



MARCIN LESZCZYŃSKI
UNIwersytet Łódzki

RZYM, EUROPA, ŚWIAT – PRAWO RZYMSKIE JAKO *RATIO SCRIPTA*

W zbiorze esejów *Kulturowe wartości Europy* autorzy wielokrotnie wskazują na pochodzenie tego, co nazywają wartościami kulturowymi. Podkreśla się tu różne tradycje, które mają stanowić źródło dla owych wartości, co ma uwidocznąć skomplikowaną genealogię „europejskości”. W wielu miejscach pojawia się następująca triada: Ateny, Rzym i Jerozolima:

Grekom zawdzięcza Europa ducha filozofii, przełom prowadzący do nauki, otwartość sztuki. To skądinąd dziedzictwo, którego przekazanie zawdzięczamy w istotnej mierze średniowiecznemu islamowi. Rzymianom zawdzięcza Europa ustanowienie porządku prawnego, zmysł jedności politycznej i zinstytucjonalizowanej władzy. Jerozolimie wreszcie zawdzięcza Europa Biblię, formującą ją religię i charakterystyczną dla niej wizję relacji między Bogiem a człowiekiem (Huber, 2012, s. 57).

Hans Jonas we wstępie do tego zbioru ponadto dodaje do „zasług” prawa rzymskiego „praktykę i język administracji” (Jonas, 2012, s. 22), którą my, Europejczycy, otrzymaliśmy w spadku od państwa rzymskiego. Powiernikiem tego testamentu był Kościół i prawo kanoniczne.

W poniższym artykule zastanowię się w jakim sensie prawo rzymskie może być uznawane za „(żywą) tradycję” czy „wartość kulturową” (jako całość, bądź w sensie *vehiculum* pewnych wartości), co często podnoszone jest przez romanistów, tak polskich, jak i zagranicznych. Idąc za sugestią Kodrębskiego, że „ten mit prawa rzymskiego stanowi interesujący problem badawczy z dziedziny historii mentalności” (Kodrębski, 1990, s. 215), postaram się podać pewne motywy, które mogą być użyteczne przy sporządzeniu takiej historii mentalności. Muszę tu podkreślić, że nie jest w moim zamierzeniu, ani w

mej mocy, podważanie sensowności ustaleń romanistów w zakresie badań nad prawem rzymskim w jego historii czy nawet wniosków z działalności komparatystycznej. Zainteresowała mnie przede wszystkim ekstrapolacja pewnych twierdzeń pod względem treści (utożsamianie prawa rzymskiego z prawem natury) i, w konsekwencji, pod względem historycznym czy raczej anachronicznym (konieczność uwzględnienia prawa rzymskiego w budowaniu przyszłego prawa). Przyjrzyjmy się zatem po kolei poszczególnym elementom tej układanki.

Prawo rzymskie jako fundament prawa europejskiego

Wśród prawników, zwłaszcza romanistów i cywilistów (Kuryłowicz, 2011, s. 20) istnieje przekonanie, że prawo rzymskie stanowi fundament (cokolwiek to znaczy w szczegółach) prawa europejskiego. Nie chodzi tu o prawo europejskie w wąskim znaczeniu, czyli o normy prawa wewnętrznego Unii Europejskiej. Określenia „prawo europejskie” będę używał w znaczeniu szerokim, czyli takim, którym najczęściej określa się inaczej *ius commune* – prawo powszechne, wspólne krajom europejskim. Prawo europejskie w wąskim sensie, który kojarzymy z Unią Europejską ma mniej więcej podobną relację do *ius commune*, jak inne ustroje prawne państw Europy.

Co to oznacza? Prawo europejskie (*ius commune*) w opinii wielu historyków prawa równoważne jest pewnej tradycji prawnej, tworzy pewną „kulturę prawną” (Kuryłowicz, 2001) czy jest też repozytorium głównych rozwiązań prawnych, wspólnych wszystkim krajom europejskim, chrześcijańskim czy może wreszcie globalną płaszczyzną prawa prywatnego.

Co możemy odnaleźć w prawie rzymskim i jaka może być jego funkcja współcześnie? Odpowiedź na tak postawione pytanie wymaga pewnego wyjaśnienia. Po pierwsze, prawo rzymskie, o którym tu mowa to przede wszystkim pewna wersja prawa rzymskiego, nazywana również prawem klasycznym (Giario, 2008, s. 21). Wyróżnia się różne okresy w starożytnej historii prawa rzymskiego, natomiast to prawo rzymskie, które obrosło w mit, to pewien wyimek z tej historii. Druga sprawa dotyczy późniejszego „życia” prawa rzymskiego, w którym wyróżnia się również kilka okresów¹. Dość powiedzieć, że „drugie życie”

¹ Zwięzły i interesujący skrót tej historii przedstawił Tomasz Giario w *Roman Law Always Dies with a Codification* (Giario, 2008).

prawa rzymskiego rozpoczyna się na przełomie XI i XII wieku w Europie wraz z powstaniem uniwersytetów, odkryciem *Digestów*, krystalizacją prawa kanonicznego i jego problematyki². Spadek zainteresowania prawem rzymskim przypada na okres od XVII wieku, kiedy to zaczęły triumfować różne wersje filozofii prawa natury. Badania nad treścią prawa natury w zasadzie zastąpiły badania nad prawem rzymskim i to właśnie ono, prawo natury, przejęło funkcje *ratio scripta* (Borucka-Arctowa, 1957, s. 12).

Kolejny „renesans” prawa rzymskiego przypada na wiek XIX, kiedy dokonano swoistej „kodyfikacji” prawa rzymskiego dzięki działalności niemieckich Pandektystów. W wyniku prac nad prawem rzymskim i dzięki jego uporządkowaniu stworzono podstawę dla kodyfikacji obowiązującego prawa w Niemczech. Zwieńczyło je uchwalenie w 1896 roku *Bürgerliches Gesetzbuch* (czyli niemieckiego kodeksu cywilnego) i jego wejście w życie cztery lata później. Po tej kodyfikacji zrezygnowano z włączenia historii prawa rzymskiego do nauczania akademickiego prawników – kodeks stanowił zerwanie z dotychczasową tradycją w tym sensie, że wyłączono z pracy prawnika konieczność analizy historycznej. Zainteresowanie prawników powinno ograniczać się tylko do prawa obowiązującego. Jednakże, od niedawna daje się zaobserwować wyraźny powrót zainteresowania prawem rzymskim na europejskich uniwersytetach.

Obecnie wyodrębnia się kilka możliwych funkcji prawa rzymskiego, które mogłoby ono pełnić współcześnie. Tomasz Giaro formułuje trzy postawy wobec tego zagadnienia:

- (1) kiedyś istniało prawo wspólne całej Europie i może to stanowić, jako takie, zachętę dla budowniczych nowego *ius commune*, (2) pewna określona treść starego *ius commune* może być nadal inspirująca, (3) pewna treść tej tradycji prawnej musi być pozytywnie naśladowana (Giaro, 2008, s. 23-24)

Oprócz tego, w związku z (2) i (3), podkreśla się, że prawo rzymskie może stanowić *tertium comparationis* (Kuryłowicz, 2001 s. 16) w komparatystyce prawniczej, ale również funkcjonować jako „idealne” prawo. Chodzi wtedy przede wszystkim o to, co nazywa się w prawoznawstwie instytucjami³. W wersji skromniejszej, mówi się, że

² Instytucje to pojęcia i konstrukcje prawne, które zawierają jakąś niezbędną treść o danym stosunku prawnym (funkcjonalny związek między normami) i pozwalają na jego dookreślenie w konkretnej sytuacji.

prawo rzymskie zawiera podstawowe zasady rozumowań prawniczych i argumentacji (Giario, 2011). Niektórzy widzą w nim nawet skarbnicę wartości etycznych, które ujawniają się, gdy próbuje się z tradycją prawa rzymskiego zerwać (Wołodkiewicz, 2009, s. 98-108; Kuryłowicz, 2001, s. 13-14). Ta ostatnia kwestia jest wyjątkowo kontrowersyjna, choćby dlatego, że prawo rzymskie pozwalało na niewolnictwo. Wybór zatem tych wartości, które akurat uważamy za istotne nie wynika wprost z treści prawa rzymskiego.

Kulturowe wartości Europy a tradycja

Hans Jonas w przywoływanym już *Wprowadzeniu* przedstawia po krótku swoją koncepcję wartości. Odróżnia je od dwóch innych pojęć: norm i pragnień. Normy posiadają treść, w której mogą zawierać się jakieś wartości, jednak charakter norm jest od wartości odmienny. Normy są „restrykcyjne, a wartości atrakcyjne” (Jonas, 2012, s. 14). Fenomenologia wartości przyjmuje, że przywiązanie do wartości musi posiadać element pasywności – wartości nas „chwytają” i to nie my decydujemy o ich przyjęciu. Zakładałoby to bowiem możliwość „zdystansowanego, manipulacyjnego, a nawet eksperymentalnego stosunku do naszych wartości” (Jonas, 2012, s. 13). Ponadto, owe „pochwycenie” nie jest tożsame z uwięzieniem ani ograniczeniem, wartości nadają ton naszym działaniom w sposób, który odbieramy jako głos sumienia. Nie jest to jednocześnie jedynie subiektywny głos. Jonas pragnie wyraźnie oddzielić wartości od pragnień, z którymi mogłyby zostać utożsamione na podstawie powyższego opisu. „Wszak podczas gdy pragnienia zawierają to, co faktycznie upragnione, wartości wyrażają nasze wyobrażenia o tym, czego warto pragnąć” i są one również „silnie nacechowanymi emocjonalnie wyobrażeniami o tym, czego warto pragnąć” (Jonas, 2012, s. 14).

Czym byłyby zatem kulturowe wartości Europy? Jeśli dobrze rozumiem przymiotnik „kulturowy”, to odnosi on problem wartości do konkretnej kultury, a nie, na przykład, do ludzkiego gatunku w ogóle. Zakłada to pewną wewnętrzną zmienność owych wartości i różnicowanie pomiędzy poszczególnymi kulturami. Wartości, o których mowa, są zatem związane z kulturą Europy. Czy ściśle? Nie, w tym oto sensie, że jeśli są to upragnione wartości, to zrozumiała jest chęć ich uniwersalizacji. Nie zmienia to jednak pewnego ekskluzywnego

charakteru tych wartości, czy to pod względem nasilenia czy historycznej genealogii. Z kolei rozmytość terminu „Europa” pozostaje bliżej nieopisana i tak też proponuję ją pozostawić.

Kiedy już wiemy, czym miałyby być kulturowe wartości Europy, chciałbym postawić pytanie: czy prawo rzymskie może aspirować do bycia taką wartością? Takie sformułowanie wydaje się chyba dość niezręczne. Do prawa można żywić szacunek ze względu na jakieś wartości, które ono urzeczywistnia. Jednak w przypadku prawa rzymskiego sprawa wyglądałaby inaczej. Ono samo bywa uznawane za wartość samą w sobie, za zwieńczenie dorobku wielu pokoleń prawników i historyków prawa. I jako takie pełnić może różne funkcje, w tym również może być „pomnikiem” myśli i kultury prawnej. Nie oznacza to jednak, że pewne wartości, które można w nim odnaleźć (ochrona własności, wolność obywatelska) mogą być chronione tylko, gdy to odwołujemy się do tego prawa, ani też nie jest konieczny związek genetyczny między tymi wartościami a jakąkolwiek postacią prawa, w tym rzymskiego.

Z drugiej strony, powszechnie mówi się również o pewnej tradycji w prawie, w szczególności o zachodnioeuropejskiej tradycji prawnej. Myśl o trwałym i dość jednorodnym charakterze takiej tradycji lansuje Harold J. Berman w dwóch częściach swego opus magnum *Prawa i rewolucji*. Pierwszy z dwóch wydanych tomów zawiera w podtytule właśnie powyższe sformułowanie: *Kształtowanie się zachodniej tradycji prawnej*. Pomysły Bermiana wydają mi się dość emblematyczne i jednocześnie wyjątkowo zaawansowane filozoficznie w podjętym przez mnie problemie, dlatego omówię poniżej dokładniej jego poglądy.

Berman rozwija swoją myśl dokonując pewnego zabiegu semantycznego, który pozwala mu mówić o ciągłości kultury prawnej w Europie. Czytając *Prawo i rewolucję* łatwo zauważyć można, że prawo, jak przystało na tekst pisany przez prawnika, staje się instytucją żyjącą własnym życiem, mającą kaprysy, dni chwały, żądania, wymogi i wiele innych cech, które przypisujemy raczej istotom żywym. Pomijając tę rzucającą się w oczy antropomorfizację jako użyteczną metaforę, która przecież jest również obecna w języku potocznym, trzeba zwrócić uwagę na to, co stoi za tym zabiegiem. Berman słusznie zauważa, że, jeśli zapytać prawnika o to, czym jest prawo, udzieli on odpowiedzi, która nie budzi większych wątpliwości. Powie, że prawo to zbiór obowiązujących norm. Taka odpowiedź jest raczej niesatysfakcjonująca dla kogoś, kto

mówiąc „prawo” ma na myśli coś więcej, niż „kodeksy”. Po pierwsze, co zauważa Berman, „zbyt wąski pogląd na prawo uniemożliwia owocne studiowanie go przez specjalistów innych dyscyplin – historyków, politologów, socjologów, filozofów” (Berman, 1995b, s. 13)⁴. Po drugie, wąskie rozumienie prawa uniemożliwia badanie go w szerszym kontekście tak historycznym, jak i narodowym (Berman, 1995b, s. 18, 24). Berman posuwa się nawet do stwierdzenia, że nacjonalizm i nadmierna specjalizacja w obrębie nauk społecznych i historycznych wynika po części właśnie z tak wąskiego rozumienia prawa (Berman, 1995b, s. 14).

Wiadomo już, że prawo nie może być rozumiane wąsko na modłę pozytywistyczną. Zatem, jaka wizja prawa odpowiada postawionemu przez Bermana zadaniu? Prawo w funkcjonowaniu, a nie w kodeksach – to na pewno. Praktyka prawna obejmuje nie tylko normy, ale również instytucje prawne i procedury, wartości, pojęcia oraz sposoby myślenia. Obejmuje to, co nazywa się czasem „postępowaniem prawnym”, a co po niemiecku zwie się *Rechtsverwirklichung*, czyli sprawowanie prawa (Berman, 1995b, s. 18).

Zakres znaczeniowy terminu prawo jest w zasadzie nieograniczony, bo wykracza poza samą regulację. Obejmuje również, jak pisze Berman, prawo wyborcze, negocjowanie umów, wydawanie dokumentów, na których „mocy” przecież Zachód stoi. Ponadto, „praktyka prawa w działaniu to również ludzie je stanowiący, sądzący, negocjujący czy też dokonujący innych czynności prawnych” (Berman, 1995, s. 18).

Oczywiście, z drugiej strony, łatwo jest przystać na opinię (będąc pozytywistą czy konwencjonalistą), że ten, kto stanowi prawo, suweren, jest prawem. Berman sądzi jednak, że stawianie sprawy w ten sposób, to znaczy tworzenie fikcji suwerena, nie pozwala na wyjaśnienie pojęcia „prawo”. Wynika to, przynajmniej, z dwóch faktów. Po pierwsze, tworzenie prawa jest ściśle związane z nauczaniem prawa;

z jednej bowiem strony przekazywana wiedza opisuje te instytucje, z drugiej natomiast to, co się o nich mówi w uczonych traktatach, w artykułach i audytoriach, konceptualizuje i systematyzuje je, bez czego nie stanowiłyby spójnego systemu. (...) Prawo zawiera więc w sobie wiedzę o samym sobie (...) (Berman, 1995b, s. 22).

³ Podobną opinię można znaleźć u Jacques'a Le Goffa (1986, s. 23-63).

Oprócz „edukacyjnej” dialektyki Berman zwraca uwagę również na skomplikowaną relację historyczności prawa i jego treści. Historia prawa ma charakter względnie niezależny od historii „powszechnej”, pojmowanej potocznie jako zapis relacji dyplomatycznych między rządami poszczególnych krajów.

W rezultacie, by mówić o tradycji prawnej w historii i na Zachodzie, czyli poza konwencjonalnymi granicami państw, należy przyjąć szerokie rozumienie prawa. Trwałość instytucji, nauczania i zasad z egzystencjalnego punktu widzenia jednostki „transcenduje” indywidualną biografię. Niesie to ze sobą dwa skutki. Po pierwsze, można wtedy przyjąć taki punkt widzenia, który umożliwia Bermanowi spojrzenie na prawo w Europie *en bloc*, przynajmniej od XI wieku. Z drugiej strony, Berman może utrzymywać, że chce być gdzieś „poza Marksem i Weberem” (niezależnie od fałszywości tego zestawienia i nie przesądzając, czy mu się to udaje). Szerokie znaczenie prawa to również wiele możliwości użycia tego słowa: od antropomorfizmów przytoczonych wcześniej do pojmowania prawa jako „czynnika” czy raczej „naczynia”, w którym przechować można np. scholastyczne metody godzenia przeciwieństw (Kuttner, 1960).

Prawo ponadto nie należy tylko do sfery idei, polityki, ani też sfery materialnej, stosując tutaj terminologię Marksa. Dla Bermana fakt ten jest świadectwem fałszywości tej dychotomii (Berman, 1995b, s. 645), charakterystyka musi obejmować obydwa ujęcia (Berman, 1995b, s. 646). Prócz tego, Berman wskazuje też na quasi-religijną, „świętą” stronę prawa. Prawo realizuje się w rytuale, który u źródeł zawsze jest religijny. Niezbędny element teatralności pewnych gestów (Berman, 1974, s. 32), w czasie procesu, czy przy podejmowaniu zobowiązań (na przykład małżeńskich) istnieje nadal w prawie zachodnim, mimo jego sekularyzacji. Prawo w perspektywie sakralnej wywołuje też pewne emocje, żąda od ludzi, by „ubóstwiali” je, wtedy w rzeczywistości ono działa (Berman, 1974, s. 29, 144). Prawo stanowi też, najogólniej rzecz ujmując, „społeczne uporządkowanie”, porządek (Berman, 1974 s. 24). Potrzeba jego zastosowania pojawia się, gdy, jak mówi, nie trzeba użyć siły, ale nie można odwołać się do przyjaźni, by rozwiązać konflikt (Berman, 1995a, s. 26).

W powyższym ujęciu prawo ma zatem swoją historię. Historię, która podlega *wyrażeniu*. W opinii Bermana można mówić o tym, że przeszłość (prawa) podlega interpretacji, by służyć rozwiązywaniu

problemów współcześnie i, na ile to możliwe, w przyszłości. Ciągłość prawa w Europie Zachodniej jest faktem (Berman, 1995b, s. 23). Owa ciągłość zakłada nie tylko istnienie wyraźnej tradycji, w której Berman wyróżnia szereg cech charakterystycznych, ale również umożliwienie *istnienia* takiej tradycji, niezależnie od zachodzących przemian społecznych, nawet o charakterze rewolucyjnym. Rewolucją, która ustaliła, co oznacza „tradycja prawna Zachodu” i samo pojęcie „rewolucja”, był tak zwany spór o inwestyturę i prawne skutki, które wyniknęły z tego konfliktu. Wtedy to prawo uzyskało autonomię nieznaną wcześniej, pozycję niezależną od władzy, z możliwością nauczania go w samorządnych uniwersytetach⁵. Sama historia rewolucji papieskiej (*papal revolution*), bo takiego określenia używa Berman, nie będzie tu istotna. To, o czym trzeba powiedzieć, to jakie cechy ciągłości prawa udało się wytworzyć i czym zatem dokładnie jest historyczność prawa.

Autor *Prawa i rewolucji* wymienia dziesięć, wedle swojej numeracji, cech tradycji prawnej Zachodu. Skrótowo przedstawia się to w ten sposób:

1. samoistność prawa względem innych typów instytucji,
2. istnienie prawników, którzy z administrowania instytucjami prawnymi uczynili swój zawód,
3. zawodowy charakter prawników podkreśla odrębność dziedziny nauczanej i wykładanej,
4. nauczanie prawa „pozostaje w skomplikowanym, dialektycznym związku z instytucjami prawnymi” (Berman, 1995b, s. 22) – (chodzi tu o zjawisko komentowania prawa, np. poprzez pisanie podręczników, które *de facto* stanowią źródło wiedzy o prawie podczas studiów prawniczych),
5. prawo ma przedstawiać zwarty system norm i zasad, które pochodzą z różnych źródeł, różnych jurysdykcji (we współczesnej perspektywie jest to np. problem stosowania prawa Unii Europejskiej); zasady dotyczą również godzenia norm przeciwnych lub częściowo sprzecznych,
6. wiara w wielowiekową żywotność prawa i jego rozwoju, co jest ściśle związane z zasadą systemowości,

⁴ Oczywiście chodzi tu o Uniwersytet w Bolonii. Był to jednak szczególny przypadek modelu organizacji uniwersytetu, którego przeciwieństwem był Uniwersytet w Paryżu (Markowski, 2003, s. 131 i n.).

7. rozwój prawa podlega pewnej wewnętrznej logice, z punktu widzenia *ex post* zmiany w jego obrębie nie są przypadkowe
8. „konstytucjonalność” prawa względem władzy sprawującej rząd w danym momencie; *rule of law*,
9. pluralizm jurysdykcji,
10. prawo zmienia się pod wpływem napięć, których jest powodem, zachowuje jednakże swój nieodmienny charakter, przeciwdziałając rewolucji totalnej.

W ostatnim punkcie widać wyraźnie, że Berman jest poniekąd zwolennikiem koncepcji Kuhna rozwoju nauki w sposób skokowy, jako zmiany „paradygmatu”. Z przyjęciem takiej perspektywy w przypadku prawa wiążą się różne trudności, których Berman jednak częściowo unika. Uda mu się to dzięki zachowaniu pojęcia ciągłości i dopuszczenia zmian gwałtownych (zerwań). W tej kwestii Berman jest wielkim dłużnikiem, nie zawsze rzetelnie ujawnianym, Eugena Rosenstock-Huessy’ego i jego koncepcji rewolucji (Rosenstock-Huessy, 2013).

Powyższa kwestia jest niezwykle istotna, gdyż Berman wyprowadza z takiego spojrzenia dwa daleko idące wnioski. Pierwszy to kwestia paradygmatycznego, w podwójnym sensie, charakteru wspomnianej rewolucji papieskiej z punktu widzenia prawa średniowiecznego. Berman uważa, że sięgnięcie do prawa rzymskiego, jego ponowne „odkrycie” pozwoliło na wyodrębnienie się prawa w jego współczesnym kształcie. To znaczy, że od tamtej chwili, spełnia ono powyżej wymienione cechy⁶. Jeśli spełnia też tezę 10, to niedaleko do zrozumienia, na czym polega ta paradygmatyczność. Prawo nie tylko „przeżywało” każdą rewolucję, ale też ją w ogóle umożliwiało i warunkowało jako miejsce, gdzie zbiegają się wszystkie napięcia społeczne; w czasie spokoju prawo działa, jako czynnik jednoczący, jednak ze względu na jego pochodzenie z „góry” i z „dołu”, widać w nim od razu, kiedy prawo wymaga rewolucyjnego „odświeżenia” (Berman, 1995b, s. 646). Rewolucja papieska stała się swoistym modelem dla każdej kolejnej rewolucji: ustanawianie „nowego” za pomocą „przeszłego”.

⁵ Przynajmniej pierwsze cztery, bo, jak łatwo się domyślić, prawoznawstwo zatraciło świadomość pozostałych cech, co wynika z nadmiernej specjalizacji, formalizmu etc., (Berman, 1995b, s. 51-53).

Uświadomienie sobie tych problemów równoznaczne jest z zaakceptowaniem tezy o historyczności prawa. Chodzi tu o już podnoszony postulat „dodania” kolejnego wymiaru, nie tylko teoretycznego, do badań nad prawem. Historyczność mówi właściwie tylko tyle, że prawo ma *wymiar historyczny*, co jednak wcale nie jest taką oczywistą sprawą. Toulmin podkreśla, że wraz z nastaniem epoki nowożytnej, zaczęto wymagać od filozofii, nauk przyrodniczych i w końcu medycyny oraz prawa, że będą miały charakter pisany, uniwersalny, ogólny i *bezczasowy* (Toulmin, 2005, s. 51-55). Jak sądzę, szkoła historyczna zapewnia właśnie uznanie i badanie aspektu historyczności prawa. Berman odróżnia tę cechę od historycyzmu, który oznacza dla niego naiwne poszukiwanie w przeszłych normach treści możliwych do zastosowania dziś, w przekonaniu, że prawo się *de facto* nie zmienia. Historyczność oznacza zmienność w ramach historii, czyli samo dostrzeżenie faktu, że prawo ma wymiar historyczny musi prowadzić do uwzględnienia tego wymiaru, by zrozumieć istotę prawa czy badać jego treść i sens. Tego rodzaju historyczność była sprawą oczywistą, jak twierdzi Berman, już dla pierwszych glosatorów – to nie dzięki niemieckiej szkole historycznej zaczęto badać historię prawa. Przekonanie o takiej potrzebie istniało zawsze wśród prawników. Zmiany w prawie zdają się, przynajmniej dla potomnych, mieć ukryty *sens* i wewnętrzną *logikę*, a rozwój prawa ma charakter *organiczny*.

Współczesność i przyszłość prawa rzymskiego

Debata na temat historii prawa i w szczególności prawa rzymskiego nie jest przebrzmiałym tematem. Dość kuriozalny przykład tej kontrowersji znaleźć można w tekście Giorgio Agambena pod tytułem „*Imperium łacińskie*” kontra *niemieckie supermocarstwo* (Agamben, 2013a). W tekście tym włoski filozof powraca do koncepcji Alexandre’a Kojève’a przedstawionej w równie dziwnym odczycie *Esquisse d’une doctrine de la politique française*. Z komentarza Agambena wynika, że zawarta w tym *Zarysie* doktryna przewidywała powstanie konkurencyjnego wobec Niemiec imperium łacińskiego. Skupiałoby ono tak zwane południe Europy – kraje, które pokrewne są wobec siebie językiem (i tradycją z nim związaną). Agamben rozszerza tę tezę odwołując się do pojęcia formy życia. Forma życia państw takiego

imperium jest inna od reszty krajów. Sprowadza się do sloganu użytego w tekście: „Nie będzie Grek żył jak Niemiec”.

Pomijam tu wszystkie zarzuty, którymi zaatakowano Agambena (Kaube, 2013). Są one wielorakie i wskazują przede wszystkim na kłopoty z ustaleniem „południowej” tożsamości. Ponadto, Marta Bucholc słusznie zarzuciła Agambenowi zapatrzenie w przeszłość i poszukiwanie jedynie tam tożsamości dla wspólnoty (Bucholc, 2014). Na ten element chciałbym zwrócić uwagę. W wywiadzie dla Frankfurter Allgemeine Zeitung Agamben (2013b) tłumaczy, że chodziło mu właśnie o pewne elementy tradycji, o których się zapomina, a które są niezbędne do budowania Unii Europejskiej (czy jakiegokolwiek wspólnoty europejskiej). Ta niezbędność zasadza się właśnie na pewnym „materialnym” zakorzenieniu. Obecna polityka Unii oparta jest według Agambena na uwzględnianiu jedynie warunków ekonomicznych i celów gospodarczych. Tymczasem jednym z obszarów, który powinien podlegać rewitalizacji jest również tradycja prawna.

Agamben niewątpliwie ma rację wskazując na kłopoty Unii Europejskiej. Jednak czyni to reprodukcją pewne anachronizmy w imię tradycji. Sam podział na kraje łacińskie przeciwko Niemcom odzwierciedla, między innymi, konflikt pomiędzy romanistami wskazującymi na powszechność prawa rzymskiego w Europie a tymi badaczami, którzy skłaniali się do upatrywania w prawie niemieckim niezależności od prawa rzymskiego. Założenie przy tym o ciągłości takich tradycji, czy to prawnych czy, szerzej, politycznych jest mylące i najprawdopodobniej błędne, nawet jeśli dobrze działa na wyobraźnię. Ponadto, o ile zwrócenie uwagi na poczucie kryzysu i uznanie go za instrument władzy jest celną uwagą, trudno jednak nie oprzeć się wrażeniu, że tak długotrwały kryzys może być fikcją i ruchy rewolucyjne już zachodzą. Koncepcja Bermana jest pod tym względem niezwykle pouczająca.

Co innego jest jednak nie do przyjęcia. Berman, a wraz z nim różni historycy prawa (czy nawet Agamben), zdają się uważać prawo za rzeczywisty wyraz uniwersalnych – naturalnych – relacji międzyludzkich. Prawo rzymskie znów stało się prawem natury, a właściwie widocznym stało się to, co od początku było jasne: prawa boskie i ludzkie nie są od siebie daleko, a na pewno można ujrzyć to w prawie publicznym z jednej strony i w obrocie prywatnym z drugiej. Jednakże, prawo rzymskie nie jest w stanie pomóc w opisanu

przyszłości porządku prawnego w Europie. Po pierwsze, fałszywie kreowane jest na najpewniejsze odwołanie historyczne w badaniach nad prawem. Wynika to z filozoficznego przeświadczenia, że w naukach prawnych istnieje trwała tradycja, którą rozumieć należy jako sloganowe Gadamerowskie przedsady czy też w sposób bardziej wysublimowany, jak czyni to Berman. Trudno jednak powiedzieć z całą pewnością, jakie przeświadczenia miałyby to być. Jeśli uznać za nie figury i pojęcia prawne, które, jak tego chciał choćby Savigny (Böckenförde, 1996, s. 150), niezależne są od sytuacji politycznej i momentu historycznego, to stają się, jak już mówiłem jakąś regulacją uniwersalną, nowym prawem natury o mitycznym początku. A ono może służyć dowolnym celom i w związku z tym przyjmować bardzo różne treści (Borucka-Arctowa, 1957, s. 5-6). Z drugiej strony mogą to być jakieś formy rozumowania praktycznego, które zbliżają się do podstawowych reguł rządzących myśleniem w ogóle. Wtedy odchodzimy znacząco od jednolitej perspektywy prawnej, a powinniśmy włączyć wiele obszarów, które podlegają reżimowi epistemologii, logiki czy filozofii polityki. Wreszcie, o ile konieczność „patrzenia wstecz” jest niezmiennie niezbędna dla zrozumienia teraźniejszości, to „przeżywanie” przeszłości nieuchronnie prowadzi do podziałów (Bucholc, 2013). „Wiedza o niej [przeszłości] to jedno – chęć zamieszkania w niej to drugie. (...) Zamiast odkrywać reguły naszego współżycia, możemy je tworzyć (...)” (Bucholc, 2013). Tworzyć w przekonaniu o ich słuszności, w imię praw człowieka i wolności, uzgadniając je z mniej lub bardziej odległą przyszłością na tyle, by stały się one zrozumiałe i skuteczne.

BIBLIOGRAFIA

- Agamben, Giorgio (2013a). „*Imperium łacińskie*” kontra *niemieckie supermocarstwo*,
<http://www.voxeurop.eu/pl/content/article/3593571-imperium-lacinskie-kontra-niemieckie-supermocarstwo/>
- Agamben, Giorgio (2013b). *Die endlose Krise ist ein Machtinstrument*,
<http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/bilder-und-zeiten/giorgio-agamben-im-gespraech-die-endlose-krise-ist-ein-machtinstrument-12193816.html/>
- Berman, Harold Joseph (1974). *The Interaction of Law and Religion*, Nashville, TN: Abingdon Press.
- Berman Harold Joseph, Greiner William R., Saliba Samir Nicolas (1995a). *The Nature and Functions of Law*, Westbury, NY: The Foundation Press.
- Berman, Harold Joseph, (1995b). *Prawo i rewolucja. Kształtowanie się zachodniej tradycji prawnej*, Warszawa: PWN.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang (1996). *Szkoła historyczna w nauce prawa i prolem historyczności prawa*, [w:] S. Czerniak, J. Rolewski (red.) *Studia z filozofii niemieckiej. Szkoła Rittera. T. 2*, Toruń: Wydawnictwo Uniwersytetu Mikołaja Kopernika.
- Borucka-Arctowa, Maria (1957). *Prawo natury jako ideologia antyfeudalna*. Warszawa: PWN.
- Bucholc, Marta (2014). *Imperium łacińskie*.
<http://www.przeglądpolityczny.pl/artukul/171/imperium-acinskie-marta-bucholc.html/>
- Giaro, Tomasz (2011). *Rzymskie prawdy prawnicze. Eksperyment myślowy*, [w:] Aurea Praxis Aurea Theoria. Księga Pamiątkowa Ku Czci Profesora Tadeusza Erecińskiego. t. I, Warszawa: LexisNexis.
- Giaro, Tomasz (2008). *Roman Law Always Dies with a Codification*, [w:] A. Dębiński, M. Jońca (red.), *Roman Law and European Culture*, 18.
- Kaube, Jürgen (2013). *Berlusconis Philosoph liebt krude Thesen*.
<http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/geisteswissenschaften/bald-lateineuropa-berlusconis-philosoph-liebt-krude-thesen-12183986-p2.html>

- Kuryłowicz, Marek (2001). *Prawo rzymskie jako fundament europejskiej kultury prawnej*, Zeszyty Prawnicze UKSW, 1.
- Kuttner, Stephen (1960). *Harmony from Dissonance: An Interpretation of Medieval Canon Law*. Latrobe, Penn.: St. Vincent Archabbey Press.
- Le Goff, Jacques (1986). *Histoire medievale et histoire du droit: un dialogue difficile*, [w:] P. Grossi (red.), *Storia sociale e dimensione giuridica*. Milano: Giuffrè Editore.
- Markowski, Mieczysław (2003). *Pierwowzory uniwersytetów*. Olecko: Wydawnictwo Wszechnicy Mazurskiej.
- Rosenstock-Huessy, Eugen (2013). *Out of revolution. Autobiography of Western Man*. Eugene, OR: Wipf and Stock Publishers.
- Toulmin, Stephen (2005). *Kosmopolis. Ukryty projekt nowoczesności*. Wrocław: Wydawnictwo Dolnośląskiej Szkoły Wyższej.
- Wołodkiewicz, Witold (2009). *Europa i prawo rzymskie. Szkice z historii europejskiej kultury prawnej*. Warszawa: Wolters Kluwer.

ABSTRAKT

RZYM, EUROPA, ŚWIAT – PRAWO RZYMSKIE JAKO *RATIO SCRIPTA*

Wśród historyków prawa istnieje przeświadczenie, że w Europie istnieje dość jednolita tradycja prawna. To przekonanie o jednolitości tradycji wynika z badań nad recepcją prawa rzymskiego przez różne kraje Europy i przyjęcie prawa rzymskiego jako podstawy dla prawa kanonicznego. Prawo rzymskie uważane jest zatem za faktyczny, historyczny fundament różnych porządków prawnych. W tym sensie, prawo rzymskie przejmuje funkcję, przypisywaną mu już w średniowieczu, *ratio scripta*, zbliżoną w treści do funkcji prawa natury. Co więcej, odwoływanie się do jednolitej tradycji prawnej, prowadzić może do wyrażania anachronicznych opinii o sytuacji politycznej w Europie. W artykule stawiam tezę, że prawo rzymskie nie powinno stanowić odpowiedniego punktu odniesienia dla budowania porządku prawnego w Europie, mimo oczywistych powodów, dla których mogłoby nim być.

SŁOWA KLUCZOWE: Berman, prawo rzymskie, historia prawa, *ius commune*, prawo naturalne, Agamben

ROME, EUROPE, WORLD – ROMAN LAW AS THE *RATIO SCRIPTA*

Some legal historians believe that there is a fairly uniform legal tradition in Europe. That conviction is brought about by the research of Roman law's reception in different countries and its function for canon law. Hence, Roman law is considered to be an actual, historical foundations of different legal orders. In that sense, Roman law takes over a function, already attributed to it in Middle Ages, of *ratio scripta*. In content it is similar to natural law. What is more, constant reference to the uniform legal tradition can lead to anachronistic opinions on political situation in Europe. In the article I venture an opinion that Roman law should not be a valid reference point for a construction of legal order in Europe – despite the obvious reasons why it could be.

KEYWORDS: Berman, Roman law, history of law, *ius commune*, natural law, Agamben