

## I. ROZPRAWY

PAUL J. DU PLESSIS (Edynburg)

### Historia prawa a metodologia nauk prawnych

**I. Wprowadzenie**<sup>1</sup>. Nikomu, kto uczy prawa rzymskiego na wydziale prawa w 2010 roku nie jest obca dyskusja na temat przyszłości tego przedmiotu, pojawiająca się z drażniącą regularnością podczas każdego spotkania dotyczącego reform w programie studiów prawniczych<sup>2</sup>. W krajach, gdzie bitwa o prawo rzymskie wciąż trwa, debata ta – ukazująca zazwyczaj przydatność dydaktyczną tego przedmiotu dla edukacji prawniczej – doprowadziła do podzielenia opinii i ujawnienia istniejących rozbieżności co do koncepcji prawa w XXI wieku, jak i celowości nauczania prawa na uniwersytetach w takim, a nie innym kształcie<sup>3</sup>. Nie jest to, rzecz jasna, debata nowa. W wielu krajach europejskich, zwłaszcza tam, gdzie miała miejsce kodyfikacja, dyskusja ta toczy się w różnych formach od XIX wieku, kiedy, zgodnie z powszechnie podzielaną (nawet jeśli jedynie częściowo) opinią, prawo rzymskie przestało być siłą napędową zmian w prawie<sup>4</sup>. Jednakże, to nie wiek XIX jest właściwym czasem tej dyskusji. Zwolennicy ogólnego ujęcia europejskiej historii prawa, tacy jak Wieacker, twierdzą, że jej początki sięgają wcześniejszej epoki – wieku XVI, kiedy (głównie, lecz nie tylko) francuscy humaniści zapoczątkowali proces „historyzacji” prawa rzymskiego<sup>5</sup>. Francu-

---

<sup>1</sup> Niniejszy artykuł jest połączeniem dwóch referatów wygłoszonych kolejno w Poznaniu oraz w Warszawie. Autor pragnie podziękować Profesorowi W. Dajczakowi oraz Doktorowi J. Urbanikowi za ich gościnność podczas tych spotkań.

<sup>2</sup> Dla wyważonej relacji z tej debaty, patrz F. Ranieri, *Das Europäische Privatrecht des 19. und 20. Jahrhunderts* (Berlin 2007), s. 197-210. Włoski wkład w dyskusję patrz G. Crifò, *Il Compito del Romanista*, 2008, *Revista Internacional de Derecho Romano*, s. 1-41.

<sup>3</sup> Podsumowanie słynnej debaty Zwalve-Ankum w Holandii i jej wpływu w Niemczech, patrz D. Heirbaut, *Comparative law and Zimmermann's new ius commune: a life line or death sentence for legal history? Some reflections on the use of legal history for comparative law and vice versa*, w: H. Van den Bergh, et al. (eds), *Ex Iusta Causa Traditum: Essays in Honour of Eric H. Pool* (Pretoria 2005) s. 136-153.

<sup>4</sup> Na ten temat, patrz wydana ostatnio interesująca publikacja: R. Lessaffer, *European Legal History* (Cambridge 2009), rozdział 6.

<sup>5</sup> F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2<sup>nd</sup> ed. (Göttingen 1967) § 6, 9.

zów obwiniano za wiele spraw w historii Europy, jednak należy uznać, że w tym przypadku nie są oni winowajcami (o ile w ogóle są jacyś winowajcy). Przez pewien czas francuski humanizm miał prawdopodobnie ogromny wpływ na studium źródeł prawa rzymskiego. Osler ukazał, że to właśnie rozpad jedności prawnej pod koniec średniowiecza, bardziej niż „eleganckie ujęcie prawa” (cokolwiek to oznacza) wypracowane przez humanistów około stu lat później, miało negatywny wpływ na pozycję prawa rzymskiego w rozwoju prawnym Europy Zachodniej<sup>6</sup>.

Spostrzeżenie to, będące swego rodzaju *novum*, jest istotne co najmniej z dwóch powodów. Po pierwsze, dowodzi, że większość zwolenników ogólnego ujęcia europejskiej historii prawa jest gotowa podjąć wyzwanie, lecz pomimo olbrzymiego wkładu zwolenników Coinga wiele jeszcze kwestii musi zostać poddanych szczegółowej analizie. Co jednak ważniejsze, w ten sposób zwraca się uwagę na debatę dotyczącą przyszłości prawa rzymskiego, które stało się ponownie nierozzerwalnie związane z pojęciem *common law* (prawa wspólnego) dla Europy<sup>7</sup>. Pytanie o przyszłość prawa rzymskiego, oraz czy przyszłość ta leży w procesie harmonizacji europejskiego prawa prywatnego, jest powszechnie dyskutowane<sup>8</sup>. Dla tych, którzy sceptycznie odnoszą się do kwestii nieustającej przydatności prawa rzymskiego dla europejskiej edukacji prawniczej, sugerowanie, iż mogłoby być ono wykorzystane w procesie harmonizacji prawa prywatnego w Europie jest kolejnym dowodem na to, że jest to dyscyplina pasożytnicza, pozbawiona wartości intelektualnej, która jest w stanie przetrwać próbę sił jedynie poprzez „uczepienie się” żywiciela (w tym przypadku europejskiego prawa prywatnego). Dla tych z kolei, którzy dostrzegają istotne znaczenie tego przedmiotu, prawo rzymskie odgrywa zasadniczą rolę w europejskiej edukacji prawniczej i możliwe jest jego przystosowanie do zmieniających się warunków XXI wieku.

Nie ulega wątpliwości, że Zimmermann jest głównym orędownikiem poglądu, iż prawo rzymskie ma do odegrania istotną rolę w harmonizacji prawa prywatnego w Europie. W wielu publikacjach książkowych i artykułach na ten temat (w których jego poglądy stopniowo ewoluowały) rozwinęła się kusząca wizja przyszłości prawa rzymskiego<sup>9</sup>. Wizja ta jest ukierunkowana przede

---

<sup>6</sup> D.J. Osler, *The Myth of European Legal History*, 1997 (16) *Rechtshistorisches Journal* 393-410 w 170, 184; D.J. Osler, *The Fantasy Men*, 2007 (10) *Rechtsgeschichte* 169-193. Por. Heirbaut (przyp. 3) s. 146.

<sup>7</sup> Patrz W. Dajczak, *Vom Beruf der EU für die Kodifikation des Zivilrechts*, 2009 (5) *ZGP* 201 dla ogólnego zarysu.

<sup>8</sup> Literatura na ten temat jest obszerna i coraz liczniejsza. Dla porównania, patrz Ranieri (przyp. 2) s. 197-210. Uczonym, który zasługuje na szczególną uwagę ze względu na częsty i prowokujący wkład w dyskusję, jest T. Giaro.

<sup>9</sup> R. Zimmermann, *Beiträge zum 32. Deutschen Rechtshistorikertag in Regensburg – Einführung: Rechtsgeschichte, Rechtsvergleichung, Privatrechtsdogmatik* 1999 *ZEuP*, s. 494-495; R. Zimmermann, *Comparative Law and the Europeanization of Private Law*, w: M. Reimann i R. Zimmermann, (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Oxford 2006), s. 539-578; R. Zimmermann, *Legal History and Comparative Law*, w: A. Vaquer, (ed.), *European Private Law*

wszystkim na badania naukowe prawa rzymskiego, co nie pozostaje bez znaczenia dla kształtu nauczania tego przedmiotu<sup>10</sup>. Prawo rzymskie, jako filar tradycji cywilistycznej w Europie, powinno być połączone ze znacznie młodszą i atrakcyjniejszą siostrzaną dyscypliną – komparatystyką prawniczą, w celu stworzenia paneuropejskiego wspólnego prawa. Analiza tak skonstruowanej dziedziny prawa zwróciłaby uwagę na podobieństwa i różnice w terminologii, strukturach i treściach, wspierając w ten sposób harmonizację prawa prywatnego w Europie. Wizja praktycznego aspektu prawa rzymskiego (znana inaczej jako „współczesne prawo rzymskie”) pojawia się w niemieckiej myśli pandektystycznej, która dostrzega przyszłość tego przedmiotu w omówieniu i poznaniu doktryn prawnych w prawie prywatnym<sup>11</sup>. Zdaniem Zimmermanna jest to najlepsze (jeśli nie jedyne) wyjście, torujące drogę ku badaniom w tym obszarze naukowym. Prawo rzymskie w swym obecnym kształcie (tj. obejmujące badania prawa rzymskiego klasycznego oraz justyniańskiego) stało się zamkniętym obszarem intelektualnym, nie uczestniczy we współczesnym dyskursie prawniczym, zaś romaniści bardziej interesują się uprawianiem „prawnej ezoteryki”<sup>12</sup>.

Ostrożnie sformułowany przez Zimmermanna postulat odrzucenia *status quo* („antykwarycznego” prawa rzymskiego) został wykorzystany w sposób niszczycielski przez krytyków tego przedmiotu, którzy uznają prawo rzymskie za przejaw irrelevantnego antykwaryzmu prawnego<sup>13</sup>. Nie ma najmniejszego sensu, by ci krytycy byli umiejętnie wspierani w swych wysiłkach przez zwolenników krytycznej teorii prawa z właściwym im odrzuceniem autorytetu rozumu. Ze względu na fakt, iż, jak utrzymują, prawo jako dyscyplina naukowa jest ukierunkowana na teraźniejszość i przyszłość, prawo rzymskie jako materia uniwersytecka jest nieprzydatne, gdyż trudno wykazać by miało ono jakikolwiek wpływ na współczesny dyskurs prawniczy. Jest kwestią wysoce dyskusyjną, którą lepiej pozostawić do rozstrzygnięcia w ramach kolejnego artykułu, czy kryterium decydującym o włączeniu bądź wyłączeniu przedmiotów z programu studiów prawniczych powinna być ich przydatność oraz stopień, w jakim wpływają one na współczesne prawo<sup>14</sup>.

---

*beyond the Common Frame of Reference – Essays in Honour of Reinhard Zimmermann* (Groningen 2008) 3-16; R. Zimmermann, *Roman and Comparative Law: The European Perspective*, 1995 (16-1) JLH, s. 21-33; R. Zimmermann, *Roman Law, Contemporary Law, European Law – The Civilian Tradition Today* (Oxford 2001); R. Zimmermann, *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik* (Karlsruhe 2000).

<sup>10</sup> Heirbaut (przyp. 3), s. 139-141.

<sup>11</sup> Ibidem, s. 145-148.

<sup>12</sup> Por. stanowisko Zwälve w tej kwestii w Heirbaut (przyp. 3), s. 140-141.

<sup>13</sup> Dla ogólnego zarysu, patrz Heirbaut (przyp. 3), s. 139.

<sup>14</sup> Patrz, na przykład: J.W. Cairns, *Comparative law, Unification and the Scholarly Creation of a New *Ius Commune** 1981 (32/3) NILQ, s. 272-283; J.W. Cairns, *Roman Law and the Scottish Legal Curriculum*, w: H. MacQueen, (ed.), *Scots Law into the 21<sup>st</sup> Century* (Edinburgh 1996) s. 28-38 oraz J. Thomson, *When Homer Nodded?*, w: H. MacQueen, (ed.), *Scots Law into the 21<sup>st</sup> Century* (Edinburgh 1996), s. 19-27.

Wystarczy skonstatować, że poglądy Zimmermanna na temat przyszłości prawa rzymskiego doprowadziły do tytanicznej wręcz walki o samą istotę tej dyscypliny naukowej<sup>15</sup>.

Podczas gdy sam Zimmermann był dość ostrożny w formułowaniu tezy co do wpływu jego wizji na nauczanie „antykwarycznego” prawa rzymskiego, jego uczniowie wykazywali się większą otwartością w tym względzie<sup>16</sup>. W artykule z roku 2008 Pichonnaz przedstawił przyszły kształt tego obszaru naukowego. Jeśli prawo rzymskie ma być ponownie włączone do współczesnego dyskursu prawniczego, powinno się to odbywać na dwóch płaszczyznach edukacji prawniczej (licencjat – studia magisterskie) w ramach modelu bolońskiego. Na pierwszym roku studiów prawniczych powinien być to przedmiot obowiązkowy, wykładany jako propedeutyczne wprowadzenie do studium prawa prywatnego, podczas gdy na trzecim roku powinien on przybrać formę przedmiotu fakultatywnego, pozwalającego zgłębić struktury i instytucje prawa prywatnego za pomocą metodologii historyczno-porównawczej<sup>17</sup>. Natura tej metodologii nie została objaśniona, lecz gdyby oprzeć się na pracy Zimmermanna, będzie to diachroniczne porównanie klasycznego prawa rzymskiego ze współczesnym prawem prywatnym. Nie trzeba bujnej wyobraźni, by zauważyć, że taki przedmiot będzie miał niewiele wspólnego z „antykwarycznym” prawem rzymskim. Ta refleksja przybliżyła nas do najistotniejszego problemu niniejszego artykułu – czy mariaż prawa rzymskiego z prawem porównawczym okaże się użyteczny oraz czy w ten sposób zapewni się prawu rzymskiemu przydatność, której w XXI wieku tak bardzo potrzebuje w ocenie jego krytyków?

**II.** Stanowisko Zimmermanna jest dość kuszące z tego względu, że jest ono w pewnym sensie oparte na prawdzie historycznej. W zeszłym milenium prawo rzymskie stanowiło istotną część tego, co wspólne w prawie różnych nowo powstałych państw europejskich, lecz nie było ono bynajmniej czynnikiem jedynym ani dominującym<sup>18</sup>. Przyznanie pierwszeństwa prawu rzymskiemu doprowadziłoby do zniekształcenia rzeczywistego obrazu przeszłości. Abstrahując jednak od tego zagadnienia, rozważenia wymagają następujące kwestie. Przeanalizujmy je w propozycji Zimmermanna po kolei.

Pierwszą z nich jest połączenie prawa rzymskiego z komparatystyką prawniczą. Nie ulega wątpliwości, że współdziałanie między prawem rzym-

---

<sup>15</sup> Przywołując kilku z nich: K.W. Nörr, *Das römische Recht zwischen Technik und Substanz: Bemerkungen zu seiner Rolle am Ende des 20. Jahrhunderts*, 1994 ZEuP, s. 67-76; R. Knütel, *Rechtseinheit in Europa und römisches Recht*, 1994 ZEuP 244-276. Dla ogólnego obrazu różnych punktów widzenia, patrz Ranieri (przyp. 2), s. 204.

<sup>16</sup> R. Zimmermann, *Roman and Comparative Law: The European Perspective* 1995 (16-1) JLH, s. 21-33.

<sup>17</sup> P. Pichonnaz, *L'Insegnamento del diritto romano oggi*, 2008 (36), Index, s. 51-59.

<sup>18</sup> H. Coing, *The Roman law as ius commune on the continent* 1973 (89) LQR, s. 505-517.

skim a prawem porównawczym mogłoby być intelektualnie użyteczne z tego względu, że cała historia *ius comunae* Europy jest w pewnym sensie wytworem takiego współdziałania. Jednakże, by zrozumieć następstwa tego punktu widzenia, nauka komparatystyki prawniczej winna być poddana dalszej analizie. Czym dokładnie zajmuje się komparatystyka prawnicza i co byłoby przedmiotem porównania? W Wielkiej Brytanii, jak dowiódł Cairns, komparatystyka prawnicza jest niczym więcej jak metodologią rozwiniętą w XIX wieku dla ułatwienia poruszania się w pluralizmie prawnym Imperium Brytyjskiego<sup>19</sup>. Od tamtej pory przedmiot ten padł ofiarą metodologicznych debat na temat przydatności komparatystów prawnych oraz celowości badań porównawczych. Można zastanawiać się, czy obawy te okażą się zgubne dla wielkiej wizji nowej jedności między prawem rzymskim a prawem porównawczym. Pewna doza metodologicznej wrażliwości nie jest rzeczą jasną niczym złym, ale nie powinna ona przytłoczyć tej dyscypliny. Ponadto, nie istnieje realne zagrożenie, by hybryda rzymskoporównawcza mogła uczynić ten przedmiot niezrozumiałym czy też irrelevantnym<sup>20</sup>. Korzyść płynąca z diachronicznego porównania (prawa rzymskiego i prawa współczesnego), zaproponowanego przez Zimmermanna, jest taka, iż nie obciąża potencjalnego odbiorcy drugorzędym kontekstem historycznym, choć w rzeczywistości może okazać się, że rezultaty są mylące i ahistoryczne<sup>21</sup>. Analiza piśmiennictwa prowadzi do wniosku, że ani wśród komparatystów prawnych, ani wśród historyków prawa pomysł ten nie wywołał fali entuzjazmu. Mimo że Reimann w eleganckiej obronie współdziałania historii prawa i prawa porównawczego utrzymywał, że to raczej historycy prawa aniżeli komparatyści prawni mają wątpliwości co tych starań, warto wskazać, iż niektórzy spośród wybitnych komparatystów prawnych, takich jak Markesinis, mało uwagi poświęcili prawu rzymskiemu<sup>22</sup>.

Jeśli chodzi o przedmiot porównania, co najmniej dwa aspekty prawne mogą być porównane – określone zasady bądź doktryny prawne, czy bardziej ogólnie – podejście prawne do pewnych wspólnych problemów. To, czy przedmiotem analizy porównawczej powinien być tylko jeden ze wskazanych wyżej aspektów, czy oba z nich, jest tematem na oddzielny artykuł, ale zdaje się być uczciwą konstatacją, że Zimmermann jest przede wszystkim dogmatykiem poprzez praktykę, wychowanym w niemieckiej tradycji, który interesuje

<sup>19</sup> J. Cairns, *Development of Comparative Law in Great Britain*, w: M. Reimann i R. Zimmermann, (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Oxford 2006), s. 131-174.

<sup>20</sup> Jedną z kluczowych kwestii sporu debaty Zwalmé–Ankum, patrz Heirbaut (przyp. 3), s. 141.

<sup>21</sup> R. Lesaffer, *Law between Past and Present* [SSRN paper: 1316256]. Dla krytycznego oglądu użycia prawa rzymskiego w harmonizacji europejskiego prawa prywatnego, patrz J.Q. Whitman, *Long live the hatred of Roman law*, Public Law & Legal Theory Research Paper Series [Research paper no. 36] [SSRN: 383761].

<sup>22</sup> M. Reimann, *Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte im Dialog*, 1999 ZEuP, s. 496-512. B. Markesinis, *Comparative Law in the Courtroom and Class Room: The Story of the Last 35 Years* (London 2003); B. Markesinis, *Engaging with Foreign Law* (London 2009).

się zasadami i doktrynami prawnymi (*Begriffsjurisprudenz*)<sup>23</sup>. Problem z dogmatycznym ujęciem prawa prywatnego tkwi w tym, że nie jest to uniwersalna cecha wszystkich (ani nawet większości) systemów prawnych określanych zbiorczym terminem „cywilne”<sup>24</sup>. Nawet w systemach, które tradycyjnie postrzegane są jako bastiony dogmatycznych form nauki prawa, wpływ uczonych nie-dogmatyków, zaczyna być odczuwalny<sup>25</sup>. Skupiając się wyłącznie na nauczaniu dogmatycznym, istnieje niebezpieczeństwo, że pozostałe elementy wspólnej kultury prawnej Europy zostaną przeoczone. Kolejną niezwykle istotną kwestią jest fakt, że współczesne prawo prywatne przestaje być materia niezbędną do uzyskania tytułu magistra prawa w Europie, gdzie coraz większy nacisk kładzie się na znajomość prawa publicznego Unii Europejskiej<sup>26</sup>. Dlatego też wątpliwym jest, czy dogmatyczne ujęcie znalazłoby kiedykolwiek poparcie szerszego grona europejskiego. Warto również zwrócić uwagę, że dogmatyczne ujęcie prawa prywatnego znajduje się w bezpośredniej opozycji w stosunku do głównych nurtów współczesnej teorii prawa (*Interessenjurisprudenz*). Według zwolenników tych nurtów, prawa nie odnajduje się w podręcznikach czy w kodeksach, nie jest to zamknięty system naukowy. Prawo jest ściśle związane z czynnikami socjalnymi, politycznymi i gospodarczymi, które wyznaczają drogę jego ciągłego rozwoju i zmian. Popularność takiej wizji prawa wyjaśnia, dlaczego we wcześniejszych opracowaniach na ten temat Zimmermann sam przyznał, że dogmatyka prawa stanowi jedną z dróg do rozwinięcia wspólnego prawa Europy<sup>27</sup>.

Połączenie prawa rzymskiego i komparatystyki prawniczej ma na celu ponowne wprowadzenie prawa rzymskiego na grunt współczesnego dyskursu prawniczego. Przedsięwzięcie to rodzi mnóstwo pytań. Po pierwsze, czy można mówić o tym, że komparatystyka prawnicza znajduje się obecnie w centrum zainteresowania współczesnego dyskursu prawniczego? Podczas gdy wielu naukowców zajmujących się prawem prywatnym używa komparatystyki prawniczej jako narzędzia poznania prawa, materia ta nie należy do przedmiotów obowiązkowych na wydziałach prawa. Wielu komparatystów prawnych gotowych jest przyznać, że w dzisiejszych czasach komparatystyka prawnicza, podobnie jak reszta dyscyplin metajurydycznych, została odsunię-

<sup>23</sup> D. Van der Merwe, *Es läßt sich nicht lesen – Reflections on the status and continued relevance of the South African common law* 1994 (4) TSAR, s. 660-681, na s. 662-676.

<sup>24</sup> R. Schulze, *European Legal History – a New Field of Research in Germany*, 1992 JLH (13/3), s. 270-295.

<sup>25</sup> Por. H.-C. Grigoleit, *Das historische Argument in der geltendrechtlichen Privatrechtsdogmatik*, 2008, (30-3/4) ZNR, s. 259-271.

<sup>26</sup> H.-P. Haferkamp, *Wie weit sollte man als Rechtsdogmatiker in der Geschichte zurückgehen?*, 2008 (30-3/4) ZNR, s. 272-281, na s. 281; A. Wijffels, (ed.), *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen* (Brussels 2005), s. XV.

<sup>27</sup> R. Zimmermann, *Beiträge zum 32. Deutschen Rechtshistorikertag in Regensburg – Einführung: Rechtsgeschichte, Rechtsvergleichung, Privatrechtsdogmatik*, 1999 ZEuP, s. 494-495, na s. 494. Por. Visser (przyp. 30), s. 11; H.-C. Grigoleit, *Das historische Argument in der geltendrechtlichen Privatrechtsdogmatik* 2008 (30-3/4) ZNR, s. 259-271.

ta na dalszy plan na wydziałach prawa<sup>28</sup>. Powodów ku temu jest wiele i są one różnorodne, ale niektórzy komparatyści prawni winą za taki stan rzeczy obarczają fakt, iż jurysprudencja i prowadzony przez nią współcześnie dyskurs o prawie prywatnym ogranicza się do prawa krajowego<sup>29</sup>. W ich opinii, wraz z postępującym procesem globalizacji prawa prywatnego, komparatystyka prawnicza (a tym samym prawo rzymskie jako dziedzina wspomagająca tę dyscyplinę) zajmie godne jej miejsce w europejskim dyskursie prawniczym. Sprawy mogą jednakże przybrać obrót odmienny od planowanego. Postrzeganie prawa jedynie poprzez pryzmat prawa krajowego, choć tracące na popularności, pozostaje jednym z najbardziej doskwierających nam problemów prawa prywatnego w Europie i jest mało prawdopodobne, by udało się to wkrótce zmienić. Co więcej, pozostaje jeszcze kwestia zaangażowania Unii Europejskiej w jej prawną przeszłość. Obecnie zdaje się, że takiego zaangażowania brak. Nietrudno to zrozumieć. Unia Europejska jest instytucją młodą, o krótkiej przeszłości. Wszystko, co istniało przed jej powstaniem, jest przykrym wspomnieniem unaoczniającym powód, dla którego zjednoczenie w ramach Unii było niezbędne.

Kolejny problem dotyczy koncepcji samego prawa wspólnego i źródeł tego tworu. Zimmermannowska propozycja utworzenia prawa wspólnego zdaje się być apelem o utworzenie intelektualnego *corpus* na użytek prawników akademickich bardziej niż funkcjonującego prawa wspólnego w nieskodyfikowanych systemach prawnych. To ostatnie przedsięwzięcie wymagałoby zwrotu w debacie europejskiej w kierunku federalizmu, co jest pomysłem trudnym do zaakceptowania dla wielu stron. Koncepcja niepisanego prawa wspólnego, historycznie zakorzeniona w europejskiej świadomości prawniczej, nie istnieje w Europie od początku XIX wieku. Współdziałanie między taką dziedziną prawa a skodifikowanymi systemami prawnymi poszczególnych państw musiałoby przebiegać kompleksowo i wymagałoby wprowadzenia zmian w szkoleniu prawników i edukacji prawniczej. Jedną z cech niepisanego prawa wspólnego jest jego selektywność, za pomocą której różne źródła pochodzące z różnych okresów mogą być zastosowane w argumentacji prawniczej. Dla tych, którzy nie są zaznajomieni z tym systemem, będzie on się jawił jako podważający pewność prawa, lecz to właśnie ten element stymuluje system prawny<sup>30</sup>. [Heribaut wskazuje, że jest to prawdopodobnie przejściowe i zostanie zastąpione regulacjami kodeksowymi]. Zanim prawo

---

<sup>28</sup> R. Schulze, *European Legal History – a New Field of Research in Germany*, 1992 JLH (13/3), s. 270-295, na s. 274-276.

<sup>29</sup> A. Flessner, *Die Rechtsvergleichung als Kundin der Rechtsgeschichte*, 1999 ZEuP, s. 513-520, na s. 514-518.

<sup>30</sup> D. Van der Merwe, *Es läßt sich nicht lesen – Reflections on the status and continued relevance of the South African common law* 1994 (4) TSAR, s. 660-681; D. Visser, *The Legal Historian as Subversive: or Killing the Capitoline Geese*, w: D.P. Visser, *Essays in the History of Law* (Cape Town 1989), s. 1-31.

rzymskie i komparatystyka prawnicza będą mogły zostać wykorzystane w ten sposób, niezbędne jest osiągnięcie porozumienia co do źródeł, które mogłyby zostać wykorzystane oraz co do ich zasadności. Nawet gdyby takie porozumienie zostało osiągnięte, nie usatysfakcjonowałoby to tych, którzy odrzucają autorytet rozumu jako podstawę prawa prywatnego. Czy współczesnego, krytycznie nastawionego teoretyka prawa przekonałoby stanowisko Bartolusa de Saxoferrato czy Ulpiana? I w jaki sposób będzie ono nauczane, skoro większość rozpraw prawniczych w Europie sprzed 1600 roku jest napisana po łacinie i pozostaje nieprzetłumaczona? Kolejny aspekt, uwidoczniiony w ciągu ostatnich kilku tygodni, jest taki, że istniejące projekty zmierzające ku harmonizacji prawa prywatnego w Europie niewiele miejsca poświęcają historycznoporównawczej analizie doktryny prawa prywatnego. Opublikowany ostatnio wspólny system odniesienia (*common frame of reference*) jest jedynie dokumentem porównawczym, nie uwzględniającym historycznego podłoża zasad tam wysłowionych (poza selektywnymi komentarzami w odniesieniu do poszczególnych państw).

**III.** Zimmermannowska wizja przyszłości prawa rzymskiego jest wizją atrakcyjną, lecz nie sięga ona zbyt daleko ani też nie pozostaje jedynym rozwiązaniem. Zakłada ona, że prawo rzymskie powinno być wprowadzone do europejskiej doktryny prawa prywatnego. Takie ujęcie zawęża wychowawczą funkcję tej dyscypliny, gdyż zamiast przekazywania studentom prawniczego sposobu myślenia, ukazuje jedynie pewne podobieństwa pomiędzy prawem rzymskim a współczesną koncepcją prawa. Historia doktryn stanowi dobry punkt wyjścia, zwłaszcza w tych krajach, gdzie przeważa pozytywistyczna wizja prawa prywatnego. Nie może ona jednakże stanowić jedynego celu tej dyscypliny i jest mało prawdopodobne, by znalazła ona poparcie w krajach, gdzie historia doktryn nie znajdowała się nigdy na czele dyskursu prawa prywatnego. Być może dlatego współcześni zwolennicy propozycji Zimmermanna, jak Ranieri czy Graziadei, wskazują, że dogmatyczne studia prawa prywatnego jedynie częściowo rozwiązują problem<sup>31</sup>. Jeśli Zimmermannowska wizja koalicji między prawem rzymskim a komparatystyką prawniczą miałaby zostać zaakceptowana, dogmatyczny ideał prawa prywatnego musi zostać złagodzony poprzez to, co Visser nazywa „większym realizmem”, który bierze pod uwagę środowisko oraz tłumacza<sup>32</sup>. Zasady i doktryny prawa prywatnego występują nie tylko w podręcznikach, lecz także w realnym świecie. Historia prawa (i tym samym prawo rzymskie) ukazuje sposób myślenia w przeszłości. Potrzebne jest całościowe ujęcie tematu, które skupia się nie tylko na prawie

<sup>31</sup> F. Ranieri, *Das Europäische Privatrecht des 19. und 20. Jahrhunderts* (Berlin 2007), s. 197-210; M. Graziadei, *Comparative Law, Legal History and the Holistic Approach to Legal Cultures* 1999, ZEuP, s. 531-543.

<sup>32</sup> D. Visser, *The Legal Historian as Subversive: or Killing the Capitoline Geese*, w: D.P. Visser, *Essays in the History of Law* (Cape Town 1989), s. 1-31.



zawartym w książkach czy tym, jak funkcjonuje prawo, ale na „stylach myśli prawniczej”. Takie podejście nie nakłada żadnych ograniczeń na studiowanie źródeł myśli prawniczej<sup>33</sup>. Takie podejście ukazałoby, dlaczego zasady czy doktryny zostały przyjęte bądź odrzucone w dyskursie europejskim, jak również okoliczności, w jakich prawa ulegają zmianie<sup>34</sup>.

Aby opracować całościowe ujęcie tematu, muszą zostać spełnione trzy przesłanki. Po pierwsze, potrzebna jest debata na temat relacji pomiędzy prawem a jego historią w kontekście europejskiej edukacji prawniczej<sup>35</sup>. Obejmuje ona kilka kwestii, mianowicie (a) rolę nauczania prawa w ujęciu historycznym w europejskiej edukacji prawniczej i jego miejsce w programie nauczania; (b) charakter nauczania prawa w Europie (wymiar naukowy czy jedynie praktyczny) oraz (c) badanie powodów podziału między szeroko pojmowanym dyskursem prawniczym a historią prawa. W drugiej kolejności powinny zostać przeprowadzone intensywne badania dotyczące zwolenników całościowego ujęcia europejskiej historii prawa od czasów średniowiecza. Gdy zostanie spisana „wyważona” historia prawa europejskiego, możliwe będzie połączenie tego ujęcia z zasadami, doktrynami i instytucjami prawnymi, które ewoluowały w czasie. Przede wszystkim jednak romaniści muszą wykazać, że prawo rzymskie jako prawo wspólne Europy cechuje uniwersalność, łagodząca regionalną różnorodność. Historia rozwoju europejskiej myśli prawniczej sprowadza się do różnic w recepcji prawa rzymskiego, co w konsekwencji doprowadziło do udzielenia różnych odpowiedzi na te same pytania. Prawo wspólne Europy, jak wykazuje Wijffels, nie może być monolityczne<sup>36</sup>. Musi wykazywać zróżnicowania, by odzwierciedlać różnorodność narodów i w tym celu prawo rzymskie, jako podstawa europejskiego prawa prywatnego, jest absolutnie niezbędne. Nie oznacza to jednak, że prawo rzymskie powinno być użyte w celu budowania mitu zjednoczonej Europy albo spójnej doktryny prawnej<sup>37</sup>. Gdyby tak było, szybko stałoby się ono zbyt sztywne. Aby prawo rzymskie (i w zasadzie historia prawa) było rzeczywiście przydatne, musi stać się rewolucyjne, kwestionujące powszechnie przyjęte założenia i struktury<sup>38</sup>.

**IV.** Dla wielu uczonych przyszłość prawa rzymskiego zawiera się w Zimmermannowskiej wizji nowego prawa wspólnego Europy. Ten krótki artykuł

<sup>33</sup> W. Ewald, *Legal History and Comparative Law*, 1999 ZEUP, s. 553-559, na s. 554-557.

<sup>34</sup> A. Watson, *Legal History and a Common Law for Europe* (Stockholm 2001). Ogólnie: D. Looschelders, *Zum Nutzen der Rechtsgeschichte für die Dogmatik*, 2008 (30-3/4) ZNR, s. 282-288, na s. 282-288.

<sup>35</sup> W pewnej mierze ma to już miejsce, patrz C. Baldus, Th. Finkenauer i Th. Rüfner, (eds), *Juristenausbildung in Europa zwischen Tradition und Reform* (Tübingen 2008); A. Prakash, *Der praktische Nutzen der Rechtsgeschichte* (Karlsruhe 2003).

<sup>36</sup> Wijffels (przyp. 26), s. 643-657.

<sup>37</sup> Por. K. Tuori, *Ancient Roman Lawyers and Modern Legal Ideas* (Helsinki 2006).

<sup>38</sup> H-P. Schwintowski, *Praktische Rechtswissenschaft – entwurzelt?*, 2008 (30-3/4) ZNR, s. 289-293.

ukazuje jednakże, że zanim projekt ten zostanie wprowadzony w życie, w pierwszej kolejności należy zająć się niełatwym stosunkiem pomiędzy prawem a jego historią. Podczas gdy historia zajmowała uprzywilejowane miejsce w nauce prawa od wieków, prawnicy w XXI wieku zdają się tracić wiarę w historię jako źródło bezpośredniego oddziaływania na prawo. Dzieje się tak częściowo z powodu marksistowskiej wizji historii, a częściowo pod wpływem współczesnej teorii prawa, która wielu przekonuje, że prawo współczesne ma większe znaczenie od prawa zawartego w podręcznikach. Dla zagorzałych wielbicieli tego poglądu, historia sprowadza się jedynie do sekwencyjnie następujących po sobie zdarzeń oraz ma o wiele mniejsze znaczenie dla współczesnego dyskursu prawniczego niż socjologia, polityka czy ekonomia. Zwolennicy tego poglądu optują za „mechanizacją” nauczania prawa oraz są zdania, że powinno być ono nauczane na uniwersytetach jedynie jako umiejętność praktyczna. Ta debata właśnie skieruje uwagę na przyszłość historii prawa i prawa rzymskiego w XXI wieku. Prawo rzymskie nie może dłużej stanowić jedynie dopełnienia doktryny prawa prywatnego. Powinno ono stać w opozycji do niej i podważać powszechnie przyjęte założenia. Lecz nie może być to dokonane jedynie za pomocą doktrynalnych genealogii. Będzie to musiało być przeprowadzone wielotorowo, by ukazać, jak doniosłą rolę prawo rzymskie zawsze odgrywało w Europie.

*Tłumaczyła*  
Katarzyna Wiśniewska\*

---

\* Katarzyna Wiśniewska – doktorantka w Katedrze Prawa Rzymskiego i Historii Prawa Sądowego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu im. A. Mickiewicza w Poznaniu, aplikant radcowski w OIRP w Poznaniu.