

Jarosław Reszczyński

POJĘCIE „KONIECZNOŚCI” W PRAWIE RZYMSKIM UWAGI METODOLOGICZNE

1. Pojęcie „konieczności” odgrywa istotną rolę w sferze prawa, choć nie zawsze jest ona uświadomiona. Dotyczy to współczesnych systemów prawa, a także praw dawnych. „Konieczność” jest przede wszystkim atrybutem norm prawnych i przesłanką ich obowiązywania. Może być jednocześnie w poszczególnych przypadkach także podstawą zawieszania ich skuteczności, w zależności od treści i relacji wobec innych norm oraz wartości. Może także zwalniać od odpowiedzialności za naruszenie normy (wyższa konieczność). Z tego punktu widzenia wydaje się uprawnione rozróżnienie „konieczności” systemowej i „konieczności” zewnętrznej, wpływającej na stosowanie prawa, której źródła leżą poza tym systemem. „Konieczność” ma zatem rozmaite konotacje.

W prawach, które jak prawo rzymskie, nie tworzą jednolitych systemów, możemy dostrzec podobne funkcje „konieczności” w ramach poszczególnych zespołów norm. Funkcjom tym nie stoi na przeszkodzie nawet kazuistyczny sposób dochodzenia do ustalenia ich treści. W metodzie kazuistycznej „konieczność” spełnia rolę elementu ujednociającego rozstrzygnięcia prawników w konkretnych przypadkach jako składnik myślenia topicznego. *Topoi* stwarzają porządek prawny dzięki powtarzalności rozstrzygnięć¹. W tym zakresie widoczna jest dodatkowa formalna funkcja „konieczności”. Jednocześnie liczne *topoi* posługują się „koniecznością” jako materialnym elementem swojej treści.

Odmawianie funkcji systemowych „konieczności” jest możliwe, jeśli postrzega się ją jedynie w tym ostatnim aspekcie². Nawet w takim przypadku pozo-

¹ Por. T. Giaro, *Excusatio necessitatis' nel diritto romano*, Warszawa 1982, s. 18.

² Tak Th. Mayer-Maly, *Topik der 'necessitas'*, *Études J. Macqueron*, Aix-en-Provence 1970, s. 477. Autor odmawia „konieczności” zarówno statusu pojęcia systemowego, jak i w ogóle przydatności systemowej. Nie widzi w niej także elementu charakterystycznego dla porządku wewnętrznego jurysprudencji. Uznaje w niej tylko funkcję środka argumentacji jurystów (ibidem, s. 486). Zajmuje się jednak wyłącznie tym aspektem zagadnienia.

staje jednak świadomość twórczego i wieloaspektowego wpływu różnie rozumianej „konieczności” na rozwój systemu³.

2. Z punktu widzenia metodologii „konieczność” jest kategorią pojęciową opisującą przebieg zdarzeń i zjawisk dostępnych ludzkim zmysłom i podlegających analizie świadomości. Za jej pośrednictwem fenomeny te są postrzegane we wzajemnych zależnościach o charakterze deterministycznym. Z charakteru związków wynika jednoznaczne i nieuchronne, czyli „konieczne”, wynikanie, następstwo skutków albo niepodlegająca wyjątkom współzależność poszczególnych elementów. U podstaw rozumienia „konieczności” leżą rozpoznane przez człowieka zasady i prawa rządzące rzeczywistością. Stanowią rezultat porządkowania ludzkiego doświadczenia i poszukiwania prawidłowości w poznaniu kształtowanym przez percepcję przypadkowych bodźców i informacji. W źródłach prawa rzymskiego prawidłowości te mają w przeważającej mierze charakter empiryczny i są powszechnie przyjętym i akceptowanym dziedzictwem myślenia praktycznego (zdroworozsądkowego).

Utrwalone w świadomości są one jednak odąd jednocześnie elementem struktur poznawczych pozwalających oceniać rzeczywistość i przewidywać przyszłość. Przekonanie o ich obiektywnym charakterze stanowi przesłankę umożliwiającą zbudowanie racjonalnej relacji pomiędzy podmiotem działającym i światem zewnętrznym. Służy ona ograniczeniu negatywnych skutków przypadkowości i nieprzewidywalności zjawisk, które stanowią immanentną i naturalną cechę rzeczywistości. W tym znaczeniu odkryte zależności stają się elementami *topoi* (*loci communes*): pojęciami ogólnymi, argumentami, „elementami” i „przesłankami” skutecznych schematów myślowych, przydatnymi do budowy sylogizmów i entymematów, które ułatwiają analizę rzeczywistości i pozwalają na określenie się wobec jej wymogów⁴.

Ta struktura poznawcza jest głęboko zakorzeniona w umysłach ludzkich i funkcje *topoi* w retoryce i w prawie są tylko ich refleksem⁵.

3. Podstawą uznania „konieczności” (obiektywnego charakteru) stale występujących związków między procesami, stanami rzeczy i ich cechami stała się przede wszystkim przyczynowość. Dynamiczna interpretacja „konieczności” przyjmuje jako nieuchronną sekwencję występowania po pewnym wcześniejszym zdarzeniu (przyczyna), zdarzenia późniejszego (skutek). Jest to interpretacja „przyczynowo-skutkowa”.

³Ten sam autor pisze: „Recht aus Not, Recht durch Not und Recht wegen einer Not sind dem Rechtshistoriker ebenso geläufig wie dem Rechtsverglicher”. Zob. Th. Mayer-Maly, *Gemeinwohl und necessitas*, *Festschrift A. Ertler*, Aalen 1976, s. 135.

⁴Zob. M. Korolko, *Sztuka retoryki*, Warszawa 1990, s. 60-61.

⁵W istocie jest to potwierdzenie poglądu T. Giary (*'Excusatio necessitatis'*..., s. 168; 177), dystansującego się od rozpowszechnionej opinii, iż stosowanie „konieczności” jako elementu argumentacji jurystów było mechanicznym przejęciem doświadczeń retoryki. Tak m.in. F. De Martino, *In tema di stato di necessità*, RISG 1939, nr 14, s. 58 (minimalizując znaczenie); A. Ormanni, *s.v. Necessità, stato di (diritto romano)*, ED XXVII, Milano 1977, s. 824; O. Diliberto, *s.v. Sull' 'applicazione dell' 'excusatio necessitatis' ai 'lapsi'*, *Scritti in onore di A. Guarino*, t. 4, Napoli 1984, s. 1777-1781.

Cechę „konieczności” noszą jednak także prawidłowości polegające na stałym wspólnym występowaniu określonych zjawisk czy zdarzeń w ramach współistniejących struktur (prawidłowości strukturalne) oraz stałe reguły pojawiające się w układach dynamicznych, określające zmiany poszczególnych ich elementów lub charakteryzujących je cech (prawidłowości funkcjonalne). Prawidłowości mogą zresztą pojawiać się łącznie na kilku płaszczyznach. Związki funkcji lub korelacja zjawisk występują również wśród elementów połączonych „koniecznością” przyczynową i strukturalną.

Filozoficzne rozróżnienie determinizmu fizycznego i determinizmu etycznego (w aspekcie metodologicznym zakładającego także stałość związków przyczynowo-skutkowych w świecie zjawisk psychologicznych i społecznych) doprowadziło do pojęciowego wyodrębnienia obok „konieczności obiektywnej” także „konieczności subiektywnej”. Pierwsza charakteryzuje ostatecznie sekwencje, korelacje i funkcje zdarzeń i zjawisk występujące w naturze, niezależnie od człowieka. „Konieczność obiektywna” wyklucza wszelki przypadek. Druga pojawia się na płaszczyźnie psychologicznej i społecznej w kontekście ludzkich działań i czynników, od których są one uzależnione. „Konieczność subiektywna” jest przeciwieństwem wolnej woli i ją eliminuje⁶.

Kontrapozycja *necessitas – voluntas* (będąca sama w sobie ważnym *topos*) jest bardzo istotnym elementem dotyczącym treści omówionej niżej „konieczności” aksjologicznej i tetycznej⁷.

„Konieczność” może być także rozpatrywana w aspekcie celowościowym. Jej ontologiczne rozumienie ma w tym zakresie ograniczone zastosowanie w źródłach (np. uzasadnienie emanacji norm z konieczności wypełnienia wyższego porządku rzeczy). „Konieczność” ujęta teleologicznie może jednak dotyczyć zjawisk i procesów naturalnych, a także działań ludzkich⁸. Analizuje się je z punktu widzenia osiągnięcia zamierzonego celu. Cel ten i działania podlegają jednak z reguły wartościowaniu, jak większość aktów spowodowanych „koniecznością subiektywną”⁹. Działania ludzkie są więc widziane jednocześnie w perspektywie osiągnięcia określonego celu, skuteczności potrzebnej dla jego osiągnięcia („konieczności” przyczynowo-skutkowej), a także wartości wiązanych z nimi w sferze psychologicznej oraz społecznej.

Wyraźnie widać zatem, że na płaszczyźnie semantycznej obok pojmowania „konieczności” jako cechy przytoczonych poprzednio związków przyczynowo-

⁶ Th. Mayer-Maly, *Necessitas constituit ius. Studi in onore di G. Grosso*, t. 1, Torino 1968, s. 190, utrzymuje, że „konieczność” odpowiada nie rzeczom, ale naszym wyobrażeniom. Jest to twierdzenie prawdziwe w sferze „konieczności subiektywnej”.

⁷ Zob. Th. Mayer-Maly, *Topik...*, s. 484-486; idem, *Gemeinwohl...*, s. 136; A. Ormanni, *Necessitas...*, s. 825; T. Giaro, *Excusatio necessitatis*..., s. 23, 25; O. Diliberto, op. cit., s. 1775, 1781. Por. Sen., *ben.*, 2.18.7... *necessitas tollit arbitrium...*

⁸ „Konieczność” celowościową wyróżniał już Arystoteles i za nim nauka filozofii. Zob. T. Giaro, *Excusatio necessitatis*..., s. 22; 191.

⁹ Tak słusznie T. Giaro, *Excusatio necessitatis*..., s. 18, z powołaniem się na T. Kotarbińskiego. W istocie jednak ocena dotyczy tylko celów i skutków (niekiedy także stosowanych środków), a nie przyczyn, które są założone.

skutkowych, strukturalnych, funkcjonalnych oraz celowościowych, pojawiają się jej dalsze interpretacje¹⁰.

4. Do najważniejszych należy właśnie interpretacja aksjologiczna, która przedstawia ocenę zdarzeń i zjawisk z punktu widzenia ich wartości w określonym systemie. Mamy więc do czynienia z kategoriami normatywnymi. „Koniecznością” nazywane są stany cenne i pożądane z punktu widzenia tych kategorii. „Konieczne” jest dążenie do ich osiągnięcia. W źródłach prawa rzymskiego są to wartości egzystencjalne o charakterze absolutnym (życie, wolność, bezpieczeństwo fizyczne, byt materialny), ale także relatywnym¹¹ (różnego rodzaju interesy ekonomiczne oraz społeczne dotyczące podmiotów indywidualnych i zbiorowości). Obok wartości materialnych pewną rolę odgrywają też wartości obyczajowe i etyczne.

Wartości te mogą być pojmowane jako cechy przedmiotu istniejące obiektywnie, albo jako konsekwencja subiektywnej oceny dokonanej przez konkretny podmiot we własnym zakresie (wartością subiektywną może być np. interes osobisty)¹². Interpretacja aksjologiczna odwołująca się do wartości społecznych przyjmuje z reguły pewien standard wartości niekwestionowanych (powszechnie akceptowanych). Zawsze jest jednak możliwe porównanie i przeciwstawienie wartości powszechnie przyjętych wartościom uznawanym w węższych grupach społecznych, czy też indywidualnie¹³. Interpretację aksjologiczną charakteryzuje dodatkowo możliwość przeniesienia cechy „konieczności” przypisanej danemu dobru (wartości) na środki służące jego realizacji (dopuszczalne w podobnych granicach)¹⁴.

Źródła prawa rzymskiego zawierają bardzo wiele odniesień do „konieczności” interpretowanej aksjologicznie, co jest zrozumiałe, gdyż odzwierciedlają świat wartości ówczesnego społeczeństwa. Stosowanie w nich języka potocznego nie uprawnia jednak do stwierdzenia, że rozumienie „konieczności” ogranicza się tylko do tej płaszczyzny¹⁵.

Nie mniej istotną rolę niż aksjologiczna odgrywa bowiem tetyczna interpretacja „konieczności”. W interpretacji tetycznej „konieczność” jest konsekwencją samego faktu istnienia normy ustanawiającej określoną powinność. Z punktu widzenia prawa istotne znaczenie ma pochodzenie normy od organu uprawnionego do jej wydania. „Koniecznością” jest zatem określone zachowanie zmierzające do

¹⁰ Por. K. Szymanek, *Sztuka argumentacji*, Warszawa 2001, s. 176-178.

¹¹ Relatywność odnosi się do możliwości ich konfrontacji z innymi wartościami i wyboru w razie konfliktu. Ma to szczególne znaczenie w analizie wpływu konieczności na realizację obowiązków przewidzianych przez prawo (tzw. *excusatio necessitatis*).

¹² Również jego realizacja może być określana jako „konieczna”. Relatywność tej „konieczności” wyraża się tu we wstrzymaniu realizacji wartości w razie naruszania interesu innego podmiotu lub zbiorowości. Wartości subiektywne mogą wynikać też z osobistych preferencji obyczajowych czy moralnych.

¹³ Przykładem takich rozważań jest np. kontrowersja wśród pisarzy chrześcijańskich w kwestii, czy może być usprawiedliwione odstępstwo od religii w wypadku zagrożenia torturami i śmiercią. Tertulian stawia wyżej w hierarchii wartości wierność wierze niż życie. Zob. O. Diliberto, *op. cit.*

¹⁴ Widoczne to już jest u Cicerona (*de off.* 1.11) i Seneki (*ben.* 1.11.2 i n.). T. Giaro mówi w tym kontekście o „konieczności instrumentalnej” (*Excusatio necessitatis*..., s. 23).

¹⁵ Zob. Th. Mayer-Maly, *Gemeinwohl*..., s. 135; por. idem, *Topik*..., s. 477.

osiągnięcia stanu zgodnego z dyspozycją normy ustanowionej w sposób zgodny z prawem i do jego utrzymania. Wobec istnienia norm różnie regulujących zachowanie adresata (nakazujących, zakazujących i pozwalających) występuje w zależności od hipotezy rozumiana tetycznie konieczność działania albo konieczność powstrzymania się od działania. Natężenie „konieczności” przy normach społecznych może być jeszcze zróżnicowane w zależności od tego, czy dyrektywa wskazanego postępowania dotyczy zachowania jednostki wobec społeczeństwa, wobec innych jednostek, czy skutków jej działania wobec siebie samej. Dla oceny „konieczności” mają ponadto znaczenie właściwości obowiązywania norm (bezwzględnie lub względnie obowiązujące) i sposób wskazania adresata (abstrakcyjny i konkretny). Z tego punktu widzenia możemy mieć do czynienia z bezwzględną koniecznością podporządkowania się nakazowi normy (adresowanej ogólnie lub indywidualnie, lecz nigdy niedopuszczającej do działań z nią sprzecznych), ze względną koniecznością mającą charakter zobowiązania wobec drugiego podmiotu (której zlekceważenie rodzi odpowiedzialność i w jej konsekwencji karę) i z jeszcze mniej stanowczą indykatywną koniecznością stosowania się do określonych norm zalecanych jedynie jako środek do osiągnięcia określonego celu (ciężary)¹⁶.

W każdym razie istota rzeczy tkwiąca w każdej z postaci „konieczności” tetycznej i polegająca na ograniczenia wolności (wolnej woli) była w pełni uświadomiona przez rzymskich jurystów¹⁷.

W praktyce analiza „konieczności” wskazuje, że interpretacja aksjologiczna i tetyczna mogą mieć wspólne pola znaczeniowe. Jest to szczególnie wyraźne w moralnych, obyczajowych i religijnych systemach normatywnych. Widoczne jest jednak również w systemach prawnych. Wyznaczony przez normę obowiązek zachowania jest przede wszystkim skierowany na uzyskanie stanu odpowiadającego założonym wartościom. Rozłączność obu płaszczyzn znaczeniowych jest w pełni charakterystyczna jedynie dla neutralnych aksjologicznie norm technicznych.

Prawidłowość ta rodzi w trakcie analizy badawczej pewne trudności klasyfikacyjne (szczególnie w przypadku tzw. *excusatio necessitatis*)¹⁸.

Przedstawione interpretacje „konieczności” wyczerpują w zasadzie jej podstawowe znaczenia, z którymi spotykamy się w źródłach prawa rzymskiego¹⁹.

¹⁶ Zob. T. Giaro, *‘Excusatio necessitatis’...*, s. 44-47.

¹⁷ Zob. ibidem, s. 40, 206 przyp. 1 (z bogatą dokumentacją źródłową).

¹⁸ Z tego względu T. Giaro (*‘Excusatio necessitatis’...*, s. 57) przyjął dla potrzeb analizy tej tematyki odmienne podziały. Kategorię formalnie rozumianej „konieczności” tetycznej uznał on za nieprzydatną w analizie. „Konieczność” tetyczna jest dla niego tylko postacią „konieczności” aksjologicznej, która odwołuje się do wartości zawartej w normie prawnej. Poza dogmatyką Giaro przyjmuje istnienie „konieczności czysto aksjologicznej”. Jednocześnie Giaro wyróżnia kategorię „konieczności” prawnej, wynikającej z norm prawa (w istocie pokrywającą się z „koniecznością” tetyczną na płaszczyźnie prawa), ale służy mu ona w zasadzie tylko do wyodrębnienia przypadków prawnej „konieczności bezwzględnej” (*necessità assoluta*). Razem z przypadkami fizycznej „konieczności bezwzględnej” (*vis maior*, choroba) tworzą one u niego osobną kategorię, w której natężenie „konieczności”, nawet rozumianej subiektywnie, zmusza do bezwarunkowego podporządkowania. Por. D. 1,5,4 pr. (Florentinus): *nisi si quid vi aut iure prohibetur*.

¹⁹ Istnieje ponadto interpretacja psychologizująca „konieczności”, w myśli której termin ten wyraża subiektywne przekonanie podmiotu o prawdziwości (słuszności) jego twierdzenia.

5. Znaczenie „konieczności” może być także analizowana na płaszczyźnie logiki, szczególnie w aspekcie rachunku zdań. Z punktu widzenia logiki modalnej „konieczność” logiczna pojmowana jest w sposób absolutny. Zdania konieczne, to zdania analityczne (albo też syntetyczne *a priori*), które są weryfikowane jedynie w świetle znaczenia występujących w nich terminów (albo poprzez rozumowanie)²⁰. Poza rachunkiem zdań logiki aleicznej, w której twierdzenia buduje się w oparciu o istotny z naszego punktu widzenia funktor „jest konieczne” (tj. obowiązujące w każdym możliwym świecie), pojawia się także relatywne rozumienie wyrażań koniecznych posiadających wartość logiczną. W celu uzasadnienia ich prawdziwości potrzebne jest sięgnięcie do wiedzy istniejącej poza semantyczną wartością znaków, czyli do przesłanek uzyskanych drogą poznania empirycznego (zdania syntetyczne *a posteriori*).

„Konieczność” widziana w relacjach pozbawionych pierwiastka absolutnej pewności nie gwarantuje jednak z punktu widzenia logiki formalnej prawidłowości dokonywanych operacji, inaczej niż w przypadku zdań analitycznych. Zdania syntetyczne aposterioryczne są przy tym istotną częścią komunikacji interpersonalnej, także w kontekście wymiaru sprawiedliwości. Nie wyrażają one jednak „konieczności” stanowiącej normy, lecz są jedynie ich konsekwencja. Znaczenie tego podziału pojawia się przy ocenie trafności opinii jurystów w świetle przyjętych przez nich przesłanek. Nie ma wszakże wpływu na sposób rozumienia „konieczności”.

6. Jak wspomniano, wewnątrz zbioru norm prawnych „konieczność” pełni dwojaką funkcję. W podstawowej działa jako czynnik spoistości, wymuszający stosowanie się do norm i regulujący zachowania podmiotów²¹. W drugiej działa jako uzasadnienie norm szczegółowych sprzecznych z ogólnymi lub usprawiedliwienie dla zachowań sprzecznych z normami, znoszące lub łagodzące odpowiedzialność za ich naruszenie²². W tym zakresie „konieczność” jako czynnik wprowadzany z zewnątrz systemu osłabia jego jednolitość. Mamy więc na pierwszy rzut oka do czynienia z funkcją systemową „konieczności” i z jej funkcją przeciwsystemową. W istocie nawet w tej drugiej roli wprowadzanie „konieczności” służy doskonaleniu systemu. W szczególności przyczynia się do usuwania lub łagodzenia kolizji między wartościami i normami, częściowo pochodzącymi z samego systemu, a w części z innych, zakorzenionych w świadomości adresatów norm prawnych. Funkcja „łagodząca” jest też w istocie wyrazem pragmatyzmu wymiaru sprawiedliwości,

²⁰ K. Szymanek, op. cit., s. 338.

²¹ „Konieczność” podporządkowania się normie, w czym wyraża się ta funkcja, jest wielokrotnie podnoszona w źródłach prawa rzymskiego. Ujmuje ją m.in. zwrot *auctoritas legum* kilkadziesiąt razy pojawiający się w CIC (głównie w późnych konstytucjach). Por. C. 1,18,13; 3,36,10; 6,20,18; 6,30,22,13; 6,60,3,1; 8,40,28,3; 8,53,35,4; 8,53,36 pr.; 9,2,16 pr.; 9,2,17 pr.; 9,9,4,1; 11,48,17, ale także D. 24,2,11,1; 50,13,5,1; 50,16,120 (w części być może interpolowane). Nawet jeśli norma była kontestowana, nie kwestionowano jej „koniecznego” charakteru. Zob. Tert. *apolog.* 45.5 i uwagi O. Diliberto, op. cit., s. 1774.

²² Zob. Th. Mayer-Maly, *Höhere Gewalt: Falltypen und Begriffsbildung, Festschrift A. Steinwenter*, Graz-Köln 1958, s. 58; T. Giaro, *'Excusatio necessitatis'...*, s. 18, 20.

krokiem w kierunku zapewnienia efektywności stosowania norm, świadomie wyrażonym w zasadzie *summum ius, summa iniuria*²³.

W teoretycznie założonym systemie, w którym nie występują konflikty wartości ani konflikty norm, i który jest wewnętrznie niesprzeczny, możemy mieć do czynienia głównie z „koniecznością” tetyczną w funkcji „porządkującej”. Jest ona immanentną jego cechą, nie wymaga potwierdzenia szczególnymi zapisami i postrzegana jest w swym aspekcie formalnym. Przy przejściu na głębszą płaszczyznę materialną pytania o zasadność i źródła mocy wiążącej norm, doprowadzać mogą nawet w takim modelu do innych interpretacji i klasyfikacji konieczności²⁴.

Na gruncie prawa rzymskiego, tak samo jak we wszystkich systemach, w których normy pochodzą z różnych źródeł, pojawiają się elementy niezgodne z sobą²⁵. Ich uzasadnienia nawiązują często do różnych aspektów rozumienia „konieczności”. W przypadku funkcji „łagodzących” pojawia się ona przede wszystkim w znaczeniach aksjologicznych.

Z formalnego punktu widzenia zarówno normy prawne „porządkujące”, jak i „łagodzące”, interpretowane są w świetle „konieczności” tetycznej (mimo że materialnie mogą być wywołane innymi rodzajami konieczności). Norma „łagodząca” ma z reguły wobec pierwszej charakter *lex specialis*. Wprowadza przeciwzasadę, która zezwala, przy określonej hipotezie, na niestosowanie się do normy ogólnej²⁶. Uzasadniając ją koniecznością pozatetyczną, odwołującą się do innych elementów niż norma ogólna, stwierdza w istocie niemożność stosowania się do tej pierwszej. Obie normy znajdują sankcję na tej samej płaszczyźnie tetycznej.

„Niemożność” jest w istocie źródłem „konieczności” i jednocześnie pewną jej formą²⁷. Szczególną cechą „konieczności” jest bowiem brak alternatywy dla podmiotu uczestniczącego²⁸. Z punktu widzenia systemu prawnego podmiot nie może też usunąć się poza jego granicę, by uniknąć sytuacji przymusowej.

W ujęciach kazuistycznych odwołanie się do „konieczności” zawieszają po prostu odpowiedzialność za naruszenie normy ogólnej albo pozwala uchylić się od niekorzystnych jej skutków. Dominujący w rzymskiej jurysprudencji topiczny sposób argumentacji (w istocie ustalania prawa) pozwala jednak na przyjęcie, że i w tym wypadku mamy do czynienia z „koniecznością” tetyczną. *Topoi* są bowiem ze współczesnego (dogmatycznego) punktu widzenia załączkami norm szcze-

²³ Cicero, *de off.* 1.33. Por. M. Fuhrmann, *Philologische Bemerkungen zur Sentenz 'Summum ius, summa iniuria'*, *Studi in onore di E. Volterra*, Napoli 1971, t. 2, s. 53-81.

²⁴ Zob. przyp. 18.

²⁵ Tendencja do wewnętrznego uzgodnienia norm widoczna jest nie tylko jako element polityki kodyfikacyjnej. Por. C. Ferrini, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, Roma 1976, s. 7.

²⁶ Sytuacja taka nie była zbyt częsta. Por. T. Giaro, *'Excusatio necessitatis'*..., s. 40; 72 i n. (przykłady).

²⁷ Logiczna korelacja między „koniecznością” a „niemożnością” (brakiem możliwości wypełnienia tego, co konieczne) pozwala na dalsze rozróżnienia wpływające na interpretację tej pierwszej. T. Giaro (*'Excusatio necessitatis'*..., s. 40, 52, 55-56) dostrzega „niemożność” naturalną (fizyczną) mierzoną w danym momencie historycznym zdolnościami fizycznymi i technicznymi człowieka niezbędnymi do pokonania przeciwności, a także „niemożność” prawną istniejącą tylko w danym porządku prawnym. Absolutnej „niemożności” odpowiada absolutna „konieczność”.

²⁸ Th. Mayer-Maly, *Necessitas constituit ius*, *Studi in onore di G. Grosso*, t. 1, Torino 1968, s. 180 przyp. 3, 190. Autor zwraca uwagę na podobne rozumienie „niemożności” przez Arystotelesa, jurystów rzymskich, a także E. Dühringa (*Unmöglichkeit ist der Kern aller Not...*).

gółowych. Określają je bowiem ramowo i przesadzają jednoznacznie ich treść. Pełnią funkcję *meta*-norm i *quasi*-norm jednocześnie.

W przypadku „konieczności łagodzącej” mamy zatem w istocie do czynienia z różnie ujętymi formami *excusatio necessitatis*.

7. Publikacje z zakresu prawa rzymskiego poświęcają pewną uwagę roli „konieczności” w argumentacji jurystów rzymskich. Prace te skupiają się przeważnie na analizie poszczególnych instytucji czy konstrukcji prawnych, w których element „konieczności” pojawiał się jedynie jako jeden z czynników dalszych rozważań. Dotyczy to w pierwszym rzędzie studiów nad zagadnieniami siły wyższej i granic odpowiedzialności kontraktowej²⁹, stanu konieczności³⁰ i obrony koniecznej³¹, a także substratu pojęciowego *metus*³² czy działania na rozkaz przełożonych³³. Szerokie pole znaczeniowe „konieczności” i jej różnorakie zastosowania znajdują swój wyraz także w opracowaniach dotyczących innych dziedzin prawa. Przykładowo można wymienić prace, w których jest ona analizowana jako element regulacji prawnych odnoszący się do zapisobierców i fideikomisariuszy³⁴, ubogich (w zakresie podstaw egzystencji)³⁵, odstępców od wiary³⁶, najemców³⁷ albo przy ocenie sytuacji procesowej strony³⁸. Autorzy nie zawsze podejmują w swoich pracach

²⁹ D. Behrens, *Die 'vis maior' und das klassische Haftungssystem*, (Diss.), Giesen 1936; G. I. Luzzatto, *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale*, Milano 1938, t. 1; M. Sargentini, *Problemi della responsabilità contrattuale*, SDHI 1954, nr 20, s. 127-258; A. Steinwenter, *Vis maior in griechischen und koptischen Papyri*, *Symbolae R. Taubenschlag dedicatae*, „Eos” 1956, nr 48.1, s. 261-271; Th. Mayer-Maly, *Höhere Gewalt*, s. 58-77; idem, s. v. *Vis 2 (als juristischer Begriff)*, RE IX A, 1961, coll. 311-347; R. Seager, *Of 'vis' and weeds: D. 19,2,15,2 and 19,2,19,1*, SDHI 1965, nr 31, s. 330-333; T. Giaro, *Il limite della responsabilità 'ex cauzione damni infecti'*, *Contributo allo studio della forza maggiore nel diritto romano classico*, BIDR 1975, nr 78, s. 271-283; I. Molnar, *Die Ausgestaltung des Begriffes des 'vis maior' im römischen Recht*, IURA 1981, nr 32, s. 73-105 (praca bardzo wnikliwie analizuje źródła, nie aspiruje do refleksji teoretycznej); A. Doll, *Von der 'vis maior' zu höherer Gewalt. Geschichte und Dogmatik eines haftungsentlastenden Begriffs*, Frankfurt am Main-Bern-New York 1989.

³⁰ F. De Martino, *In tema di stato di necessità*, RISG 1939, nr 14; G. Longo, *Sulla legittima difesa e sullo stato di necessità in diritto romano. Festgabe U. von Lübtow*, Berlin 1970, s. 321-338; A. Ormanni, *Necessità*, ED XXVII, 1977, s. 822-845 (opracowanie dotyczy też innych zagadnień, wykraczających poza prawo prywatne w zakres m.in. prawa publicznego).

³¹ L. Aru, s. v. *Difesa legittima (diritto romano)*, NNDI V, 1960, s. 619; G. Diosdi, *'Vim vi repellere licet'*. *A contribution to the study of the question of self-defence in Roman Law*, „Acta Universitatis Vratislaviensis” 1963, nr 11, „Antiquitas” I, s. 187-199; G. Longo, op. cit., s. 321-338; A. Wacke, *Defence and Necessity in Aquilian Liability*, *Estudios J. Iglesias*, Madrid 1988, s. 525-541.

³² U. von Lübtow, *Der Ediktstitel 'Quod metus causa gestum erit'*, Greifswald 1932; C. Sanfilippo, *Il 'metus' nei negozi giuridici*, Padova 1934; M. Wyszynski, *'Quamvis si liberum esset noluissem, tamen coactus volui'* D. 4,2,21,5 Paulus, *Symbolae R. Taubenschlag dedicatae*, „Eos” 1957, nr 48.3, s. 475-491 (praca bada jedynie pochodzenie paremii); F. Sturm, *Neues zu Ulp. D. 4,2,9,4 (lib. 11 ad ed.)*, *Festgabe U. von Lübtow*, Berlin 1970, s. 389-400; A. S. Hartkamp, *Der Zwang im römischen Privatrecht*, Amsterdam 1971; N. Scapini, s. v. *Violenza (vizio della volontà - diritto romano)*, NNDI XX, 1975, s. 939-941.

³³ D. Daube, *The Defence of Superior Orders in Roman Law*, „The Law Quarterly Review” 1956, nr 72, s. 495-515.

³⁴ E. Albertario, *Sulla revoca tacita dei legati e dei fidecommissi nel diritto romano*, Milano 1946, s. 39-57 (autor uznaje, że odwołania do „konieczności” w tekstach klasycznych są interpolowane).

³⁵ B. Biondi, *'Adiuvare pauperes et in necessitatibus positos'*, „Ius” 1952, nr 3, s. 233-239.

³⁶ O. Diliberto, op. cit., s. 1771-1785.

³⁷ M. Battaglini, *La risoluzione del contratto di locazione per necessità del locatore nel diritto romano e comme*, *Studi in onore di E. Betti*, t. 4, Milano 1962, s. 523-542.

³⁸ V. Giuffré, *'Necessitas probandi'*. *Tecniche processuali e orientamenti teorici*, Napoli 1983.

analizę pojęcia „konieczności”. Niekiedy bez refleksji przyjmują je „nominalnie”, bez rozróżnień znaczeniowych³⁹. Kwestie związane z problematyką konieczności wychodzą zresztą poza zakres prawa prywatnego⁴⁰.

Ogólną analizę pojęcia „konieczności” i typologii jego występowania w źródłach prawa rzymskiego podjął jako pierwszy w kilku publikacjach Th. Mayer-Maly⁴¹. W 1970 roku *necessitas* była jeszcze dla niego „eine bisher vernachlässigte Kategorie des römischen Rechts”⁴². Badania swoje skoncentrował na funkcjonowaniu pojęcia w argumentacji rzymskich prawników. Nie dostrzegał całej różnorodności znaczeń, widząc głównie refleks aksjologiczny pojęcia i jego rolę w konstruowaniu *topoi*. „Konieczność” była dla niego wyrazem języka potocznego przeniesionym bez refleksji teoretycznej w świat argumentacji jurysprudenckiej. Nie występowała wg niego jako element normatywnej myśli prawniczej, ale jako techniczny środek argumentacji w obszarze starcia procesowego (*Argumentationsfiguren*)⁴³.

Kolejnym etapem na drodze do pełnego jej ujęcia była fundamentalna praca T. Giaro⁴⁴, pierwsza udana próba całościowego ujęcia zagadnienia „konieczności” z punktu widzenia myśli antycznej. Koncentruje się ona na „łagodzącej” funkcji tego pojęcia, uwzględniając jego interakcje z normami ogólnie obowiązującymi. Szczególną zaletą publikacji Giary jest wieloaspektowa analiza rozumienia *necessitas* i jej funkcji w sferze filozofii, retoryki i samego prawa. Wskazuje ona na zasadniczą zbieżność świadectw literackich i źródeł prawniczych.

Zarówno Th. Mayer-Maly⁴⁵ jak i T. Giaro⁴⁶ zwracają w swoich pracach uwagę na nieodzowność badań nad kontekstowym znaczeniem terminów używanych w odniesieniu do „konieczności”.

8. Wskazana wieloaspektowość „konieczności” w ujęciu metodologicznym, filozoficznym, semantycznym czy logicznym nakłada się w procesie komunikowania na nieostryść językową terminów, które ją określają⁴⁷. Jest to także udziałem źródeł

³⁹ Np. M. Battaglini, op. cit., s. 537-538.

⁴⁰ Cf. P. Pescani, s.v. *Haec quae necessario*, NNDI VIII, 1962, s. 83-84; A. N. Sherwin-White, *Trajan's Replies to Pliny: Authorship and Necessity*, JRS 1962, nr 52, s. 114-125. Osobno należy odnotować rozważania o „konieczności” w pracach poświęconych prawu karnemu. Zob. np. C. Gioffredi, *Su l'elemento intenzionale nel diritto penale romano*, Studi in onore di G. Grosso, t. 3, Milano 1970, s. 35-53.

⁴¹ Th. Mayer-Maly, *Das Notverkaufsrecht des Hausvaters*, ZSS 1958, nr 75, s. 116-155 (dogmatyczne opracowanie wydaje się być dopiero wstępem do późniejszych prac analizujących problem „konieczności” w teoretycznym ujęciu); idem, *Höhere Gewalt*, s. 58-77; idem, *Vis 2*, coll. 311-347; idem, *Obligamur necessitate*, ZSS 1966, nr 83, s. 47-67 (artykuł zawiera wnikliwą analizę „konieczności” tetycznej, kształtującej indywidualną treść zobowiązań, pozbawiony jest jednak refleksji teoretycznej); idem, *Necessitas constituit ius*, s. 177-199; idem, *Topik der 'necessitas'*, s. 477-486; idem, *Gemeinwohl und 'necessitas'*, s. 135-145.

⁴² Th. Mayer-Maly, *Topik* ..., s. 478.

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ T. Giaro, *Excusatio necessitatis*... Zobac także: idem, *Diritto romano – filosofia e retorica greca. Premessa metodologica per una ricerca sul concetto di necessità*, „Klio” 1979, nr 61, s. 97-100.

⁴⁵ Th. Mayer-Maly, *Topik* ..., s. 478.

⁴⁶ T. Giaro, *Excusatio necessitatis*'..., s. 18.

⁴⁷ Nie ulega wątpliwości zarówno brak systematyki „konieczności” w źródłach prawa rzymskiego, brak jednolitego pojęcia (stopniowo powstającego), jak i będący konsekwencją tych faktów brak terminologii technicznej. Zob. Th. Mayer-Maly, *Topik*..., s. 477-8, 485; T. Giaro, *Excusatio necessitatis*'..., s. 18-19, 189 przyp.

prawa rzymskiego mówiących o „konieczności”. Wieloznaczność prowadzi nie- rzadko do logicznego błędu ekwiwokacji (*fallacia aequivocationis*). Jest on wywołany brakiem w praktyce myślenia potocznego wyraźnego rozgraniczenia różnych znaczeń wyrazów odnoszących się do samej „konieczności”, a także do pozostającego w związku z nim pojęcia „możliwości” (zgodnie z logiką modalną, to co jest niemożliwe, nie może być konieczne – tak samo w interpretacji tetycznej, jak i aksjologicznej⁴⁸). Zdarza się ponadto użycie łączące na raz kilka znaczeń podstawowych⁴⁹.

W zasadzie termin jest znakiem pojęcia. W sensie logicznym jest przedmiotem przeźroczystym semantycznie, przyporządkowanym innemu przedmiotowi i kierującym ku niemu uwagę bez odgrywania samodzielnej roli. Relacja między znakiem a pojęciem nie musi być ekwiwalentna (równoważna), równoważnościowa ani jednoznaczna. Konsekwentnego stosowania ściśle zdefiniowanych terminów technicznych wymaga jedynie reżim pojęć normatywnych, gdyż jest on warunkiem jednoznaczności i prawidłowości operacji logicznych. Jest to właściwość systemów aksjomatycznych, w których dokonywane są działania dedukcyjne wychodzące z systemu jako całości⁵⁰. Taki charakter posiadają w szczególności systemy prawa oparte na prawie kodeksowym. W zbiorach norm prawnych zbudowanych na innych zasadach (kazuistyczne, topiczne) nie zaznacza się logiczna konieczność funkcjonowania jednoznacznych terminów technicznych (o precyzyjnie delimitowanej denotacji i konotacji); nie ma potrzeby standaryzacji wypowiedzi. W dopuszczalnych przez system wypowiedziach zindywidualizowanych pojawia się co najwyżej naturalna tendencja do nadawania słowom ostrości znaczeniowej, nie jest ona jednak warunkiem *sine qua non* stosowania prawa. Tak więc brak terminu technicznego na gruncie praw zorientowanych na kazuistykę nie musi być dowodem nieistnienia jakiegoś składnika pojęciowego w ujęciu poznawczym podmiotów stosujących to prawo. Może on być równie dobrze oznaczany kilkoma wyrażeniami, formułami opisowymi lub może wynikać z kontekstowego rozumienia wypowiedzi.

Również wymogi problemowego myślenia topicznego nie muszą prowadzić do redukcji semantycznego bogactwa znaków i relacji między nimi a rzeczywistością. Źródła prawa rzymskiego zaświadczają, że pojęcia znane niewątpliwie co do treści nie musiały mieć jednolitej terminologii⁵¹. W tej funkcji widzimy różne wyrazy o zbliżonym znaczeniu, niekoniecznie zresztą ostrym i jednoznacznym. Jeśli pojawiają się w źródłach prawniczych w zwiększonej częstotliwości w po-

14; R. Ormanni, *Necessità...*, s. 834; O. Diliberto, op. cit., s. 1777, 1784 (*categoria concettuale* jest już w niego widoczna w źródłach przynajmniej od II w. n.e., a nie dopiero od V w. n.e.).

⁴⁸ Koniecznością jest wówczas stan przeciwny.

⁴⁹ Zob. K. Szymanek, op. cit., s. 176.

⁵⁰ Por. W. Litewski, *Jurisprudencja rzymska*, Kraków 2000, s. 109; W. Litewski, *Podstawowe wartości prawa rzymskiego*, Kraków 2001, s. 15.

⁵¹ Nazywanie ich przez naukę terminami wykształconymi w czasach późniejszych, mimo że formalnie anachroniczne, nie jest jednak z tego powodu błędem. Por. M. Kaser, *Zur juristischen Terminologie der Römer. Studi in onore di B. Biondi*, t. 1, Milano 1965, s. 141.

dobnych kontekstach i w utrwalonym znaczeniu, nabierają one niekiedy swoistego „kontekstowego charakteru technicznego” (*quasi-technicznego*)⁵².

Charakterystyczne dla jurysprudencki osadzonej w kazuistyce i opartej na analizie topicznej jest szerokie stosowanie czasowników i ograniczone użycie *deverbativa*. Te ostatnie mając abstrakcyjną naturę są mniej przydatne do analizy konkretnego stanu faktycznego; są jednak bardziej jednoznaczne jako znak pojęcia⁵³. Rzymscy juryści uzyskują ponadto efekt pewnego „utechnicznienia” swoich sformułowań poprzez zawężenie pierwotnego potocznego znaczenia użytego wyrazu na skutek dodania do niego dodatkowego określenia⁵⁴.

Ważnym stwierdzeniem metodologicznym jest, że droga do określenia treści i zakresu antycznego pojęcia, czyli do jego rekonstrukcji, prowadzi w znacznym stopniu przez ustalenie powszechnie przyjętego w przeszłości znaczenia terminów. Podlega ono ustaleniu w toku analizy znaczenia słów stosowanych w źródłach w odniesieniu do zbliżonych stanów faktycznych (sytuacji), w których są one czynnikiem opisu, rozumowania lub komentarza⁵⁵. W samym terminie i w kontekście jego użycia zapisany został bowiem obraz rzeczywistości odzwierciedlającej wyobrażenia istniejące w umysłach autorów. Pół wieku temu B. Biondi z pewnym retorycznym uproszczeniem zwracał uwagę, że treść określonej instytucji prawnej można odtworzyć znając potoczne znaczenie słowa, którym była oznaczana⁵⁶.

Stosowanie pojęć ogólnych, czasowników oraz tworzenie terminów częściowych w ramach ogólnego znaczenia ma miejsce również w odniesieniu do „konieczności”. Najczęściej określana była ona jako *necessitas*, co uzasadnia podstawę analizy (bazę danych) przyjętą przez Th. Mayera-Malego i T. Giaro. Stany „konieczności” wskazywane były także przy użyciu pewnych ogólnych wyrażen normatywnych. Zwroty mogły również opisywać „konieczność” nie wprost, lecz przez zasygnalizowanie nieistnienia innych możliwych wariantów rzeczywistości. Odwoływanie się do abstrakcyjnego pojęcia ogólnego nie było jednak wcale nieodzowne. Wystarczyły określenia czasownikowe. W szczególności mogły one opisywać jedynie bodźce działające na człowieka i stawiające go w sytuacji przymusowej.

Na fakt źródłowego określania konieczności w inny sposób niż poprzez rzeczownik *necessitas* zwraca zresztą uwagę T. Giaro, wskazując na synonimiczne zastosowanie wyrażen takich jak *nulla libertas (facultas, potestas)*, *non licere, ius non esse (habere)* oraz czasowników *cogere, adstringere, nectere, obligare, debe-*

⁵² J. Reszczyński, *'Impendere, Impensa, Impendium'* (*Sulla terminologia delle spese in diritto romano*), SDHI 1989, nr 55, s. 252; por. M. T. González-Palanzuela Gallego, *Las impensas en el derecho romano clásico*, Cáceres 1998, s. 16, 30, 33.

⁵³ M. Kaser, op. cit., s. 99 i n., 134, 137, 141; F. Horak, *'Rationes decidendi'*, t. 1, Aalen 1969, s. 148; A. Bürge, *'Retentio' im römischen Sachen- und Obligationenrecht*, Zürich 1979, s. 225-226; W. Litewski, *Podstawowe wartości...*, s. 40.

⁵⁴ J. Reszczyński, op. cit., s. 252; M. T. González-Palanzuela Gallego, op. cit., s. 33. Z reguły w charakterze przydawki występuje przymiotnik nazywający pewną cechę wyrazu nadrzędnego.

⁵⁵ Por. J. Reszczyński, op. cit., s. 192.

⁵⁶ B. Biondi, *La terminologia romana come prima dommatica giuridica. Studi in onore di V. Arangio Ruiz*, t. 2, Napoli 1953, s. 77 (= *Scritti giuridici*, t. 1, Milano 1965, s. 185).

*re, interdicere, vetare*⁵⁷. Listę tę można uzupełnić o inne terminy, jak na przykład *impossibile esse, dignum (non) esse, czy urgere (urgere), imminere, inquietare, infestare*⁵⁸.

9. Kwestie rozumienia „konieczności” w prawie rzymskim i zastosowania tego pojęcia tak przy konstruowaniu zasad obowiązywania systemu norm, jak i przy wprowadzaniu pozasystemowych elementów normatywnych uwzględniających stan świadomości społecznej, mają istotne znaczenie dla zrozumienia funkcjonowania prawa jako sposobu regulacji życia społecznego nie tylko w przeszłości, ale również współcześnie. Odmienność sposobu tworzenia i stosowania norm w systemach kazuistyczno-topicznych i kodeksowych nie jest w tym zakresie przeszkodą.

Choć w samej jurysprudencji rzymskiej brak refleksji teoretycznej nad mechanizmem, w którym pojęcie „konieczności” funkcjonuje w tej podwójnej roli oraz w wielu dalszych aspektach znaczeniowych, jako czynnik uzasadniający zawieszenie skuteczności określonych norm lub wprowadzający uregulowania szczególne, to bardzo bogata baza źródłowa pozwala jednak kompetentnie ustalić reguły i prawidłowości obowiązujące w tym zakresie. Zagadnienia *excusatio necessitatis* są przy tym ważnym, ale nie jedynym przedmiotem badań. Kolejnym może być ogólna metoda rozwiązywania konfliktu norm w ramach systemu oraz wobec norm pochodzących z różnych systemów.

„Konieczność” w prawie rzymskim nie powinna być przy tym rozumiana w świetle współczesnej terminologii, lecz w kontekście różnorodnej terminologii źródeł⁵⁹. Retoryczne koligacje tego pojęcia miały rzeczywiście istotne historycznie znaczenie. Najważniejszym czynnikiem kształtującym ogólne rozumienie „konieczności” była jednak dokonywana przez jurysprudencję pragmatyczna interpretacja stanów faktycznych, odwołująca się do aksjologii, a w szczególności do paradygmatycznego rozumienia tego, co *bonum et aequum*.

Dla współczesności ma też istotne znaczenie refleksja nad współzależnością pomiędzy wolnością i koniecznością w procesie tworzenia, stosowania i ujednolicania prawa⁶⁰.

⁵⁷ T. Giaro, *'Excusatio necessitatis'...*, s. 188, przyp. 11. Autor przytacza opinię M. Kasera, który recenzując założenia badawcze sugerował dla pewności rezultatów objęcie nimi również źródeł stosujących inne terminy.

⁵⁸ Por. też A. Gell., *noct. att.* 9.12.6: *Nos igitur de origine et ratione uerbi quaerebamus atque ita in Nigidianis scriptum inuenimus: „Infestum” a festinando dictum; nam qui instat' inquit 'alicui eumque properans urget opprimereque eum studet festinatque, aut contra de cuius periculo et exitio festinatur, is uterque „infestus” dicitur ab instantia atque imminetia fraudis, quam uel facturus cuipiam uel passurus est.* Zob. Publius Nigidius Figulus, *gram.*, 29.2). Por. *infestare* w CTh.: *festinet* w Intp. ad N. Val. 35,14 (wyjściowo *urgere*).

⁵⁹ Zob. polemiczne uwagi T. Giary (*'Excusatio necessitatis'...*, s. 18, 188 przyp. 9) wobec apriorystycznego ujęcia problematyki przez R. Ormanniego (*Necessità...*, s. 823 i n.).

⁶⁰ Por. Th. Mayer-Maly, *Necessitas constituit ius*, s. 179.