

Czy argument historyczny może pomóc w trudnych przypadkach dzisiejszego prawa prywatnego?



Wojciech Dajczak

Profesor nauk prawnych, kierownik Zakładu Prawa Rzymskiego, Tradycji Prawnych i Prawa Dziedzictwa Kulturowego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu.

✉ dajczak@amu.edu.pl

<https://orcid.org/0000-0002-1565-0319>

Can the Historical Argument Be Useful in Difficult Cases in Today's Private Law?

The use of historical arguments in legal reasoning today is relatively rare and often superficial. The aim of the paper is to clarify whether the situation can be changed and whether this would be useful for the interpretation of codified private law. In the author's view, a change in this direction will be possible and justified when historical arguments are made available in a way that is clearly linked to issues of contemporary practice and is addressed to lawyers who believe in the existence of objective premises of rationality in law and are open to including historical arguments into topical reasoning in order to support a solution that he or she considers legitimate. The author believes that the best way for making historical arguments available for such a purpose is a historical commentary on the Civil Code. The article presents a conception for such a commentary.

Słowa kluczowe: tradycja prawna, wykładnia prawa, prawo prywatne, komentarze prawnicze

Key words: legal tradition, legal methods, private law, legal commentaries

[https://doi.org/10.32082/fp.1\(81\).2024.1229](https://doi.org/10.32082/fp.1(81).2024.1229)

1. Wprowadzenie

Dnia 15 czerwca 2023 r. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej ogłosił wyrok, który w Polsce wzbudził wiele emocji i kontrowersji. Trybunał uznał za niedopuszczalne pobieranie przez banki wynagrodzenia za korzystanie z kapitału, który pożyczkobiorca uzyskał w oparciu o nieważną umowę tzw. kredytu frankowego.

Prawniczą trudność i praktyczną doniosłość tego wyroku ilustruje dotyczący go komentarz Urzędu Komisji Nadzoru Finansowego. Regulator polskiego rynku finansowego uznał, że „to rozstrzygnięcie TSUE sprzeciwia się zasadom proporcjonalności oraz równowagi pomiędzy ochroną wartości chronionych dyrektywą 93/13, a nadzrędnymi wartościami takimi jak

stabilność i bezpieczeństwo systemu finansowego”¹. Urząd zwrócił też uwagę, iż: „Erozja kapitałów banków, jaka dokona się w związku z tym rozstrzygnięciem będzie miała jednak negatywny wpływ na zdolność banków do dalszego finansowania potrzeb mieszkaniowych polskich gospodarstw domowych, a także całej gospodarki”².

Rozstrzygnięcie tego trudnego przypadku jest dobrym początkiem dla refleksji nad argumentem historycznym w rozumowaniach prawniczych. Jako argument historyczny rozumieć należy odwołanie się w argumentacji prawniczej do jakiegoś elementu doświadczenia prawniczego w celu wsparcia określonego rozwiązania wątpliwości interpretacyjnej³. Punktem wyjścia oceny uprawnień banku do wynagrodzenia za bezumowne korzystanie z kapitału przez rzecznika generalnego Anthony’ego Michaela Collinsa stało się przywołanie „powszechnie uznawanej zasady prawnej wyrażonej paremią *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Stała się ona podstawą argumentacji wykluczającej jakiegokolwiek wynagrodzenie banku za bezumowne korzystanie z jego pieniędzy”⁴. Z perspektywy ekonomicznej oznaczało to dopuszczenie nieodpłatnego korzystania przez konsumenta z kapitału banku otrzymanego w oparciu o umowę kredytową, która została uznana za nieważną. Orzekając w sprawie, TSUE odrzucił argument nieracjonalności „darmowego” kredytu. Trybunał powtórzył za rzecznikiem generalnym, iż „zgodnie z zasadą *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* [...] nie można dopuścić ani do tego, by strona czerpała korzyści gospodarcze ze swojego niezgodnego z prawem zachowania, ani do tego, by otrzymała odszkodowanie za niedogodności nim wywołane”⁵.

U podstaw tak doniosłego ekonomicznie orzeczenia leży maksyma, której początek tkwi najprawdopodobniej w czternastowiecznym komentarzu Bartolusa de Saxoferrato do tytułu *De conditione ob turpem causam* justyniańskich Digestów⁶. Powyższa praktyka argumentacyjna Trybunału może budzić wątpliwości co do metodologicznego rygoryzmu. Z perspektywy historyka prawa wprowadzona przez Bartolusa maksyma stanowiła innowację w podejściu do oceny zwrotu świadczenia spełnionego w wykonaniu nieważnej, a naruszającej prawo lub dobre obyczaje umowy. Rozwijające tę innowację doświadczenie dyskusji jurystów *ius commune*⁷, a następnie niektórych kodyfikacji⁸ czy elastycznych ocen na gruncie k.c.fr.⁹ wymagałoby jednak głębszych rozważań, by ustalić złą wiarę w chwili zawierania umowy lub stwierdzić, czy – a jeśli tak, to w jakim zakresie – żądanie wynagrodzenia za bezumowne korzystanie z kapitału można uznać za działanie sprzeczne z dobrą wiarą, stanowiące nadużycie prawa. Z perspektywy dogmatyka widać deficyt wykładni celowościowej, w ramach której należałoby precyzyjnie rozważyć, jakie rozwiązanie jest najwłaściwsze dla zrównoważonego funkcjonowania rynku wewnętrznego¹⁰. Przykład orzeczenia w sprawie Arkadiusz Szczeciński przeciwko Bankowi

1 Urząd Komisji Nadzoru Finansowego, *Komentarz UKNF do wyroku TSUE w sprawie C-520/21*, https://www.knf.gov.pl/knf/pl/komponenty/img/Komentarz_UKNF_do_wyroku_TSUE_w_sprawie_C-520_21.pdf (dostęp: 21.08.2023).

2 Tamże.

3 Zob. J. Stelmach, *Kodeks argumentacyjny dla prawników*, Kraków 2003, s. 84.

4 Opinia Rzecznika Generalnego z 16 lutego 2023 r., C-520/21, pkt 58, EU:C:2023:120.

5 Wyrok TSUE z 15 czerwca 2023 r., C-520/21, pkt 81, EU:C:2023:478.

6 Bartolus de Saxoferrato, *Commentaria. Digestum Vetus*, t. 2, Venetiae 1526 (wydanie anastatyczne Roma 1996), s. 42v.

7 Zob. np. H. Zoesius, *Commentarius ad Digestorum seu Pandectarum Iuris Civilis*, Lovanni 1656, s. 288; M. Wesenbeck, *Commentarii in Pandectas Iuris Civilis et Codicem Justinianum olim dicta Paratitla*, Amstelodami 1665, s. 244; J. Brunnemann, *Commentarius in Pandectas*, t. 1, Lugduni 1714, s. 433.

8 Por. art. 66 szwajcarskiego kodeksu zobowiązań (ustawa federalna o ukończeniu szwajcarskiego kodeksu cywilnego z dnia 30 marca 1911 r.). Wyrażnie nawiązując brzmieniem do omawianej maksymy, przepis ten wyłącza możliwość żądania zwrotu – jako bezpodstawnego wzbogacenia – tego, co świadczono świadomie w celu sprzecznym z prawem lub z dobrymi obyczajami.

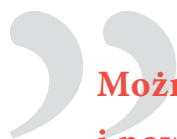
9 Zob. F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, Paris 2002, s. 421–422, 1003. Zmian w tym zakresie nie wprowadziła głęboka modernizacja francuskiego prawa zobowiązań w roku 2016.

10 Por. np. wyrok TSUE z 10 stycznia 2006 r., C 402/03, pkt 28–29, EU:C:2006:6.

M. SA pokazuje, iż można dyskutować o użyteczności, ale i powierzchowności, a może nawet szkodliwości argumentu historycznego w argumentacji prawniczej.

Poszukiwanie odpowiedzi na pytanie, czy argument historyczny może pomóc w przekonywaniu do określonego rozstrzygnięcia, wymaga krytycznej refleksji w trzech kwestiach: podejścia do argumentu historycznego w dyskusji nad metodą prawniczą, pola potencjalnego zastosowania argumentu historycznego w tzw. trudnych przypadkach, możliwości stworzenia narzędzia wspierającego dostępność argumentu histo-

współczesnej hermeneutyki prawniczej¹². Po niemal 200 latach kanon ten, wymagający uwzględnienia w wykładni elementu językowego, logicznego, systematycznego i historycznego¹³, nie wydaje się polskiemu prawnikowi obcy. Jednak rozumienie sensu wykładni historycznej, jej użyteczności i samodzielności, zmieniło się w czasie. Dla F.C. Savigny'ego uwzględnienie elementu historycznego stanowiło konieczny składnik wykładni¹⁴. Zakładało istnienie czegoś obiektywnego w prawie i organiczny rozwój tej dziedziny. Odwołanie się do elementu historycznego miało ukazać, na czym



Można dyskutować o użyteczności, ale i powierzchowności, a może nawet szkodliwości argumentu historycznego w argumentacji prawniczej.

rycznego dla stosujących prawo. Struktura dalszego wywodu opiera się na wyodrębnieniu tych problemów. W zakończeniu podejmę próbę wskazania przesłanek, które w oparciu o przedstawione tu rozważania uznać można za konieczne dla racjonalnego wspierania argumentami historycznymi rozumowań w prawie prywatnym.

2. Argument historyczny a metoda prawnicza

Fundamentalną rolę rzymskich tekstów prawnych dla przedkodyfikacyjnej nauki i praktyki prawnej w Europie kontynentalnej można lapidarnie określić jako szczególne doświadczenie prawnicze, w którym argumenty z dawnego prawa grały istotną rolę w rozwiązywaniu bieżących problemów prawa prywatnego. W środowisku takiego pluralizmu prawniczego, łączącego w Prusach prawo rzymskie, prawa lokalne i twórcze orzecznictwo sądowe, Friedrich Carl Savigny w pierwszym tomie swego systematycznego wykładu „aktualnego prawa rzymskiego”¹¹ wprowadził kanon interpretacyjny, który określa się jako początek

polega „nowy element regulacji określonego stosunku prawnego, wynikający z interpretowanej ustawy”¹⁵. Wzrost pozytywizmu prawniczego od drugiej połowy XIX w. zmienił rozumienie wykładni historycznej. Systemowo zawężono ją do poszukiwania woli historycznego ustawodawcy¹⁶, co nazywa się też wykładnią historyczno-genetyczną¹⁷. Praktyczne znaczenie tak rozumianej wykładni historycznej wyparły zmiany rewolucyjne, czego przykładem było akcentowanie woli Führera w nazistowskich Niemczech¹⁸ czy zasad i celów ustroju w PRL¹⁹. Ograniczonym polem dla

11 F.C. Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, t. 1, Berlin 1840, s. 206–330.

12 J. Stelmach, *Współczesna filozofia interpretacji prawniczej*, Kraków 1999, s. 62.

13 F.C. Savigny, *System...*, s. 215.

14 Tamże.

15 Tamże, s. 213–216.

16 Por. B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, t. 1, Düsseldorf 1862, s. 48.

17 H.-Ch. Grigoleit, *Das historische Argument in der geltendrechtlichen Privatrechtsdogmatik*, „Zeitschrift für Neue Rechtsgeschichte” 2008, t. 30, s. 263.

18 H.T. Klami, *Confessiones methodologicae. Probleme rechts-historischer Argumentation*, Turku 1981, s. 61.

19 Por. art. 4 k.c., który w pierwotnym brzmieniu stanowił, że: „Przepisy prawa cywilnego powinny być tłumaczone

elementów historycznych w systematycznej teorii wykładni pozostało ostrożne sięganie do genezy regulacji lub rozwoju instytucji prawnej jako inspiracji bądź wsparcia wykładni funkcjonalnej²⁰.

nad oderwaną od niego dogmatyką pojęć prawnych²². W ten sposób postrzegali doświadczenie prawnicze jako obszar do poszukiwania podstawowych zasad²³ oraz właściwych dla rozumowań prawniczych wartości²⁴.



W wieku XX i początkach obecnego stulecia formułowano w Europie propozycje mające służyć przywróceniu systemowej doniosłości wykładni historycznej.

Jako parafrazę podejścia F.C. Savigny'ego, który łączył wykładnię historyczną z ideą organicznego rozwoju prawa, postrzegam filozofię doświadczenia prawniczego (*esperienza giuridica*), wprowadzoną w nauce włoskiej w latach 30. zeszłego stulecia, a pogłębianą w jego drugiej połowie. Idea organicznego rozwoju prawa dostrzegalna jest też w sformułowanej na początku XXI w. w Niemczech propozycji rozróżnienia między wykładnią historyczną w wąskim i szerokim znaczeniu.

Zainicjowany przez Giuseppe Capograssiego nurt filozofii doświadczenia prawniczego (*esperienza giuridica*) był reakcją na kryzys nauki prawa. Jest oceniany jako próba wskazania alternatywy dla realizmu prawniczego i marksistowskiego rozumienia prawa²¹. Zwolennicy tego nurtu filozofii prawa wskazywali na empiryczny wymiar historii prawa. Postulowali prymat uwzględniania doświadczenia prawniczego

Druga ze wskazanych prób przywrócenia systemowej doniosłości wykładni historycznej to propozycja Christiana Baldusa. Punkt wyjścia jego poglądu stanowi formułowana już wcześniej opinia, że w warunkach demokratycznego, kolegialnego tworzenia prawa łączenie wykładni historycznej z wolą historycznego ustawodawcy jest anachronizmem²⁵. Jako remedium na to niemiecki prawnik zaproponował rozróżnienie między tym anachronicznym rozumieniem wykładni historycznej a wykładnią historyczną w znaczeniu szerszym. Drugie z tych określeń ma oznaczać sięganie w procesie wykładni do historii rozumianej jako „zbiór doświadczenia, które może oświetlić obiektywno-celowościowy sens konkretnej normy i jej historycznie budowany potencjał”²⁶.

Myślę, że oczekiwanie takiej zmiany byłoby złudne. Już po rewolucji 1848 r. odrzucono ideę

i stosowane zgodnie z zasadami ustroju i celami Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej” (Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, Dz.U. z 1964 r., poz. 93).

- 20 H.-Ch. Grigoleit, *Das historische Argument...*, s. 263–264; L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2010, s. 173; W. Lang, J. Wróblewski, S. Zawadzki, *Teoria państwa i prawa*, Warszawa 1980, s. 404.
- 21 E. Opocher, *La filosofia dell'esperienza giuridica*, w: *La filosofia del diritto in Italia nel secolo XX. Atti del XI Congresso Nazionale della Società Italiana di Filosofia Giuridica e Politica*, red. R. Orecchia, Milano 1976, s. 98–100.

22 A. Giuliani, *Ricerche in tema di esperienza giuridica*, Milano 1957, s. 185.

23 Tamże, s. 199.

24 R. Orestano, *Della esperienza giuridica vista da un giurista*, w: tegoż, *Scritti con una nota di lettura di Antonio Mantello*, t. 3, Napoli 1998, s. 1823–1827.

25 Por. H.T. Klami, *Confessiones...*, s. 67–68.

26 Ch. Baldus, *Historische und vergleichende Auslegung im Gemeinschaftsprivatrecht. Zur Konkretisierung der „geringfügigen Vertragswidrigkeit“*, w: *Die Generalklausel im Europäischen Privatrecht. Zur Leistungsfähigkeit der deutschen Rechtswissenschaft aus romanischer Perspektive*, red. Ch. Baldus, P.Ch. Müller-Graff, München 2006, s. 7.

F.C. Savigny'ego²⁷, który jako alternatywę dla kodyfikacji wskazywał uznanie szczególnej roli prawników – depozytariuszy rozwijającego się organicznie prawa. Według niego to właśnie prawnicy – dzięki rygorystycznym metodom uwzględniającej zawsze element historyczny – mieli zapewnić przewidywalność w prawie²⁸. Przykładem systemowo akceptowalnym, użytecznym praktycznie, choć skromniejszym, może być prezentowana przez Roberta Jastrzębskiego propozycja wyodrębnienia wykładni historycznej w powiązaniu ze stosowaniem dawnego prawa w zmienionej rzeczywistości prawnej²⁹.

Honsella poświęconej argumentowi historycznemu w prawie cywilnym. Zauważył on, że nastąpiło przesunięcie punktu ciężkości z precyzowania kryteriów wykładni historycznej na stosowanie argumentu historycznego, gdy w sprawie wątpliwej prowadzi to ku wiarygodnemu rozwiązaniu³⁰. Rozwijając to rozróżnienie, uważam, że obecność argumentów historycznych w uzasadnieniach sądów należy wyjaśnić jako przykłady argumentacji topicznej, czyli rozumowań zorientowanych na konkretny problem, budowanych przy użyciu argumentów, które prowadzący wywód uważa za przekonujące dla przezwyciężenia wątpli-

Nie powstały instrumenty praktycznie wspierające ambitne propozycje wprowadzenia systemowej doniosłości wykładni historycznej.

Ostatnie ożywienie dyskusji poświęconej korzystaniu z argumentu historycznego miało miejsce głównie w krajach niemieckojęzycznych w końcu XX i na początku XXI w. Uwzględnienie jej przebiegu daje asumpt do uzupełnienia przedstawionego szkicu systematycznych wizji wykładni historycznej o dwie kwestie. Pierwsza to rozróżnienie między wykładnią historyczną i stosowaniem argumentów historycznych. Drugą stanowi krytyka tzw. aplikatywnej historii prawa, czyli podejścia zakładającego skupienie się przez historyka prawa na poszukiwaniu tego, co użyteczne tu i teraz.

Zwrócenie uwagi na pierwszą z wyróżnionych kwestii stanowiło punkt wyjścia w monografii Thomasa

wości. Występowanie takich przypadków w praktyce można uznać za potwierdzenie tezy, iż problemowy, korzystający z topik model myślenia prawniczego nie został i nie powinien zostać wyparty przez model oparty na dedukcji z rygorystycznie usystematyzowanej dogmatyki prawnej³¹. Metoda topiczna – mimo słabości polegającej na ograniczeniu przewidywalności w imię sprawiedliwości – zachowuje użyteczność w dyskursie prawniczym³². Stosunkowo niedużą liczbę przypadków takiego korzystania z argumentów historycznych można tłumaczyć zarówno ich małą znajomością, jak i sceptycyzmem praktyków wobec nich. Ten ostatni wspierają i legitymizują niektórzy historycy prawa.

Ożywienie dyskusji nad tzw. aplikatywną historią prawa przyniosło przypomnienie wcześniejszych

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

28 F.C. Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814, w: Thibaut und Savigny. *Ihre programmatischen Schriften mit einer Einführung von Professor Dr. Hans Hattenauer*, München 2002, s. 114 [130].

29 R. Jastrzębski, *Wykładnia historyczna we współczesnej judykaturze*, „Przegląd Sądowy” 2010, t. 19, nr 1, s. 91.

30 T. Honsell, *Historische Argumente im Zivilrecht: ihr Gebrauch und ihre Wertschätzung im Wandel unseres Jahrhunderts*, Ebelsbach 1982, s. 4.

31 T. Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, wyd. 5, München 1974, s. 13–14, 119.

32 W. Cyrul, *Topika i prawo*, „Państwo i Prawo” 2004, t. 59, nr 6, s. 54.

argumentów przeciw niej. Dawnym tezą, wskazującym na zagrożenie dogmatyki anachronicznymi punktami widzenia czy na niepożądane przenoszenie dawnych kontrowersji³³, towarzyszy formułowanie nowych zarzutów. Silne akcentowanie relatywizmu wartości dało podstawę dla takich opinii, iż: „nie da się utrzymać historycznie, że prawo wyraża spójny system wartości”³⁴, „rekonstrukcja systemu wartości może być tylko w bardzo ograniczonym zakresie oparta na typowych źródłach historycznych”³⁵, czy stwierdzenia, że „dla historyka prawa, który chce wnieść wkład w rozwiązywanie współczesnych problemów prawnych zawsze ma miejsce uwodzenie, [...] ponieważ on jest zmuszony nadmiernie podkreślać dalsze życie formalnych kategorii”³⁶.

Leżące u podstaw tych wypowiedzi akcentowanie zmienności jest wyraźnie widoczne we współczesnych nam ocenach i prognozach na temat przyszłości historii prawa. Ilustruje to wypowiedź Heikkiego Pihlajamäkiego wskazująca na to, że współczesna historia prawa – bardziej niż kiedykolwiek – wyjaśnia zmiany prawne w ich kulturowym, politycznym, społecznym i transnarodowym kontekście. Heikki Pihlajamäki wyprowadza z tego wniosek, że z przyspieszeniem tych zmian można łączyć wzrost znaczenia historii prawa³⁷. Takie użyteczne dla krytycznej oceny świata podejście do historii prawa może mieć jednak rozwinięcie wychodzące poza granicę ustalania obrazu przeszłości. Wyraźne powiązanie historii prawa ze zmianami społecznymi i kulturowymi przyniosło też rozważania, w których odniesienia do historii prawa stają się narzędziem, przy pomocy którego można pożądaną zmiany wspierać, czyli *doing things with legal history*³⁸. W ten sposób, obok krytykowanego rozumienia aplikatywnej historii prawa jako podejścia do prawa zakładającego

istnienie jego ponadczasowych podstaw, których wyrazem są elementy ciągłości w prawie, zyskuje uznanie inna postać aplikatywności historii prawa. Polega ona na wspieraniu przy pomocy argumentu historycznego też o określonym zabarwieniu kulturowym, ideologicznym czy politycznym; nie jest zatem czymś nowym. Dobrze ilustrują to przykłady sięgania przez prawników do historii, by usprawiedliwić określony sposób dystrybucji własności lub kwestionować jego sprawiedliwość³⁹. Takie podejście historii prawa nie tylko pomaga w tłumaczeniu zmian z przeszłości, ale pozostaje i dziś elementem wspierania określonego ich kierunku⁴⁰.

Dopuszczenie argumentów historycznych w dyskusji prawniczej łączyć można z różnie legitymizowanymi ambicjami wyjścia poza kontemplacyjną historię prawa. Istotne jest jasne, uczciwe wskazanie motywów takiego podejścia. Jeśli przyjmijemy założenie ontologiczne, zgodnie z którym racjonalność w prawie łączy się z jego obiektywnymi, a zatem ponadczasowymi przesłankami, to konsekwencją tego będzie wniosek, że historia prawa pokazuje, obok zmienności, także elementy ciągłości, a nawet powrotów. Skutkiem takiej postawy będzie uznanie potencjalnego znaczenia argumentów historycznych w dyskursie prawniczym. W świetle poczynionych uwag realistyczne sięganie do nich można łączyć ze stosowaniem argumentacji topicznej. Otwarte pozostają jednak pytania o praktyczne przesłanki użyteczności takiego budowania rozumowań prawniczych.

3. Trudne przypadki jako potencjalne pole zastosowania argumentu historycznego

Wprowadzając do tytułu określenie „trudne przypadki”, nawiązałem do anglosaskiej dyskusji o tzw. *hard cases*. Pierwsza związana z nimi kontrowersja

33 T. Honsell, *Historische...*, s. 64–65.

34 H.T. Klami, *Confessiones...*, s. 89.

35 Tamże, s. 70.

36 Tamże, s. 72.

37 H. Pihlajamäki, *Tracing Legal History in Continental Civil Law*, w: *The Oxford Handbook of Legal History*, red. M. Dubbert, Ch. Tomlins, Oxford 2018, s. 735.

38 Zob. *The Oxford Handbook of Legal...*, s. 903–1104. Jest to część zatytułowana *Illustrations: Doing Things with Legal History*.

39 A.L. Brophy, *Doing Things with Legal History: Historical Analysis in Property Law*, w: *The Oxford Handbook of Legal...*, s. 937–938.

40 Zob. np. L. Bilsky, R. Klagsbrun, *Cultural Genocide: Between Law and History*, w: *The Oxford Handbook of Legal...*, s. 1081–1094; L. Bilsky, *Cultural Genocide and Restitution: The Early Wave of Jewish Cultural Restitution in the Aftermath of World War II*, „International Journal of Cultural Property” 2020, t. 27, s. 349–374.

dotyczy tego, czy są one liczne, czy też mają charakter marginalny. Istnienie rozbudowanej struktury sądów apelacyjnych i najwyższych, które nie ustalają faktów, ale rozstrzygają wątpliwości co do prawa, może być interpretowane jako potwierdzenie, że tzw. *hard cases* stanowią znaczącą część spraw, w których wniesiono

rozumowania poprzez włączenie do niego prawdziwego elementu doświadczenia⁴⁶. Nawiązując do wcześniejszych uwag metodologicznych, można przypuszczać, że taki sposób sięgania do argumentu historycznego uznają za użyteczny ci spośród stosujących prawo, którzy wierzą, że doświadczenie prawnicze może



Historia prawa pokazuje, obok zmienności, także elementy ciągłości, a nawet powrotów.

apelację lub kasację. W konsekwencji zgadzam się z poglądem, że pole przypadków, co do których prawo formułowane w języku naturalnym nie daje jasnych reguł, jest stosunkowo szerokie⁴¹. Z nauki anglosaskiej znamy też kontrowersję między Ronaldem Dworkinem, Herbertem Hartem, Josephem Razem i tzw. realistami, dotyczącą istnienia i kształtu modelu opisującego sposób rozstrzygania trudnych przypadków przez sędziów. Fakt, że nie istnieje ogólnie uznana metoda prawnicza⁴², wspiera – moim zdaniem – tzw. pogląd realistyczny, zgodnie z którym obowiązujące prawo nigdy w pełni nie determinuje rozwiązania konkretnego trudnego przypadku⁴³. Usuwanie wątpliwości następuje przez stosowane od antyku rozumowania prawnicze, w ramach których rozstrzygający poszukuje argumentów⁴⁴. Takie rozumowanie, jak wyjaśniał już Marek Tulliusz Ciceron, prowadzi od tego, co wątpliwe, ku wiarygodnemu rozwiązaniu⁴⁵. Wspierając się współczesną teorią argumentacji prawniczej Roberta Alexego, można stwierdzić, że sędzia powinien być otwarty na użycie argumentu historycznego, jeśli jego zdaniem służyłoby to spójności, racjonalności

pomóc w dostrzeżeniu obiektywnych cech racjonalności prawa. To ustalenie kieruje uwagę ku kwestii możliwości budowania takich rozumowań prawniczych w praktyce. Jest to pytanie o dostępność wiarygodnych, klarownych i użytecznych dla praktyka argumentów historycznych.

4. Jaki model prezentacji doświadczenia prawniczego może służyć dostępności argumentu historycznego dla stosujących prawo?

4.1. Idea komentarza prezentującego argumenty historyczne

Komentarz jest gatunkiem literatury prawniczej, który ma wprost wspierać stosujących prawo. Adekwatnym do tego rozwinięciem niemieckiej dyskusji o stosowaniu argumentu historycznego w prawie prywatnym stał się podjęty w 2003 r. projekt historyczno-krytycznego komentarza do niemieckiego kodeksu cywilnego. We wstępie do pierwszego tomu redaktorzy deklarowali, że „komentarz orientuje się na praktyczne zadania jurysprudencji”⁴⁷. Nie zgodzili się z oceną, że takie sięganie do historii będzie „portretowaniem dogmatycznie nieistotnych zależności”. Wyrazili nadzieję na użyteczność wyników

41 R. Poscher, *Ambiguity and Vagueness in Legal Interpretation*, w: *The Oxford Handbook of Language and Law*, red. P.M. Tiersma, L.M. Solan, Oxford 2012, s. 128, 142.

42 Por. J. Stelmach, B. Brożek, *Metody prawnicze*, Warszawa 2006, s. 33.

43 Por. N.J. McBride, S. Steel, *Great Debates in Jurisprudence*, London 2018, s. 127, 134.

44 R. Poscher, *Ambiguity...*, s. 142.

45 Cic. Top. 8.

46 R. Alexy, *Teoria argumentacji prawniczej*, przeł. B. Baran, Warszawa 2021, s. 40–44 (tam dalsza literatura).

47 J. Rückert, M. Schmoeckel, R. Zimmermann, *Vorwort*, w: *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Allgemeiner Teil*, §§ 1–240, t. 1, Tübingen 2003, s. V.

swoich prac⁴⁸. Jednak po 20 latach mamy opublikowane cztery z sześciu planowanych tomów. Na ograniczone oddziaływanie praktyczne opracowania wskazuje to, że odniesienia do komentarza są w uzasadnieniach tylko kilku wyroków zawartych w bazie Beck-online⁴⁹. Uważam, że przy wyjaśnianiu tego stanu należy odrzucić rozwiązanie skrajne, tj. całkowity brak wartości perswazyjnej argumentu historycznego. Przywołany na wstępie przykład, a przede wszystkim szersze spojrzenie na orzecznictwo sądów pokazują, że bywa on wykorzystywany⁵⁰.

Prawdopodobnym wyjaśnieniem jest deficyt komunikacyjny, polegający na tym, że niemiecki komentarz przypomina treścią obszerną encyklopedię historii prawa prywatnego, ułożoną według systematyki k.c.n., i nie łączy argumentów historycznych z konkretnymi pytaniami praktyka. Wybór takiego rozwiązania jest spójny ze stosowaniem metody wypracowanej przez historyków prawa w ramach tzw. historii dogmatyki prawniczej. Potwierdzeniem przywiązania do takiej postawy i tradycji metodologicznej jest opublikowany niedawno, liczący ponad 2300 stron komentarz do książki obejmującej zobowiązania w chilijskim kodeksie cywilnym⁵¹. Polscy prawnicy mają do dyspozycji tylko komentarze pisane przez specjalistów prawa obowiązującego. Niekiedy pojawiają się w nich odniesienia do wcześniejszego prawa. Jednak nawet gdy widać pewną regularność tych odniesień, nie stanowią one

metodycznego poszukiwania argumentów historycznych, lecz raczej krótkie odesłania do historii prawa, głównie ostatniego stulecia⁵².

Znalezienie efektywniejszego komunikacyjnie rozwiązania wymaga więc ograniczenia rygorów właściwych klasycznej historii dogmatyki prawniczej, skompensowanego silniejszym powiązaniem odniesień do historii prawa z jego współczesnymi, konkretnymi problemami.

Inspiracją może być późnośredniowieczna forma komentarza, zgodnie z którą wyjaśnienia do poszczególnych fragmentów tekstu referencyjnego rozpoczynało się od syntetycznego zestawienia problemów (*dictum*), które następnie były komentowane w ramach cechujących się pewną regularnością wyjaśnień⁵³. Myślę, że owocem takiej inspiracji może być idea historycznego komentarza do kodeksu cywilnego, skupiającego się na szczegółowym problemie lub problemach w miejsce osadzania komentowanego przepisu w kontekście historii dogmatyki prawniczej. Jeśli taka zmiana perspektywy przez historyka prawa ma być komunikatywna i użyteczna dla współczesnego prawnika, to punktem wyjścia powinno być wskazanie konkretnego problemu, który łączy się ze stosowaniem komentowanego przepisu w praktyce. Ten problem powinien być osią cechujących się regularnością poszukiwań jego rozwiązania na różnych etapach europejskiej i polskiej tradycji prawnej. Podstawą tak zorientowanych wyjaśnień powinny być zatem wybrane, reprezentatywne źródła prawa rzymskiego, dzieł *ius commune* w szerokim znaczeniu, prawa natury, pandektystyki, polskich prac kodyfikacyjnych z okresu II Rzeczypospolitej Polskiej przy uwzględnieniu dorobku orzecznictwa na gruncie obowiązującego kodeksu. Budowany w ten sposób komentarz może stać się atrakcyjnym dla współczesnego prawnika zbiorem argumentów historycznych, w przypadku gdy zwieńczeniem wyjaśnień do każdego z przepisów będzie wskazanie, jakie

48 Tamże, s. VI.

49 Zob. Beck-online, <https://beck-online.beck.de/Home> (dostęp: 15.11.2023). Są to wyroki: Sądu Najwyższego RFN (Bundesgerichtshof) z 17 lutego 2005 r., III ZR 172/04, NJW 2005, 1356; Federalnego Sądu Pracy (Bundesarbeitsgericht) z 13 października 2021 r., 5AZR 211/21, NZA 2022, 182; Federalnego Sądu Administracyjnego (BVerwG) z 15 września 2010 r., 8C 21/09, NVwZ 2011, 501; Federalnego Sądu Socjalnego (BSG) z 25 października 2016 r., B 1 KR 9/16 R, NZS 2017, 153.

50 Np. M. Sobczyk, *Prawo rzymskie przed sądami Wspólnot Europejskich*, „Studia Prawnoustrojowe” 2007, nr 7, s. 284 i n.; W. Dajczak, *Rechtstradition und Fortbildung des Privatrechts*, w: *Krakauer-Augsburger Rechtsstudien. Die Grenzen der rechtsdogmatischen Interpretation*, red. J. Stelmach, R. Schmidt, Warszawa 2011, s. 250.

51 *Commentario histórico-dogmático al libro IV del Código civil de Chile*, red. C.A. Perelló, Valencia 2022, s. 16.

52 Zob. np. *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1. Część ogólna, red. K. Osajda, Warszawa 2017, s. VII; *Zobowiązania. Przepisy ogólne i powiązane przepisy Księgi I KC*, red. P. Machnikowski, Warszawa 2022, s. XI.

53 H. Lange, M. Kriebbaum, *Römisches Recht im Mittelalter*, München 2007, s. 363–364.

rozwiązanie przedstawione na wstępie problemu znajduje wsparcie w argumentach historycznym. Komunikatywność takiego komentarza dla prawnika praktyka wymaga, by wyjaśnienia do poszczególnych przepisów wskazywały źródła historyczne wyraźnie, ale krótko. Taka idea wywołuje pytanie, czy jest to model wykonalny przy zachowaniu równowagi między oczekiwaną przez praktyka komunikatywnością a zapewnieniem minimum podstawy źródłowej gwarantującej reprezentatywność historycznego obrazu.

4.2. Wstępna weryfikacja proponowanego modelu

Od naszkicowanego modelu komentarza zasadne jest oczekiwanie takiego poszerzenia perspektywy historycznej, które w odniesieniu do konkretnego problemu będzie wspierać wykładnię adekwatną do widocznego w dłuższej perspektywie trendu interpretacyjnego; będzie inspirować do powściągliwości interpretacyjnej, gdy historia pokazuje trwałość kon-

4.2.1. Argument historyczny wspierający wykładnię adekwatną do widocznego w dłuższej perspektywie trendu interpretacyjnego

4.2.1.1. Przypadek precyzyjniejszego spojrzenia na trwały problem interpretacyjny (art. 1 k.c.)

Interpretacja art. 1. k.c. łączy się z pytaniem, czy w oparciu o prawo cywilne można żądać zwrotu opłaty nienależnie pobranej przez organ administracji, gdy droga sądowa nie jest jednoznacznie wyłączona, np. kiedy chodzi o zwrot opłaty pobranej nienależnie przez organ administracji⁵⁴. Wątpliwość ta łączy się z pytaniem o sens i rygoryzm podziału na prawo publiczne i prawo prywatne jako argument mogący wyłączać stosowanie prawa cywilnego. Do dziś przywołuje się pochodzenie wskazanego podziału z prawa rzymskiego. Lektura antycznych źródeł pozwala stwierdzić, że wprowadzający ten podział Ciceron⁵⁵ i Ulpian⁵⁶ nie wytyczali systemowej granicy między *ius publicum* i *ius privatum*. W późnym średniowieczu, w *ius*



Nie odrzucając idei komentarza jako potencjalnie najlepszego instrumentu udostępniania argumentów historycznych prawnikom praktykom, należy znaleźć efektywniejszy od niemieckiego model komentowania.

trowszj; będzie oświetlać korelację między wyborem określonej wykładni a kontekstem społecznym lub ustrojowym. Przyjmując, że to opracowanie ma charakter artykułu koncepcyjnego, przedstawię w nim kilka komentarzy wychodzących naprzeciw wskazanym wyżej oczekiwaniom.

Przedstawione tu komentarze mają charakter badania wstępnego, którego celem jest weryfikacja wykonalności, użyteczności i wiarygodności oferowania argumentów historycznych w proponowanej tu szczególnej formule historycznego komentarza do kodeksu cywilnego dla praktyków.

commune podział ten dyskutowano w oderwaniu od antycznego kontekstu, łagodząc jego rygoryzm. Ilustruje to wyjaśnienie Bartolusa, zgodnie z którym interes publiczny i prywatny są w prawie zawsze związane, a podział wyraża tylko różną ich dominację⁵⁷. W czasach wczesnonowożytnych Jean Domat

54 Np. uchwała SN z 6 czerwca 2012 r., III CZP 24/12, Lex nr 1241471; wyrok SN z 12 marca 2021 r., I CSKP 24/21, Lex nr 3157584.

55 *Cic. part.* 130.

56 D. 1,1,1,2 (Ulpian, ks. 1 „Instytucji”).

57 Bartolus de Saxoferrato, *Commentaria. Digestum Vetus*, t. 1, Venetiae 1526 (wydanie anastatyczne Roma 1996), s. 5.

wskazywał na niedoskonałość⁵⁸, a Georg Struve na pozorność tego podziału⁵⁹. Friedrich Carl Savigny akcentował powiązania i podobieństwa między prawem publicznym i prywatnym⁶⁰. W drugiej połowie XIX w. pod wpływem ideologii liberalizmu i zgodnym z nią powstaniem sądowej kontroli administracji przypisano podziałowi cechę rygorystycznego kryterium systemowego. Jednak dążenie do integrowania, a nie rozgraniczania interesu publicznego i prywatnego akcentował Ignacy Koschembahr-Łyskowski w uzasadnieniu art. 1 projektu części ogólnej kodeksu cywilnego z roku 1928⁶¹. Spójne z tym było akcentowanie w projekcie kodeksu cywilnego z 1962 r. dążenia do możliwie szerokiego jego stosowania⁶². Odnosząc się na podstawie tak bogatego doświadczenia prawniczego do dostrzegalnej w orzecznictwie wątpliwości, można stwierdzić, że w ocenie podziału na prawo publiczne i prawo prywatne czytelnie dominowała tendencja do łagodzenia jego rygoryzmu. Traktowano ów podział jako kryterium porządkujące, ale nie wykluczające. W przypadkach wątpliwych jest to argument historyczny wspierający szerokie stosowanie prawa cywilnego w sporach majątkowych.

4.2.1.2. Przypadek poszerzenia perspektywy historycznej pokazującej dawność problemu interpretacyjnego (art. 353¹ k.c.)

W ramach istotnej nowelizacji kodeksu cywilnego z roku 1990 wprowadzono do niego art. 353¹ k.c., który deklaruje zasadę swobody umów i zawiera kryteria wytyczające jej granice. Spośród nich spore wątpliwości przyniosło nowe w polskim prawie odniesienie do natury stosunku zobowiązaniowo-prawnego⁶³. Istota

wątpliwości dotyczy tego, czy naturę łączyć należy z wzorcem normatywnym, wyprowadzanym z kodeksowej regulacji prawa zobowiązań, czy też z jakimś pozaprawnym wzorcem racjonalności.

Nieliczne w dyskusji rzymskich jurystów przypadki użycia kryterium „natury kontraktu” pokazują, że nie było ono rozumiane jednolicie. Niekiedy polegało to na odwołaniu się do wymaganych przez prawo elementów treści zobowiązania⁶⁴. W innych przypadkach wskazywało raczej wzorzec pozaprawny, który można by dziś określić jako usprawiedliwione oczekiwania wierzyciela z chwili powstania zobowiązania⁶⁵. Drugi ze wskazanych sposobów, tj. oderwanie natury umowy od oceny według prawnego wzorca danego typu kontraktu i łączenie oceny ze społeczno-ekonomicznym wymiarem relacji, było u jurystów nieco częstsze. Od późnego średniowiecza w nauce i praktyce recypowanego prawa rzymskiego „naturę kontraktu” powiązano z typami umów. Upowszechnił się pogląd, iż „natura kontraktu” obejmuje to, co konieczne (*essentialia contractus*) w danym typie kontraktu, i to, co wchodzi do jego treści z mocy prawa (*naturalia contractus*), gdy strony nie postanowiły inaczej⁶⁶. Wyjaśniano, że każdy typ umowy ma właściwą sobie naturę⁶⁷. Po przyjęciu w końcu XVI w. zasady swobody umów została sformułowana propozycja odniesień do natury umowy jako kryterium wytyczającego granicę tej swobody⁶⁸. Wprowadzone w późnym średniowieczu łączenie natury umowy z jej typem pozostało jednak poglądem powszechnie akceptowanym⁶⁹.

W szerokiej perspektywie historycznej można dostrzec, że wprowadzenie w roku 1990 do polskiego kodeksu cywilnego kryterium „właściwości (natury) stosunku” przyniosło kontrowersję przypominającą rozbieżności argumentacyjne w antycznym prawie rzymskim. Powstały też wątpliwości co do celowości

58 H. Donellus, *Commentariorum de Iure Civili*, w: *Opera omnia*, t. 1, Lugduni 1764, s. 223 (II,VII,2).

59 G.A. Struve, *Syntagma Iurisprudentiae secundum Ordinem Pandectarum*, Jena 1702, s. 15 (I,1, exerc. XLIII).

60 F.C. Savigny, *System...*, s. 22.

61 I. Koschembahr-Łyskowski, *Kodeks cywilny Rzeczypospolitej Polskiej. Księga pierwsza, przepisy ogólne. Projekt wraz z uzasadnieniem* (art. 1–128), „Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej” 1928, t. 1, z. 3a, s. 7.

62 *Projekt kodeksu cywilnego*, Warszawa 1962, s. 191–193.

63 Np. wyrok SN z 9 listopada 2006 r., IV CSK 208/06; wyrok SA w Lublinie z 7 października 2022 r., I ACa 547/22, Lex nr 3436635.

64 Np. D. 19,5,5,4 (Paulus, ks. 5 „Problemów prawnych”).

65 Np. D. 2,14,7,5 (Ulpian, ks. 4 „Komentarza do edyktu”).

66 Np. Baldus de Ubaldis, *In secundam Digesti Veteris partem commentaria*, Venetiis 1586, s. 132 (ad D. 18,1,72,1).

67 Np. H. Donellus, *Commentariorum de Iure Civili*, w: *Opera omnia*, t. 3, Lugduni 1764, s. 759–760 (XIII,1,2).

68 J. Althusius, *Dicaelogicae libri tres, totum et universum ius, quo utimur, metodicae complectentes*, Herborn 1646 (wydanie anastatyczne Aalen 1967), I,64,30.

69 B. Windscheid, *Lehrbuch...*, s. 190–191 (§ 85).

wprowadzenia tego kryterium. Gdyby rozumieć je podobnie jak w *ius commune*, czyli odwoływać się do wynikających z prawa wzorców normatywnych, to jego użyteczność byłaby wątpliwa. Są jednak argumenty historyczne wspierające przydatność omawianego kryterium, gdy powiąże się naturę umowy z usprawiedliwionymi oczekiwaniami stron w chwili zawarcia umowy i brakiem jej absurdalności ekonomicznej. Takie wykorzystanie argumentu historycznego może też inspirować do uwzględniania w konkretyzacji kryterium „natury umowy” doświadczenia prawniczego stojącego za wykładnią kauzy jako przesłanki zaskarżalności umowy w k.c.fr. do jego nowelizacji w roku 2016⁷⁰.

4.2.2. Wskazywanie trwałości kontrowersji, by wspierać ostrożność interpretacyjną (art. 29–32 k.c.)

W praktyce stosowania przepisów dotyczących uznania za zmarłego może powstać wątpliwość, na ile sam upływ czasu od chwili zaginięcia lub szczególne ryzyko zdarzenia, które doprowadziło do zaginięcia, są wystarczające dla uznania zaginionego za zmarłego⁷¹. Wątpliwość może dotyczyć i tego, czy w przypadku niemożliwości zastosowania domniemań formalnych⁷² datą domniemanej śmierci powinien być ostatni dzień terminu, po upływie którego może nastąpić uznanie za zmarłego⁷³. Prawo rzymskie pokazuje w tym zakresie istotne rozbieżności. Gdy mąż dostał się do niewoli, to po pięciu latach niepewności można było uznać małżeństwo za rozwiązane i dać w ten sposób kobiecie możliwość zawarcia kolejnego małżeństwa⁷⁴. Nabycie spadku zawsze jednak wymagało dowodu, że

zaginiony zmarł⁷⁵. Rozważając wątpliwość, jak długo może trwać dożywotnia służebność osobista, jurysci rzymscy stwierdzali, że życie człowieka może trwać najdłużej 100 lat⁷⁶. W zebranej przez Akursjusza późnośredniowiecznej glosie do tych słów wyjaśniono, że jeśli człowiek nie utracił podmiotowości wcześniej, to ma ją do 100 lat⁷⁷. Baldus de Ubaldis prawdopodobnie jako pierwszy dostrzegł możliwość przyjęcia domniemania, że zaginiony nie żyje⁷⁸. Sięgając instrumentalnie do tekstów rzymskich, jurysci *ius commune* formułowali rozbieżne poglądy, że uznanie za zmarłego może nastąpić, gdy zaginiony ukończyłby 65, 70 lub 100 lat⁷⁹. Były też rozbieżne opinie dopuszczające uznanie zaginionego za zmarłego, gdy od zaginięcia minęło od 10 do 30 lat. Usunięciu tych kontrowersji miała służyć osiemnastowieczna propozycja oparcia możliwości i daty uznania za zmarłego na wyliczeniu, że prawdopodobieństwo śmierci jest dwukrotnie wyższe od prawdopodobieństwa życia w oparciu o statystyczne tabele długości życia⁸⁰. W praktyce *ius commune* powtarzano jednak, że dowiedzenie śmierci nie jest łatwe, uznanie za zmarłego należy do oceny sędziego, ale „podoba się, że gdy nieobecny miałby siedemdziesiąt lat, to można go uznać za zmarłego”⁸¹. Kontrowersje prawa przedkodyfikacyjnego sprawiły, że w prawie skodyfikowanym obowiązującym na ziemiach polskich z chwilą odzyskania niepodległości dopuszczano system łączący uznanie za zmarłego z wymogiem uprzedniego uznania za zaginionego, jak i tylko uznanie za zmarłego. Za pierwszym z tych modeli, przyjętym w ustawie z 27 stycznia 1922 r.⁸², podążył opracowany przez I. Koschembahrę-Łyskowskiego

70 Zob. art. 1169 i 1186 k.c.fr.; na temat poprzedzającego je orzecznictwa odwołującego się do kauzy: N. Dissaux, Ch. Jamin, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* (Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016), Dalloz 2016, s. 68, 87; M. Giorgianni, *L'evoluzione della causa del contratto nel codice civile francese*, Napoli 2018, s. 82–87, 107–109.

71 Por. postanowienie SN z 26 lipca 2006 r., IV CSK 67/06, Lex nr 201177.

72 Por. postanowienie SN z 18 lipca 1963 r., III CR 162/63, Lex nr 170625.

73 Por. orzeczenie SN z 21 lutego 1953 r., C 2948/52, Lex nr 117380.

74 D. 24,2,6 (Julian, ks. 62 „Digestów”).

75 C. 8,50,4 (Dioklecjan i Maksymian, 290 r.).

76 D. 7,1,56 (Gaius, ks. 17 „Komentarza do edyktu prowincjonalnego”).

77 Gl. ad D. 7,1,56.

78 Baldus de Ubaldis, *Commentaria in Primam et Secundam Infortiati Partem*, Venetiis 1586, s. 122v (ad D. 29,5,6,2).

79 B. Carpzow, *Definitionum Forensium ad constitution. Electoral. Saxon*, Francofurti–Lipsiae 1663, s. 1679 (III,15,57).

80 N. Bernoulli, *Disseratio Inauguralis mathematico-juridica de usu artis conjectandi in jure*, Basileae 1709, s. 18–20.

81 B. Carpzow, *Definitionum...*, s. 1679 (III,15,57).

82 Ustawa z dnia 27 stycznia 1922 r. w przedmiocie zmiany i uzupełnienia niektórych przepisów obowiązujących w b. Królestwie Polskiem kodeksu cywilnego z 1825 r. oraz

projekt części ogólnej kodeksu cywilnego z 1928 r. (art. 60 projektu). Wybór ten opierał się na przekonaniu, że „jest [on] odpowiedni dla potrzeb życiowych i nie odbiega od przepisów obowiązujących”⁸³. Przyjęcie krótszych terminów uznania za zmarłego tego, kto zaginął wśród niebezpieczeństwa grożącego utratą życia (art. 61 projektu), uzasadniono podobnym rozwiązaniem w innych kodeksach⁸⁴. Dopuszczenie możliwości uznania za zmarłego najwcześniej 10 lat po osiągnięciu pełnoletniości i już z zakończeniem roku kalendarzowego ukończenia 70 lat (art. 62 projektu) było też wzorowane na innych kodeksach. Wyraźne wskazanie, że uznanie za zmarłego ustala domniemanie śmierci (art. 63 projektu), ale „nie równa się śmierci”, uznano za najodpowiedniejsze, bo nietożsame śmierci cywilnej⁸⁵. Możliwość uznania za zmarłego bez uprzedniego uznania za zaginionego wprowadził dekret Prawo osobowe z roku 1945⁸⁶. Przepisy obecnego kodeksu dotyczące uznania za zmarłego są odpowiednikiem art. 13–25 Przepisów ogólnych prawa cywilnego z 18 lipca 1950 r.⁸⁷ Przepisy kodeksu cywilnego dotyczące uznania za zmarłego można postrzegać z perspektywy historycznej jako owoc długotrwałej, budzącej wątpliwości i kontrowersje dyskusji prawniczej. Jej celem było znalezienie równowagi między usunięciem niepewności wynikłej z zaginięcia człowieka a minimalizowaniem ryzyka przedwczesnego przyjęcia domniemania śmierci. Choć historycznie jego wzruszalność nie budzi wątpliwości, to skutki prawne uznania za zmarłego mogą być nieodwracalne. Jest to argument historyczny na rzecz wąskiej interpretacji związku między zdarzeniem powodującym szczególne ryzyko śmierci a domniemaniem śmierci. Argument historyczny skłania także do szczególnej staranności w poszukiwaniu informacji o zaginionym oraz ostrożności w korzystaniu z domniemań

faktycznych dla przyjęcia, że zaginiony zmarł przed upływem terminu pozwalającym przyjąć domniemanie śmierci. Dopełnieniem wskazanych wątpliwości wynikających z refleksji historycznoprawnej może być zwrócenie uwagi, że przepis łagodzący wymagania dla uznania za zmarłą osoby, która ukończyła lat 70, kontynuuje myśl przyjętą w XVII w. przy ustalaniu domniemania śmierci zaginionego, zgodnie z którą „codzienne doświadczenie uczy, że ludzie w większości obecnie nie przekraczają siedemdziesięciu lat życia”⁸⁸. Uwzględniający doświadczenie historyczne prawnik nie powinien jednak całkowicie ignorować faktu, że od tego czasu średnia długość życia wzrosła.

4.2.3. Oświeclenie korelacji między wyborem określonej wykładni a kontekstem społecznym lub ustrojowym (art. 44¹ k.c.)

Przepis art. 44¹ k.c. w sposób ogólny i odsyłający wskazuje, jak ustalić podmiot uprawniony do dokonywania czynności cywilnoprawnych mieniem państwowym. Szczegółowe regulacje ustawowe dotyczące władania różnymi zasobami Skarbu Państwa, ustawowe zadania państwowych osób prawnych oraz wykonywanie uprawnień właścicielskich w spółkach kapitałowych łączą się z realizacją celów publicznych. Określenie tych celów i sposobu ich osiągania powinno opierać się na realistycznej ocenie współczesności i na prognozach co do przyszłości. W ujęciu historycznym można tylko postawić pytanie o cele wyodrębniania pojęcia własności państwowej w prawie prywatnym. W prawie rzymskim wyodrębniano rzeczy publiczne (*res publicae*), rozróżniając dwa ich rodzaje. Pierwszy obejmował rzeczy, które nie mogły być nabyte do majątku prywatnego, a z których każdy mógł korzystać (*res in publico usu*). Drugi stanowił majątek wspólnot państwowych i komunalnych, który mógł być przedmiotem obrotu⁸⁹. Słowo *fiscus* – pierwotnie oznaczające prywatny majątek cesarza – rozciągnięto w monarchii absolutnej na cały majątek państwowy⁹⁰. Nauka *ius commune* powtarzała od XI do XIX w. pojęcie *res publicae*, jednak bez prostej

ustawy postępowania cywilnego, dotyczących nieobecnych i zaginionych, Dz.U. z 1922 r., poz. 87.

83 I. Koschembahr-Lyskowski, *Kodeks cywilny*..., s. 71.

84 Zob. § 24 k.c.a. i § 14 k.c.n. w ówczesnym brzmieniu.

85 I. Koschembahr-Lyskowski, *Kodeks cywilny*..., s. 81.

86 Dekret z dnia 29 sierpnia 1945 r. Prawo osobowe, Dz.U. z 1945 r., poz. 223, art. 13–16.

87 Ustawa z dnia 18 lipca 1950 r. Przepisy ogólne prawa cywilnego, Dz.U. z 1950 r., poz. 311.

88 B. Carpzow, *Definitionum*..., s. 1679 (III,15,57).

89 D. 18,1,6pr. (Pomponiusz, ks. 9 „Komentarza do pism Sabina”).

90 C. 7,37,3 (Justynian, 531 r.).

kontynuacji. Późnośredniowieczne potwierdzenie umownej swobody rozporządzania majątkiem fiscusa⁹¹ doznało w dyskusji prawniczej modyfikacji. W okresie wczesnonowożytnym łączono pojęcie *res publicae* z obiektami, których nie można sprzedawać wrogom

zasadę obrót tego rodzaju rzeczami według reguł ogólnych (art. 154). Natomiast w pierwotnym brzmieniu obecnego kodeksu cywilnego art. 129 wyrażał – w rozwinięciu art. 8 Konstytucji PRL – zasadę szczególnej ochrony prawnej własności społecznej.



Argument historyczny może być pomocny w trudnych przypadkach prawa prywatnego nie tylko powierzchownie i losowo, ale wiarygodniej i częściej.

państwa⁹². W ustroju feudalnym swobodę korzystania z *res in publico usu* zastąpiło włączenie ich do wyłącznych uprawnień monarchy lub władców lokalnych. Wyjaśniano, że rzymska swoboda korzystania doprowadziłaby do ruiny łowiectwo lub rybactwo⁹³. W pierwszym polskim projekcie kodyfikacyjnym, tzw. Kodeksie Zamoyskiego, wyodrębniono pojęcie rzeczy powszechnych i publicznych, aby zapewnić swobodę żeglugi i korzystania z dróg (część II, art. VI)⁹⁴. Dziewiętnastowieczna teoria określiła *fiscus* jako jedną z osób prawnych, personifikację majątku państwowego⁹⁵. Towarzyszył temu rozwój regulacji szczególnych dotyczących tego majątku. Opracowany przez I. Koschembahr-Lyskowskiego projekt części ogólnej tworzonego w okresie międzywojennym polskiego kodeksu cywilnego wyodrębniał rzecz publiczną jako rzecz „o określonym celu społecznym lub gospodarczym będącą własnością państwa lub ciała samorządowego”⁹⁶. Twórca projektu proponował jako

Interpretując art. 44¹ k.c., należy pamiętać, że doświadczenie historyczne pokazuje, iż cele wyodrębnienia w prawie prywatnym mienia publicznego lub państwowego są wyraźnie powiązane z kontekstem ustrojowym. W obecnym stanie prawnym za inspirujące spośród tych celów uznać można troskę o dostępność dla obywateli tego, co określano jako *res in publico usu*, oraz powiązanie mienia państwowego z celami społecznymi lub gospodarczymi państwa.

5. Konkluzja

Powyższe rozważania stanowiły próbę wskazania przesłanek, w oparciu o które można uznać argument historyczny za cenne wsparcie rozumowań w prawie prywatnym. Jest to artykuł koncepcyjny, toteż adekwatny do tych przesłanek model został przedstawiony w oparciu o kilka przykładów mających cechy badania wstępnego.

Rozważania, które doprowadziły do zaproponowania tego modelu, jak i wynik badania wstępnego, pozwalają postawić tezę, że argument historyczny może być pomocny w trudnych przypadkach prawa prywatnego nie tylko powierzchownie i losowo, ale wiarygodniej i częściej, gdy spełnione będą następujące przesłanki:

- budujący argumentację uzna istnienie trwałych elementów racjonalności w prawie i wynikającą z tego ich wartość perswazyjną;

o rzeczach (art. 129–161), „Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej” 1931, t. 1, z. 3c, s. 7.

91 Gl. ad D. 18,1,72,1.

92 S. Stryk, *Specimen usus moderni Pandectarum. Continuatio a libro XIII usq. ad XXII*, Halae Magdeburgicae 1745, s. 274–275 (ad D. XVIII,1,§ 6).

93 L.J.F. Höpfner, *Theoretischpractischer Commentar über die Heineccischen Institutionen nach deren neuesten Ausgabe*, Frankfurt a. M. 1803, s. 277–278 (§ 276).

94 Zbiór praw sądowych na mocy konstytucji roku 1776 przez Andrzeja Zamoyskiego ułożony, Warszawa 1778, s. 107–111.

95 B. Windscheid, *Lehrbuch...*, s. 126 (§ 57).

96 I. Koschembahr-Lyskowski, *Kodeks cywilny Rzeczypospolitej Polskiej. Księga pierwsza, przepisy ogólne. Część druga:*

- doświadczenie prawnicze zostanie włączone do argumentacji topicznej, by wesprzeć wiarygodne rozwiązanie;
- argumenty historyczne będą oparte na szerokim doświadczeniu historycznym, udostępnionym w sposób przystępny i wyraźnie powiązany z konkretnymi problemami współczesnej praktyki;
- zebranie takich argumentów w komentarzu do kodeksu cywilnego lub innej ustawy uznamy za jedną z pluralistycznych form aktywności historyka prawa, skupiającej się tu na akcentowaniu empirycznego, czyli obiektywizującego, ale nie autorytatywnego waloru argumentu historycznego. Powstanie spełniającego te cechy zbioru argumentów historycznych w formie komentarza historycznego byłoby wsparciem nauki zorientowanej na opracowanie rozwiniętej, współczesnej retorycznej teorii argumentacji, by sprzyjać racjonalności w praktyce prawniczej⁹⁷.

Bibliografia

- Alexy R., *Teoria argumentacji prawniczej*, przeł. B. Baran, Warszawa 2021.
- Althusius J., *Dicaeologiae libri tres, totum et universum ius, quo utimur, metodicae complectentes*, Herborn 1646 (wydanie anastatyczne Aalen 1967).
- Baldus de Ubaldis, *Commentaria in Primam et Secundam Infortiati Partem*, Venetiis 1586.
- Baldus de Ubaldis, *In secundam Digesti Veteris partem commentaria*, Venetiis 1586.
- Baldus Ch., *Historische und vergleichende Auslegung im Gemeinschaftsprivatrecht. Zur Konkretisierung der „geringfügigen Vertragswidrigkeit“*, w: *Die Generalklausel im Europäischen Privatrecht. Zur Leistungsfähigkeit der deutschen Rechtswissenschaft aus romanischer Perspektive*, red. Ch. Baldus, P.Ch. Müller-Graff, München 2006, s. 1–24.
- Bartolus de Saxoferrato, *Commentaria. Digestum Vetus*, t. 1–2, Venetiae 1526 (wydanie anastatyczne Roma 1996).
- Bernoulli N., *Disseratio Inauguralis mathematico-juridica de usu artis conjectandi in jure*, Basileae 1709.
- Bilsky L., Klagsbrun R., *Cultural Genocide: Between Law and History*, w: *The Oxford Handbook of Legal History*, red. M. Dubbert, Ch. Tomlins, Oxford 2018, s. 1081–1094.
- Bilsky L., *Cultural Genocide and Restitution: The Early Wave of Jewish Cultural Restitution in the Aftermath of World War II*, „International Journal of Cultural Property” 2020, t. 27, s. 373–396.
- Brophy A.L., *Doing Things with Legal History: Historical Analysis in Property Law*, w: *The Oxford Handbook of Legal History*, red. M. Dubbert, Ch. Tomlins, Oxford 2018, s. 923–940.
- Brunnemann J., *Commentarius in Pandectas*, t. 1, Lugduni 1714.
- Carpzow B., *Definitionum Forensium ad constitution. Electoral. Saxon, Francofurti-Lipsiae* 1663.
- Commentario histórico-dogmático al libro IV del Código civil de Chile*, red. C.A. Perelló, Valencia 2022.
- Cyrul W., *Topika i prawo*, „Państwo i Prawo” 2004, t. 59, nr 6, s. 47–54.
- Dajczak W., *Rechtstradition und Fortbildung des Privatrechts*, w: *Krakauer-Augsburger Rechtsstudien. Die Grenzen der rechtsdogmatischen Interpretation*, red. J. Stelmach, R. Schmidt, Warszawa 2011, s. 243–257.
- Dissaux N., Jamin Ch., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016)*, Dalloz 2016.
- Donellus H., *Commentariorum de Iure Civili*, w: *Opera omnia*, t. 1, 3, Lugduni 1764.
- Giorgianni M., *L'evoluzione della causa del contratto nel codice civile francese*, Napoli 2018.
- Grigoleit H.Ch., *Das historische Argument in der geltendrechtlichen Privatrechtsdogmatik*, „Zeitschrift für Neue Rechtsgeschichte” 2008, t. 30, s. 259–271.
- Giuliani A., *Ricerche in tema di esperienza giuridica*, Milano 1957.
- Honsell T., *Historische Argumente im Zivilrecht: ihr Gebrauch und ihre Wertschätzung im Wandel unseres Jahrhunderts*, Ebelsbach 1982.
- Höpfner L.J.F., *Theoretischpractischer Commentar über die Heineccischen Institutionen nach deren neuesten Ausgabe*, Frankfurt a. M. 1803.
- Jastrzębski R., *Wykładnia historyczna we współczesnej judykaturze*, „Przegląd Sądowy” 2010, t. 19, nr 1, s. 91–111.
- Klami H.T., *Confessiones methodologicae. Probleme rechtshistorischer Argumentation*, Turku 1981.
- Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1. Część ogólna, red. K. Osajda, Warszawa 2017.
- Koschembahr-Łyskowski I., *Kodeks cywilny Rzeczypospolitej Polskiej. Księga pierwsza, przepisy ogólne. Projekt wraz z uzasadnieniem (art. 1–128)*, „Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej” 1928, t. 1, z. 3a.
- Koschembahr-Łyskowski I., *Kodeks cywilny Rzeczypospolitej Polskiej. Księga pierwsza, przepisy ogólne. Część druga: o rzeczach*

⁹⁷ Zob. R. Alexy, *Teoria...*, s. 40.

- (art. 129–161), „Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej” 1931, t. 1, z. 3c.
- Lang W., Wróblewski J., Zawadzki S., *Teoria państwa i prawa*, Warszawa 1980.
- Lange H., Kriechbaum M., *Römisches Recht im Mittelalter*, München 2007.
- McBride N.J., Steel S., *Great Debates in Jurisprudence*, London 2018.
- Morawski M., *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2010.
- Opocher E., *La filosofia dell'esperienza giuridica*, w: *La filosofia del diritto in Italia nel secolo XX. Atti del XI Congresso Nazionale della Società Italiana di Filosofia Giuridica e Politica*, red. R. Orecchia, Milano 1976, s. 85–100.
- Orestano R., *Della esperienza giuridica vista da un giurista*, w: R. Orestano, *Scritti con una nota di lettura di Antonio Mantello*, t. 3, Napoli 1998, s. 1823–1892.
- Pihlajamäki H., *Tracing Legal History in Continental Civil Law*, w: *The Oxford Handbook of Legal History*, red. M. Dubbert, Ch. Tomlins, Oxford 2018, s. 717–736.
- Poscher R., *Ambiguity and Vagueness in Legal Interpretation*, w: *The Oxford Handbook of Language and Law*, red. P.M. Tiersma, L.M. Solan, Oxford 2012, s. 129–144.
- Rückert J., Schmoeckel M., Zimmermann R., *Vorwort*, w: *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Allgemeiner Teil*, §§ 1–240, t. 1, Tübingen 2003, s. V–VI.
- Savigny F.C., *System des heutigen Römischen Rechts*, t. 1, Berlin 1840.
- Savigny F.C., *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814, w: *Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften mit einer Einführung von Professor Dr. Hans Hattenauer*, München 2002, s. 61–130.
- Sobczyk M., *Prawo rzymskie przed sądami Wspólnot Europejskich*, „Studia Prawnoustrojowe” 2007, nr 7, s. 279–294.
- Stelmach J., *Kodeks argumentacyjny dla prawników*, Kraków 2003.
- Stelmach J., Brożek B., *Metody prawnicze*, Warszawa 2006.
- Struve G.A., *Syntagma Iurisprudentiae secundum Ordinem Pandectarum*, Jena 1702.
- Stryk S., *Specimen usus moderni Pandectarum. Continuatio a libro XIII usq. ad XXII*, Halae Magdeburgicae 1745.
- Terré F., Simler P., Lequette Y., *Droit civil. Les obligations*, Paris 2002.
- The Oxford Handbook of Legal History*, red. M. Dubbert, Ch. Tomlins, Oxford 2018.
- Viehweg T., *Topik und Jurisprudenz*, wyd. 5, München 1974.
- Wesenbeck M., *Commentarii in Pandectas Juris Civilis et Codicem Justinianum olim dicta Paratitla*, Amstelodami 1665.
- Windscheid B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, t. 1, Düsseldorf 1862.
- Whitman J.Q., *The Legacy of Roman Law in the German Roman-tic Era. Historical Vision and Legal Change*, Princeton 1990.
- Zbiór praw sądowych na mocy konstytucji roku 1776 przez Andrzeja Zamojskiego ułożony*, Warszawa 1778.
- Zobowiązania. Przepisy ogólne i powiązane przepisy Księgi I KC*, red. P. Machnikowski, Warszawa 2022.
- Zoesius H., *Commentarius ad Digestorum seu Pandectarum Iuris Civilis*, Lovanni 1656.