Obowiązywanie „stopniowalne” czyli „indukcyjne”.

ustaw<sup>71</sup>, wykluczyło już wszelkie wątpliwości, co do ich powszechnego obowiązywania i pozwoliło jurystom sugerować, że tak „powinno się”, bowiem tak właśnie „zwykło się” (*solet*) decydować w danej kwestii, na drodze powołania się na rozwiązania problemów prawnych zawartych w poszczególnych konstytucjach, przez co argumentacja, znów mogąca mieć charakter niesamodzielny<sup>72</sup>, miała i w tym przypadku charakter tetyczny<sup>73</sup>. Co jednak ciekawe,

Nieco inaczej wśród pozostałych źródeł prawa wygląda pozycja edyktu pretorskiego, mającego niewątpliwie charakter normatywny, choć ze swej istoty zawierającego jedynie wykaz środków – *de facto* zwyczajów jurysdykcyjnych pozytywowanych w formie zarządzenia – które urzędnik – pretor (magistratura jurysdykcyjna) zamierzał stosować w okresie pełnienia swego urzędu. Sami juryści generalnie nie porównywali edyktu z ustawą<sup>74</sup>, jak też stosunkowo często podejmowali jego krytykę akcentując lakoniczność lub nieprecyzyjność jego sformułowań, czy też w ogóle brak rozwiązania<sup>75</sup>, poprawienie tego stanu uznając za swój obowiązek<sup>76</sup>. Niemniej, już Cicero pisał, że „na podstawie edyktu zwykło się...

67 Por. T. Giaro, *Diritto come prassi*, s. 2244, akcentując analogiczne znaczenie cytowanych w pismach jurysprudencji konstytucji cesarskich jako środka argumentacyjnego mającego co do zasady charakter niesamodzielny i wzmacniający inne uzasadnienie.

68 Przykładowo: D. 34.5.20; D. 40.2.13.

69 Na ten temat zob. w szczególności: F. Gallo, *Sul potere normativo imperiale*, SDHI 48 (1982), s. 413–454; *Idem*, *Per il riesame di una tesi fortunata sulla „solutio legibus”* [w:] *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, vol. 2, Napoli 1984, s. 651–682 [= *Idem*, *Opuscula selecta*, cit., s. 271–313 oraz 317–350].

70 Gai 1.5; D.1.4.1 pr.

71 Gai 1.5; D. 1.2.2.II.

72 Por. wnioski T. Giaro, cit. w przyp. 67 *supra*.

73 Przykładowo: D. 30.49 pr.; D. 17.2.23.1; D. 36.1.23 pr.; D. 40.7.21.I. Zob. wyczerpujące zestawienie fragmentów źródłowych, w których juryści powołują konstytucje cesarskie:

G. Gualandi, *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, Milano 1963, vol. II, s. 21 i n.; i ostatnio: M.G. Zoz, *Le costituzioni imperiali nella giurisprudenza*, Torino 2007, *passim*.

74 Por. jednak przykłady użycia terminu *lex* dla określenia edyktu w dyskursie retorycznym: F. Lanfranchi, *Il diritto nei retori romani. Contributo alla storia dello sviluppo del diritto romano*, Milano 1938, s. 90–91 oraz przyp. 4 na s. 90.

75 Przykładowo: D. 37.4.14 pr.; D. 37.8.2. Zob. przykłady źródłowe: T. Giaro, *Diritto come prassi*, s. 2237–2241.

76 Przykładowo: D. 25.4.1.II.

(*solet*)<sup>77</sup>, więc należy postąpić w określony sposób, co następnie pojawiło się i w dyskursie juryspruden-  
cyjnym, a więc profesjonalnym, co do zasady jednak  
w połączeniu z dodatkową wskazówką, że konieczne  
jest najpierw zbadanie samej sprawy – *causae cog-  
nitio*<sup>78</sup>. Chodziło tu więc znów o praktyczną stronę  
procesu stosowania prawa, przy czym podkreślić  
należy dodatkowo, że dokonując *cognitio, magistra-  
tus* miał niezwykle szeroki zakres swobodnego uzna-  
nia, przez co też niejednokrotnie na drodze aplikacji  
prawa – zwyczajnie je tworzył. Niemniej, znów dla  
uzasadnienia obowiązywania rozwiązań ukształto-  
wanych w praktyce pretorskiej – w drodze zalecenia  
ich stosowania – służyło jurystom deontycznie nace-  
chowane, choć zawsze formułowane w indykatiwie  
(a nie imperatywie, jak można by oczekiwać mając  
na uwadze, że obecnie najczęściej definiuje się normę  
prawną jako „nakaz ustawodawcy”) „*solet*”, przez co  
we współczesnej romanistyce proponuje się tu użycie  
pojęcia „normatywności niedoskonałej”<sup>79</sup>.

I wreszcie, w odniesieniu do opinii i porad (*re-  
sponsa, sententiae, opinionones*) formułowanych  
w juryspruden-  
cyjnym dyskursie, i znów mających  
charakter bardziej optatywów niż imperatywnych  
postanowień, w optyce samych jurystów określone  
rozwiązanie zaproponowane w danym momencie  
przez któregoś z nich, mogło być uznane za wiążące  
[sc. obowiązujące] jedynie jeśli mogłoby znaleźć  
zastosowanie, co werbalizowała znamienna i ge-

neralnie dziś nie stosowana dla określania waloru  
norm prawnych<sup>80</sup>, formuła: „*verum est – falsum est*”,  
„*quia sententia vera est*”<sup>81</sup>, będąca pochodną procesu  
weryfikacji i falsyfikacji, mającego w odniesieniu  
do tej masy normatywnej składającej się na prawo  
rzymskie, a określanej jako prawo juryspruden-  
cyjne, co do zasady charakter jednorazowy. Oczywiście  
jest bowiem, że nawet opinia raz określona jako  
*falsa*, w innej, nawet bardzo podobnej sytuacji prob-  
lemowej mogła być ponownie, *hic et nunc*, wzięta  
pod uwagę, jako potencjalne rozwiązanie<sup>82</sup>, czemu  
*nota bene* służyć musiały ciągle precyzacje zakre-  
su aplikacji poszczególnych reguł wypracowanych  
w dyskursie juryspruden-  
cyjnym<sup>83</sup>. Oceniając więc  
– zawsze z perspektywy ahistorycznej<sup>84</sup> – konkret-  
ne rozwiązanie, nawet jeśli posiadające swoiste  
domniemanie prawdziwości (*praesumptio veritatis*)  
jako pochodne auctoritatu (*auctoritas*) przysługują-  
cego jej autorowi – juryście, jako *falsa* lub *vera*, ale  
częściowo (*ita putat verum esse, si: ex Pomp. 18 ad  
Q. Muc. D. 40.7.39.1*), inny jurysta nie „derogował”  
normy juryspruden-  
cyjnej z systemu, ale deklarował  
jej nieadekwatność w konkretnym przypadku, choć  
też niewątpliwie deklaracja taka musiała w jakiś  
sposób wpływać na siłę perswazyjną ocenianej opi-  
nii, czy nawet w konsekwencji doprowadzić mogła  
do ukształtowania się innej praktyki rozstrzygania  
określonych problemów<sup>85</sup>. Inaczej mówiąc, jeśli

77 Cic. *ad Att.* 6.1.15.

78 Przykładowo: D. 39.2.4.4; inne przykłady źródłowe, zob.  
T. Giaro, *Diritto come prassi*, s. 2238; zob. też W. Litewski,  
*Słownik encyklopedyczny prawa rzymskiego*, Kraków 1998,  
s.v. *cognitio*, s. 43; *causae cognitio* w procesie formularnym  
to pretorskie rozpoznanie sprawy, od którego uzależnione  
było udzielenie jakiegoś środka prawnego lub wydanie de-  
cyzji w postępowaniu niespornym (*iurisdictio voluntaria*).

79 Zob. w szczególności: D. Mantovani, 'Praetoris partes'. *La  
iurisdictio e i suoi vincoli nel processo formulare: un percorso  
negli studi* [w:] *Il diritto fra scoperta e creazione. Giudici  
e giuristi nella storia della giustizia civile*, a cura di M.G. di  
Renzo Villata, Napoli 2003, s. 45 i n., 65 i n.; por. M. Talaman-  
ca, *Diritto e prassi nel mondo antico* [w:] *Règle et pratique du  
droit dans les réalités juridiques de l'Antiquité*, Catanzaro 1999,  
s. 147, o takim samym „niedoskonale wiążącym” walorze kon-  
stytucji cesarskich w początkowym okresie cesarstwa; por.  
T. Giaro, *Dal soft law*, s. 89, 91 na temat „normatività debole”  
lub „graduata”.

80 Głosy sceptyczne co do możliwości stosowania tzw. „sądów  
prawdziwościowych” w naukach dogmatycznych, pojawiły  
się stosunkowo dawno i grono sceptyków wciąż się powięk-  
sza. Zob. w szczególności: K. Engisch, *Wahrheit und Richtig-  
keit im juristische Denken*, München 1963, w szczeg. s. 18–22;  
J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechts-  
findung*, 2. Aufl., Frankfurt a. M. 1972, s. 14, 94; F. Wieacker,  
*Ausgewählte Schriften*, Bd. 2, Frankfurt a. M. 1983, s. 59, 66.  
Wydaje się, że trafnie proponuje się zastąpienie tego kryte-  
rium innym, a mianowicie kryterium słuszności, trafności  
– Richtigkeit: zob. F. Wieacker, *op. ult. cit.*, s. 59 i n.

81 Przykładowo: D. 6.1.13; D. 33.7.12.43; D. 47.10.7.1; D.4.4.7.10;  
por. D. 13.6.22. Zob. wyczerpujące zestawienie źródeł:  
T. Giaro, *Dogmatische Wahrheit*, przyp. 35, 36, 39–40, 44–  
45 na s. 12–15, przyp. 106 na s. 34.

82 Przykładowo: D. 5.3.18 pr.

83 Przykładowo: D. 8.3.38; D. 10.3.14.1.

84 O „ahistorycznej” optyce rzymskich jurystów zob. T. Giaro,  
*Dogmatische Wahrheit*, s. 37 i n.

85 Zob. D. 41.3.38.

*sententia* była *vera*, mogła być zastosowana i na tej drodze mogła być określona jako obowiązująca przez pryzmat praktyki prawniczej, oczywiście aktualnej dla tego, kto dokonywał jej oceny. W ten sposób określenia *sententia vera* (czyli: znajdująca zastosowanie) – *sententia falsa* (czyli: nie znajdująca zastosowania) można uznać za mające analogiczny walor co obecne we współczesnym dyskursie oceny walidacyjne, niemniej o walorze szczególnym, bowiem będącym pochodną praktyki *hic et nunc*. Co więcej, taką weryfikację jurysprudenckiego „odkrycia normatywnego” – podobnie jak dziś test walidacyjny – należało przeprowadzić w każdym przypadku poszukiwania słusznego rozwiązania w konkretnej sytuacji aplikacji prawa<sup>86</sup>. Podkreślić także należy, że jedynie w odniesieniu do prawnych rozwiązań o charakterze opartywnym, ocena „stosowalności” [sc. „obowiązywania”] miała miejsce w kategoriach kognitywnych.

#### 4. Rekonstrukcja rozumienia „obowiązywania” normy prawnej w świetle *façon de parler* rzymskich jurystów i jego skutki systemowe

Jak więc odpowiedzieć jednoznacznie na pytanie o status deontyczny wypowiedzi i odkryć normatywnych w rzymskiej rzeczywistości prawnej w obliczu zarysowanego pluralizmu normatywnego, będącego skutkiem niewydolności legislacyjnej jedyne formalnie kompetentnego legislatora oraz niedomknięcia systemu prawa<sup>87</sup> implikującego i wymuszającego ciągłość jego formowania się?

Obraz „jurysprudenckiego rozumienia obowiązania prawa”, jaki rysuje się w świetle przedstawionego powyżej, niewątpliwie z konieczności pobieżnego przeglądu wypowiedzi przedstawicieli

86 Na temat tzw. „sądów prawdziwościowych”, zob.: K. Ulmer, *Die Vielfalt der Wahrheit in den Wissenschaften und ihre Einheit* [w:] *Wissenschaften und die Wahrheit. Ein Rechenschaftsbericht der Forschung*, Hrsg. K. Ulmer, Stuttgart 1966, w szczeg. s. 7 i n., 10, 14–16; T. Giaro, *Dogmatische Wahrheit*, s. 1–108 (estratto), *passim*, w szczeg. s. 15–20; jak też *Idem*, *Prawda i autorytet w jurysprudencji klasycznej*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego – Prace Prawnicze” 1989, nr 125, s. 50.

87 Zob.: U. Vincenti, *Giustizia e metodo*, Torino 2005, s. 3 i n.; M.G. Zoz, *Fondamenti romanistici del diritto europeo*, Torino 2007, s. 35 i n.; T. Giaro, *Dal soft law*, s. 89.

rzymskiej jurysprudencji co do „wiązanania” poszczególnych „emanacji” mających normatywny walor, które traktować należy jako szczególny surogat braku takich wypowiedzi u tych, którzy byli powołani do bezpośredniego udziału w procesie stosowania prawa i wyposażeni w kompetencję do tego (*iurisdictio*), a więc sędziów i magistratur jurysdykcyjnych, pozwala stwierdzić, że w optyce rzymskiej jurysprudencji patrzy się na obowiązywanie normy przez pryzmat jej faktycznego stosowania, czy w ogólnej jej stosowalności<sup>88</sup>. Co więcej, zwraca uwagę także przekonanie, że wówczas „zwykło się” (*solet*) jako odpowiednik „należy”, dane rozwiązanie stosować, co jak wspomniano przybiera postać argumentu tetycznego, a więc odwołującego się do uznanej za wiążącą normy<sup>89</sup>. Podkreślano już we współczesnej romanistyce, że – na poziomie praktycznym – zwerbalizowanym wyrazem przekonania o stosowalności – tu odpowiadającej przekonaniu o obowiązywaniu normy – były formuły: *hoc iure utimur* – czyli tyle, co „stosujemy to prawo”<sup>90</sup>, czy też *ius habemus* – czyli tyle, co „mamy prawo”<sup>91</sup>.

Formuły takie miały niewątpliwie charakter walidacyjny, jednak o szczególnym charakterze, a mianowicie faktualnym.

Podstawa uznania konieczności stosowania normy – tu odpowiadająca uznaniu podstawy jej obowiązania – to w stosunku do ustaw *iussum populi*, jednak nieabsolutyzowane, a to z uwagi na to, że dopuszczano „niestosowanie” na skutek powszechnego przekonania o niestosowalności z uwagi na nieadekwatność „praktyczną”, jak też z powodu

88 Por. A. Grabowski, *Prawnicze pojęcie obowiązania*, s. 332 i n., 431 i n.

89 Por. *ibidem*, s. 516 i n.

90 Przykładowo: D. 35.2.73.1; D. 40.4.57; Gai 3.149; D. 18.1.79; D. 28.6.38.3; D. 41.1.23.3; D. 43.13.1.6. Na temat znaczenia takiej deklaracji dla statusu rozwiązania przyjętego na drodze konsensusu doktrynalnego, zob. w szczególności: R. Schreiber, *Die Geltung von Rechtsnormen*, Berlin–Heidelberg–New York 1966, s. 43, 46; a także T. Giaro, *Geltung und Fortgeltung des römischen Juristenrechts*, ZSS 1994, nr III, s. 70 i n.; *Idem*, *Prawda i autorytet*, s. 34: formuła *hoc iure utimur* jako „czynnik walidacji faktualnej”; i ostatnio *Idem*, *Diritto come prassi*, s. 2234.

91 Przykładowo: Gai 2.68; por. Cic. *de Inv.* 2.57; *Idem de Leg.* 2.52; zob. T. Giaro, *Diritto come prassi*, s. 2257–2258.



tego, że sam komentarz interpretacyjny zastępował w którymś momencie pierwotny tekst ustawy<sup>92</sup>. W stosunku do aktów pozostałych organów czy jurysprudencyjnych „odkryć normatywnych”, czynnikiem podstawowym dla formowania się przekonania o ich stosowalności – czyli *de facto* przekonania o ich „obowiązaniu” – była *auctoritas*, a więc autorytet przysługujący – podobnie jak początkowo zgromadzeniu ludowemu (*populus*)<sup>93</sup> – temu podmiotowi, który określone normatywne rozwiązanie proponował<sup>94</sup>. Autorytet ów w tym kontekście z jednej strony uznać można za surogat braku formalnej kompetencji (legitymacji) podmiotu do stanowienia prawa, z drugiej zaś – za podstawę, na której fundowało się przekonanie o „stosowalności” [sc. „obowiązaniu”] normy (legitymizacja normy). Co do pierwszej, legitymującej do prawotwórstwa funkcji autorytetu, podkreślić należy, że musiała być

Podkreślić natomiast należy, że nie chodzi tu o żadną sformalizowaną „konieczność” patrzenia w „przeszłość prawną lub prawniczą”, jak ma to miejsce w systemie precedensowym, ale o swoistą „konieczność mentalną” – czyli przekonanie, że tak właśnie powinno się w procesie poszukiwania prawa właściwego dla rozwiązania konkretnego przypadku postępować. Oczywiście, i tu nie można absolutyzować, bowiem juryści zdawali się widzieć wyraźnie różnicę pomiędzy „tym, co kiedyś”, a „tym, co dziś”, oddzielając *hodie* oraz *olim*, *nunc* oraz *tunc*, *olim* oraz *sed postea*<sup>96</sup>, niemniej, „zwyczajowo” patrzyli na „to, co kiedyś” i sprawdzali przydatność w perspektywie *hic et nunc*, która *nota bene* konstytuuje ten antyczny dyskurs jurysprudencyjny jako dyskurs konkretny i szczegółowy<sup>97</sup>.

I wreszcie uznanie stosowalności normy (a więc jej obowiązywania), mogło być wynikiem powszechnej



## Walidacyjna deklaracja: *hoc iure utimur* – „to prawo stosujemy”.

to podstawa niezwykle skuteczna, bowiem argument „z braku kompetencji” w zasadzie nie występuje w jurysprudencyjnym dyskursie walidacyjnym<sup>95</sup>, nawet w przypadku jej uzyskiwania przez podmiot jedynie *via facti*. Z kolei funkcja legitymizująca autorytetu polegała na szczególnym perswazyjnym działaniu – kreacji przekonania o „konieczności” lub „możliwości” zastosowania danego rozwiązania, bowiem zostało już kiedyś zaproponowane przez podmiot cieszący się autorytetem (władczym lub naukowym).

zgody co do tego, że tak należy postępować, czy też tak należy rozstrzygać. Konsens (*consensus*) – jako swoiste nieimperatywne, racjonalne i „demokratyczne” uzasadnienie stosowania normy ma kluczowe znaczenie dla rozumienia obowiązywania prawa w rzymskiej rzeczywistości, jednak wymaga dodatkowego uwzględnienia – generalnie nierozpatrywanych szerzej przez A. Grabowskiego<sup>98</sup> – perspektywy „nieprawniczego” obowiązywania prawa (społecznego przekonania i oczekiwania co

92 Zob. jednak cycerońska krytyka takiego podejścia jurystów, którzy woleli dokonywać adaptacji normy ustawowej, niż „konserwować” jej treść: Cic. *de Leg.* 3.20.46.

93 Zob. Gai 1.98: *auctoritas populi*.

94 Zob.: D. 7.5.2.1: *auctoritas senatus*; Gai 3.224: *auctoritas praetoris*; D. 41.1.63.4: *auctoritas principis*; D. 1.1.7 pr.: *auctoritas prudentium*. Na temat roli autorytetu twórcy dla rozwiązania normatywnego, zob. T. Giaro, *Prawda i autorytet*, s. 30 i n., i ostatnio: *Idem*, *Dal soft law*, s. 92–93; zob. też R. Domingo, *Auctoritas*, Barcelona 1999, *passim*.

95 Por. A. Grabowski, *Prawnicze pojęcie obowiązywania*, s. 521 i n., 528–529: argument z braku kompetencji.

96 Na temat znaczenia wspomnianych opozycji zob. T. Giaro, *Dogmatische Wahrheit*, s. 48; zob. też D. Nörr, *Pomponius oder 'Zum Geschichtsverständnis der römischen Juristen'*, ANRW II.15, Berlin–New York 1976, s. 568, w szczeg. przyp. 311, 312.

97 Zob. o konieczności „urzędowistnienia” dyskursu argumentacyjnego: J. Stelmach, *Kodeks argumentacyjny*, s. 27; także A. Grabowski, *Prawnicze pojęcie obowiązywania*, s. 499–501.

98 Zob. A. Grabowski, *Prawnicze pojęcie obowiązywania*, s. 3, gdzie autor podkreślił, że z zakresu swych rozważań wyłącza problematykę obowiązywania prawa niestanowionego, jak i zagadnienia nieprawniczego obowiązywania prawa.

do określonej praktyki prawnej<sup>99</sup>), jak też obowiązki prawa „niestanowionego”, a używając terminu bardziej adekwatnego dla perspektywy antycznej – prawa niepisanego (*ius non scriptum*)<sup>100</sup>. Niebagatelną rolę w rzymskim systemie źródeł odgrywała bowiem sama praktyka społeczna (*usus communis*), czyli zwyczaj (*mos, mos maiorum, consuetudo*)<sup>101</sup>, którego stosowanie uzasadniano przez odwołanie do powszechnej zgody – konsensu<sup>102</sup>, a który często traktowany był przez jurysprudence tak jak prawo pisane (*ius scriptum*)<sup>103</sup>. I w tym kontekście pojawiały się bowiem w ostateczności – przywołane już w odniesieniu do aktów normatywnych – wypowiedzi, że normę zwyczajową „zwykło się (*solet*) stosować”<sup>104</sup>.

Podobnie, zgodna – oparta na aplikacyjnej powtarzalności<sup>105</sup> i doktrynalnym konsensie (*omnes consenserunt: ex: D. 7.2.1.3*) – opinia jurystów (*opinio communis, sententia recepta*)<sup>106</sup> miała – w świetle wypowiedzi jurysprudence – walor taki, jak ustawa, a więc – w perspektywie walidacyjnej – obowiązywała tak, jak ustawa<sup>107</sup>. W konsekwencji, to brak konsensu – *improbatio, inconstantia* – osłabiał przekonanie o przydatności – stosowalności, czyli, inaczej mówiąc, „zmniejszał” lub w ogóle „likwidował obowiązywanie” normy<sup>108</sup>.

Sięgając tym samym do cytowanej już definicji

99 Przykładowo: D. 40.9.10.

100 D. 1.1.6.1; D. 1.2.2.12; I. 1.2.9.

101 Przykładowo: D. 1.3.32 pr.

102 Przykładowo: D. 1.3.32.1; D. 1.3.35; *Tit. ex corp. Ulp. 1.4; I. 1.2.9.*

103 Przykładowo: D. 1.3.32.1; D. 1.3.36; D. 1.3.33.

104 Przykładowo: D. 1.6.5; D. 3.2.11.1. Zob. Inne przykłady źródłowe: T. Giaro, *Diritto come prassi*, s. 2236–2237.

105 Por. *ibidem*, s. 2247, 2250–2251, który i w odniesieniu do prawa jurysprudence stosuje określenie „obowiązywanie indukcyjne”, bowiem zależne od częstotliwości powtarzania rozwiązania. Można także wskazać różne stopnie uzyskania statusu „obowiązywania” w zależności czy rozwiązanie stosuje się *saepe*, czy można je określić jako takie, które *solet* stosować, lub takie, które *constat, placet, optinuit*, czy też generalnie istnieje *comprobatio* i co więcej wyrażana jest przez *omnes*.

106 Przykładowo: D. 19.2.7; D. 6.1.43; D. 12.6.26.13; D. 15.1.38.2; D. 16.1.17 pr.; D. 18.1.39.1; D. 19.2.7; D. 19.5.22; D. 33.2.31; D. 45.1.115.2; D. 47.2.68.4.

107 Gai 1.7.

108 Por. T. Giaro, *Diritto come prassi*, s. 2247 i n.

„prawniczego obowiązywania prawa stanowionego” zaproponowanej przez A. Grabowskiego, opartej na konstrukcji domniemania obowiązywania, dla perspektywy rzymskiej można zaproponować rozumienie – definicję obowiązywania norm prawa, tak pisanego jak niepisanego, w oparciu o domniemanie „stosowalności” (*praesumptio applicabilitatis*), zaś w stosunku do normy prawa jurysprudence – w oparciu o domniemanie „prawdziwości” (*praesumptio veritatis*), które jednak – co znamienne – w razie pozytywnej odpowiedzi, nie pociągały za sobą przymusu aplikacyjnego. Oczywiście, w przypadku pewnych formuł, „dowodu na stosowalność” się nie prowadzi, bowiem – *nolens volens* przy konstrukcji domniemania – jest on zbędny. Wystarczyła więc konfirmująca, choć nie neutralne deontycznie – bowiem perswazyjne nacechowane, stwierdzenie, że tak „zwykło się robić” – *solet*, czy też, że „tak napisali wszyscy” – *secundum omnium sententias*, lub „wielu” – *plerisque placet*<sup>109</sup>. Z kolei dowód wskazania, że norma z jakiegoś powodu nie nadaje się do zastosowania *hic et nunc*, lub odpowiednio że rozwiązanie jest *falsum* lub jest niezupełnie *verum*, bowiem można dodać „*sed*”, jak też objaśnienia przyczyny takiej kwalifikacji musiałyby obciążać tego, kto oceniał konkretny przypadek i widział „niestosowalność” tego, co zaproponowano uprzednio i tego, co potencjalnie „obowiązuje”. Były to przy tym przykład szczególnego podejścia, gdzie obalenie domniemania nie powodowało ostatecznej eliminacji rozwiązania prawnego<sup>110</sup>, ale jego „nieobowiązywanie” w danej, rozstrzyganej właśnie kwestii. Inaczej mówiąc, „obowiązywanie” było zrelatywizowane do określonego stanu faktycznego, bowiem w kontekście innego przypadku, ocena mogłaby być inna.

## 5. Rzymski dyskurs walidacyjny w świetle problemów współczesnego dyskursu – tezy do dalszej dyskusji

Jak tłumaczy A. Grabowski, autor studium będącego inspiracją dla tych rozważań, dyskurs walidacyjny *sensu largo*, obejmuje też wiele kwestii dodatkowych,

109 Zob. zestawienie źródeł, gdzie pojawiają się podobne, tzw. „sądy statystyczne”: *ibidem*, s. 2250–2253.

110 Szerzej: A. Grabowski, *Prawnicze pojęcie obowiązywania*, s. 526–529.

jak w szczególności określenie – zdefiniowanie zakresu pojęcia prawa obowiązującego – dziś obowiązujących przepisów prawa, klaryfikację aspektów rzeczowego i temporalnego obowiązywania normy i w konsekwencji stosowania prawa, wskazanie sposobów dowodzenia – argumentów na rzecz nieobowiązywania normy, czy wreszcie określenie systemowych konsekwencji uznania nieobowiązywania normy<sup>111</sup>.

Pozostaje więc jedynie zapytać, jak w świetle zaproponowanego rzymskiego rozumienia – „konceptji” normy prawnej jako praktyki, jak i ujmowania obowiązywania prawa, które generalnie można opisać jako „obowiązywanie w drodze domniemania stosowalności” lub „obowiązywanie w drodze domniemania prawdziwości”, przedstawiają się problemy, które formułuje współczesna teoria i filozofia prawa w związku z zagadnieniami dotyczącymi „obowiązywania prawa”. Należy przy tym nadmienić, że choć o problemach związanych ze źródłami prawa rzymskiego we współczesnej romanistyce od dawna pisze się sporo, to już problemy walidacyjne *stricto sensu* nie są co do zasady dyskutowane (za wyjątkowe uznać należy cytowane tu studia Tomasza Giaro, gdzie poruszane są przedmiotowe kwestie), a współcześni romanści wszelkie sprawy zaliczane dziś do kluczowych w tym zakresie przez teorię i filozofię prawa kwitują stwierdzeniem, że „metoda jurystów była kazuistyczna”, zaś sami „juryści unikali rozważań teoretyczno-prawnych”. Niemniej, nawet taka praktyczna perspektywa rzymskiej jurysprudencji, czyli wywołująca skutek jedynie na poziomie faktów, może być opisana – zrekonstruowana, a także może stanowić podstawę do formułowania tez o zabarwieniu teoretyczno- czy filozoficzno-prawnym, zaś brak aparatu konceptualnego w dyskursie jurysprudencyjnym skutkuje jedynie tym, że nie można łatwo badać przełożenia teorii na praktykę prawniczą, jak też integracja teorii i dogmatyki, czy też praktyki i teorii jest w pewnym stopniu problematyczna. Narzuca się jednak spostrzeżenie, że w starożytnym Rzymie integracja wspomnianych perspektyw była niejako założona *a priori*, bowiem

111 *Ibidem*, s. 497 i n. Zob. też A. Grabowski, B. Naleziński, *Kłopoty z obowiązywaniem*, s. 221 i n., s. 248 i n.

„wszystko robi jurysprudencja”.

W odniesieniu do pierwszej wskazanej kwestii, czyli zakresu (ekstensji) pojęcia prawa obowiązującego, konieczne jest podkreślenie, że w świetle powszechnej w starożytności dystynkcji: prawo niepisane i pisane (*ius non scriptum – ius scriptum*), w odniesieniu do tego ostatniego, choć brak generalnego pojęcia aktu normatywnego, można mówić o istnieniu pewnych typów aktów normatywnych (*lex, senatusconsultum, constitutio*), które zawierały normy uznane za powszechnie obowiązujące. Co więcej, wśród wypowiedzi jurysprudencji odnaleźć można i definicje takich aktów<sup>112</sup>, tworzone w zasadzie w ten sam sposób, czyli przez identyfikację organu – autora aktu (*populus, senatus, princeps*), jak i podkreślenie jego autorytatywnego postanowienia (*iubet atque constituit*). Refleksje jurystów co do charakteru norm, jakie powinny znaleźć się w takich aktach uznawanych za źródła prawa powszechnie obowiązującego, zdają się mieć bardziej charakter postulatów, niż czystej deskrypcji, bowiem normy generalne i abstrakcyjne<sup>113</sup> w zasadzie występują w nich rzadko, a kazuistykę republikańskich ustaw krytykowali już sami starożytni<sup>114</sup>. Z kolei konkretność i szczegółowość rozwiązań zawartych w senackich *senatusconsulta*, w cesarskich *decreta* czy *rescripta*, jak i nawet udzielanych ostatecznie na piśmie i sygnowanych jurysprudencyjnych *responsa*<sup>115</sup>, wynika z samego charakteru i sposobów „tworzenia” takich aktów dla rozwiązania konkretnej sprawy. Z kolei typowa dziś decyzja stosowania prawa, czyli wyrok (*iudicatum, sententia*), ze swej istoty zawierająca normy szczegółowe i konkretne, przez Rzymian do źródeł prawa powszechnego nie była zaliczana, zaś sami juryści podkreślali wyraźnie, że w zasadzie nie powinna ona wywoływać skutków względem osób trzecich<sup>116</sup>. Kryterium uznania aktu za akt normatywny nie miało więc charakteru

112 Zob. Gai 1.3–5.

113 Przykładowo: D. 1.3.10; por. D. 1.3.4; D. 1.3.8.

114 Przykładowo: Gell. 20.1.4 ff. Generalnie na ten temat zob. D. Nörr, *Rechtskritik in der römischen Antike*, München 1974, s. 11 i n.

115 D. 1.2.2.49.

116 D. 5.2.17.1; D. 44.2.1. Jedynie wyjątkowo dopuszczano tzw. rozszerzoną skuteczność wyroku.

merytorycznego (treści aktu), ale chodziło tu raczej o uznanie podstawy powszechnego wiązania, czyli inaczej mówiąc możliwość wskazania jakiegoś czynnika, który decydował o tym, że uważano rozwiązanie za „ponownie stosowalne”.

W ten sposób dochodzimy do zaproponowanej „koncepcji – definicji” „obowiązywania” przez stosowanie, gdzie stosowanie – jako czynnik uzasadniający, choć nie ustanawiający – fundowało „możliwość wiązania”. Inaczej mówiąc, kryterium wyodrębnienia aktu normatywnego obowiązującego miałoby charakter funkcjonalny<sup>117</sup>, ale – co ciekawe – stosowano je nie tylko do samych aktów w sensie „wytworów pisanych”, ale i do jurysprudencyjnych enuncjacji normatywnych, a nawet do samej faktycznej praktyki społecznej, czyli, inaczej mówiąc,

jurystów norma obowiązuje tak długo, jak może być stosowana<sup>119</sup>, co pozwala twierdzić, że – inaczej niż dziś – zasięg czasowy stosowania (tzw. czas wewnętrzny normy) pokrywa się z czasem obowiązywania (tzw. czas zewnętrzny normy)<sup>120</sup>, i co więcej – istnieje pomiędzy nimi zależność. Z uwagi też na częsty brak możliwości wskazania precyzyjnego „formalnego” momentu początkowego i końcowego „obowiązywania”, w szczególności z powodu braku sformalizowanych procedur wydawania poszczególnych aktów normatywnych (w zasadzie wyjątkiem jest republikańska procedura uchwalania ustaw), moment ten, choć ustalalny, zależy od różnych kryteriów, a nie zawsze – jak dziś – od zakończenia procedury ustanawiania. Z kolei, z uwagi na domniemanie stosowalności – w dyskursie walidacyjnym *meta* –



## Kryterium uznania aktu za akt normatywny nie miało charakteru merytorycznego, ale chodziło o uznanie podstawy jego powszechnego wiązania.

norm prawnych, które dziś określa się jako „soft law”, a więc prawo „bez sankcji”, prawo, które „nie wiąże”, niemniej wywołuje konsekwencje na poziomie faktów – poziomie praktyki<sup>118</sup>. W ten jednak sposób wskazać można dodatkowe kryterium dla ustalenia rzeczowego aspektu obowiązywania normy prawnej, a mianowicie faktyczne znaczenie danego źródła tworzenia prawa dla momentu aplikacji. Ciekawy wydaje się też fakt braku „mentalnego” związania deklaracją uznania normy za „stosowalną” [sc. „obowiązującą”], jak i to, że w piśmiennictwie jurystów często od razu stwierdzano wprost – choć znów formalnie niewiążąco – kiedy danego rozwiązania „nie będzie się stosowało”, czyli inaczej mówiąc, dla jakich przypadków nie będzie ono „obowiązywało”.

W zakresie temporalnym z kolei dla rzymskich

jak i tym *stricto sensu*, zawsze ocenia się ten materiał normatywny, który „potencjalnie obowiązuje mogąc mieć zastosowanie”, więc to niemożność zastosowania powinna być dowiedziona, zawsze *hic et nunc*. W związku jednak ze wspomnianym „niedoskonałym” lub „indukcyjnym” obowiązywaniem normy, które dla przeważającej liczby rzymskich normatywnych rozwiązań konstytuuje się i jest ustalalne na drodze praktyki, powstaje pytanie: czy nie mamy tu do czynienia z paradoksem, o którym wspomina A. Grabowski<sup>121</sup>, bowiem dopuszczalne jest powiedzenie, że „norma obowiązuje”, „norma nie obowiązuje”, jak i że „obowiązuje jedynie trochę” lub „w pewnym zakresie”. Inaczej mówiąc – *tertium datur*, choć podkreślić należy, że absurdalność takiego,

117 Por. A. Grabowski, B. Naleziński, *Kłopoty z obowiązywaniem*, s. 245.

118 Zob. T. Giaro, *Dal soft law*, s. 83, wraz z cytowaną literaturą.

119 Przykładowo: D. 9.2.1 pr.

120 Por. A. Grabowski, B. Naleziński, *Kłopoty z obowiązywaniem*, s. 240.

121 A. Grabowski, *Prawnicze pojęcie obowiązywania*, s. 4–5 i przyp. 12, s. 513 i przyp. 142.

jak ostatnie, sformułowania w rzymskiej perspektywie jest łagodzona z uwagi na ów *façon de parler* jurysprudencji, która raczej wspomina o „ograniczonej stosowalności”.

Kolejny „walidacyjny problem”, związany jest z tak ważną współcześnie koniecznością ochrony spójności systemu prawa, która dziś osiągana jest w drodze eliminowania wadliwych (niekonstytucyjnych lub nielegalnych) aktów. Niekwestionowaną rolę pełni na tym polu organ ustrojowy, jak w szczególności Trybunał Konstytucyjny<sup>122</sup>. W rzymskiej rzeczywistości prawnej tę funkcję *via facti* uzyskał Senat<sup>123</sup>, zaś w praktyce rolę taką pełniła także jurysprudencja, choć oczywiście deklaracje co do „wiązania” danej normy obu tych podmiotów miały inny charakter i skutki systemowe. Należy także sprecyzować, że interwencja Senatu w porządek normatywny oznaczała w tym zakresie nie tyle konstytucyjną *abrogatio sensu stricto*, czyli uchylenie ustawy uznanej

122 A. Grabowski, *Prawnicze pojęcie obowiązywania*, s. 504 i n., 518 i n., 524 i n.; zob. też A. Grabowski, B. Naleziński, *Kłopoty z obowiązywaniem, passim*.

123 Podkreślić należy, że w zasadzie większość przedstawicieli współczesnej romanistyki przyjmuje, że uznanie możliwości dokonania kasacji ustawy uchwalonej przez *populus* było raczej skutkiem rzeczywistego wzrostu znaczenia politycznego Senatu, niż przyznania mu formalnie takiej kompetencji: zob. przykładowo: A. Lintott, *Violence in Republican Rome*, Oxford 1968, s. 136 i n., 148; F. De Martino, *Storia della costituzione Romana*, 2. ed, vol. III, Napoli 1973, s. 312, przyp. 44; J. Bleicken, *Lex publica*, s. 463–468; M. Talamanca, *Lineamenti di storia del diritto romano*, 2. ed, dir. M. Talamanca, Milano 1989, s. 202; L. de Libero, *Obstruktion*, Stuttgart 1992, s. 87–88; zob. też hipotezę P. Willemsa, *Le Sénat de la République Romaine. Sa composition et ses attributions* (1883–1885), vol. 2, repr. Aalen 1968, s. 111–120, w szczeg. s. 112, że Senat, od czasu wydania *lex Publilia Philonis* (339 p.n.e.) oraz *lex Moenia* (292 p.n.e.), utracił w zasadzie swą konstytucyjną kompetencję, by stwierdzać, że ustawa została wydana ze złamaniem reguł proceduralnych i w konsekwencji odmówić *auctoritas patrum* z powodów formalnych, lecz, po zbadaniu sprawy, jedynie stwierdzał (deklarował), że dana ustawa nie wiąże, autoryzując niejako w ten sposób magistraturę do odmowy wykonania jej zaleceń; podobnie: O’Brain Moore, *PWRE Suppl.* 6 (1935), szp. 745; G. Rotondi, *Leges Publicae Populi Romani. Elenco cronologico con una introduzione sull’attività legislativa dei comizi romani*, estr. Enciclopedia Giuridica Italiana, repr. Hildesheim 1966, s. 166–167; P. Cerami, *Potere ed ordinamento nell’esperienza costituzionale romana*, 3. ed, Torino 1996, s. 139.

z określonego powodu za „nielegalną”, w szczególności z powodu naruszenia komicjalnej procedury ustawodawczej (*lex per vim, contra intercessionem*, czy też *contra auspicia creata/rogata*<sup>124</sup>), ale deklaracje, w której stwierdzano, że *populus* nie jest związany daną ustawą: *ea non videri populum teneri*<sup>125</sup>. Oczywiście, osiągnano w ten sposób efekt zbliżony do uchylecia, bowiem ustawa traktowana była jako nienależąca do bloku normatywnego *leges publicae populi romani*. Inaczej mówiąc, poprzez deklarację *ea lege populum non teneri*, Senat nie deklarował nieważności ustawy, ale jedynie jej nieobligatoryjność, a więc niewiążący charakter dla adresata przewidzianych w niej dyspozycji. Z kolei rzymscy juryści, nie wypowiadając się na temat samego aktu (czynności) normowania, podejmowali zgoła inne działania niż wspomniane deklaracje Senatu, zbieżne funkcjonalnie z decyzjami, które podejmuje się dziś w przypadku stwierdzenia niekonstytucyjności lub nielegalności aktu normatywnego<sup>126</sup>. Generalnie bowiem rzymska jurysprudencja szukała uzasadnienia kompetencji podmiotu do stanowienia prawa powszechnie obowiązującego albo dokonywała uzgodnienia treści rozwiązania w celu przywrócenia stanu *ius certum*, który to moment oznaczał zgod-

124 Przykładowo: Cic. *Phil.* 1.21–26; 5.4.10; 11.6.13; 1.5.12; *Idem dom.* 20.53; *Idem de Leg.* 2.31; 3.19.45; Liv. *Epit.* 71; Flor. 3.17–6; App. *b.c.* 1.244; 3.115–116.

125 Ascon. *In Cornel.* 68–69; Cic. *Phil.* 5.4.10; 12.5.12; *Idem dom.* 16.14.

126 Zob. A. Grabowski, *Prawnicze pojęcie obowiązywania*, s. 524 i n. Niektórzy współcześni romanisci widzą w takim mechanizmie odpowiednik dzisiejszego stwierdzenia niekonstytucyjności ustaw przez odpowiedni organ upoważniony do badania konstytucyjności aktów prawnych. Zob. przykładowo: G. Nocera, *Il potere dei comizi e i suoi limiti*, Milano 1940, s. 287, który wspomina o funkcji „nomofilaktycznej” Senatu. Warto także wspomnieć o greckich konstytucyjnych gwarancjach legalności nowo promulgowanych norm prawnych w postaci skargi o nielegalność dekretu, o jego niezgodność z obowiązującymi ustawami (*γραφῆ παρανόμων*) oraz skargi o niecelowość uchwalonego prawa (*γραφῆ νόμων με ἐπιθδεν θειναι*): H. Kupiszewski, *Formazione delle leggi e forme del loro controllo nell’Atene del IV sec. a.C.* [w:] *Festschrift für A. Kränzlein. Beiträge zur Antiken Rechtsgeschichte*, Hrsg. G. Wesner, H. Stiegler, G. Klingenberg, M. Rainer, Graz 1986, s. 63–68 [= *Scritti Minori*, Napoli 2000, s. 465–472], wraz z dalszą literaturą.



ność z generalnymi zasadami ustrojowymi Rzymu, którego porządek budował się oczywiście na konstytucji niepisanej. W ten sposób jednak konieczne wydaje się wprowadzenie rozróżnienia kompetencji na kompetencję do normowania i kompetencję do prawodawstwa – legislacji *sensu stricto*, jako konsekwencji kategoryjnego rozróżnienia legislacji oraz normowania.

Kolejną tezę do dyskusji, jaka się narzuca, wydaje się być problem skutków, jakie niosło ze sobą stwierdzenie „niestosowalności” rozwiązania prawnego przez jurysprudencję. Widzieć tu można problem analogiczny do tego, który powstaje współcześnie w przypadku stwierdzenia nieobowiązania normy przez organ kompetentny do badania zgodności norm z innymi normami o charakterze podstawo-

w drodze jej eliminacji, wskazuje się dziś w prawnictwie: konieczność stosowania formalnie derogowanych przepisów prawnych dla zdarzeń, które miały miejsce w momencie ich obowiązywania (tzw. zasada *tempus regit actum*), lub też przywrócenie obowiązywania dawnych norm w przypadku uchylecia przepisów względem nich derogacyjnych<sup>128</sup>. Inaczej mówiąc, chodzi o pytanie o faktyczną możliwość zajścia sytuacji, że prawo nieobowiązujące będzie mogło/musiało zostać zastosowane. Jak się wydaje, rzymska jurysprudencja w zasadzie w ogóle problemów takich nie napotyka, bowiem dzięki istnieniu określonych mechanizmów autoregulacji, wspomniane sytuacje się nie aktualizowały. W przypadku bowiem formalnej derogacji – która choć wyjątkowo, miała jednak miejsce – o normie derogowanej *expli-*



## **Norma „niestosowalna” – nieobowiązująca w danej sprawie mogła w innym przypadku znów obowiązywać w sensie bycia podstawą rozwiązania.**

wym czy ustrojowym, czyli, inaczej mówiąc, do badania konstytucyjności ustaw<sup>127</sup>.

W rzymskiej rzeczywistości prawnej w przypadku jurysprudencyjnego uznania „niestosowalności” [sc. „nieobowiązania”] trudno mówić o konstytutywności takiej kwalifikacji. Uznanie „niestosowalności” to raczej deklaracja, która w sensie systemowym nie wpływała na byt rozwiązania prawnego. Norma „niestosowalna” – „nieobowiązująca” w danej sprawie mogła bowiem w innym przypadku znów obowiązywać w sensie bycia podstawą rozwiązania. Wydaje się więc, że stwierdzenie „niestosowalności” miało cel bardziej precyzujący – klaryfikujący w odniesieniu do zakresu stosowalności, niż eliminujący.

Jako jedne z najbardziej problemowych skutków systemowych uznania nieobowiązania normy

*cite* – jak wspomniano – w zasadzie się zapomina, tak więc ewentualny problem intertemporalnego stosowania przepisów formalnie derogowanych nie powstaje. Co więcej, w przypadku konieczności zagwarantowania osiągnięcia takich wartości, jak *humanitas, aequitas*, czy generalnie stanu *iustitia*, w przypadku powstania w ten sposób luki w prawie, z uwagi na ów pluralizm normotwórczy zawsze znajdował się podmiot, który proponował rozwiązania, w szczególności zaś była to jurysprudencja, która w takich przypadkach nie stawiała pytania: czy jest możliwe znalezienie rozwiązania? ale: jak je znaleźć? Inaczej mówiąc, taka możliwość znalezienia rozwiązania była więc założona przez samą identyfikację problemu prawnego. Podobnie kwestia konieczności odżycia obowiązywania norm formalnie derogowanych, co dziś tłumaczy się koniecznością

127 A. Grabowski, *Prawnicze pojęcie obowiązywania*, s. 524 i n.; A. Grabowski, B. Naleziński, *Kłopoty z obowiązywaniem, passim*.

128 A. Grabowski, *Prawnicze pojęcie obowiązywania*, s. 532 i n., 544 i n.

„ochrony konstytucyjnych praw i wolności”, także w optyce rzymskiej nie powstaje, bowiem, poza przypadkami derogacji *explicite*, generalnie można przyjąć, że „odżywanie” miało miejsce niemal cały czas, bowiem rozwiązanie, które chwilowo nie miało znaczenia aplikatywnego („niestosowalne”, czyli „nieobowiązujące”), w każdej chwili mogło zostać niejako „odkurzone”. Inaczej jeszcze mówiąc, jak stwierdził A. Guarino, norma nie była ostatecznie eliminowana z „systemu normatywnego”, ale „considerata in letargo, e poteva in ogni momento essere richiamata in vita”<sup>129</sup>.

129A. Guarino, *Storia del diritto romano*, 12. ed, Napoli 1998, s. 286. Por. uwaga F. Schulza na temat istoty rzymskiej *desuetudo*: Eine Lex kann tatsächlich in desuetudinem kommen, aber das heißt eben nichts weiter, als daß die gesetzliche

Na zakończenie warto przedstawić jeszcze jedno spostrzeżenie: z powodu rozumienia „obowiązania” prawa przez pryzmat jego „stosowalności”, można śmiało stwierdzić, że na pytanie o związanie organu stosującego prawem obowiązującym w trakcie podejmowania decyzji dotyczących stosowania prawa, w rzymskiej rzeczywistości prawnej należałoby odpowiedzieć, że skoro ustala się obowiązywanie przez stosowalność, zawsze „stosuje się prawo stosowalne” – czyli „obowiązujące”.

---

Rechtsnorm tatsächlich nicht angewandt wird; auch wenn die Nichtanwendung geraume Zeit währt, ist das Gesetz gleichwohl nicht beseitigt, es kann jederzeit wiederum zur Anwendung kommen.”: *Prinzipien des römischen Rechts* (1934), 2. Aufl. Berlin 2003, s. 9–10.