

Reinhard Zimmermann, *Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today*, Oxford University Press, Oxford 2001, s. XX + 197.

Autor prezentowanej pracy, profesor prawa rzymskiego i cywilnego na Uniwersytecie w Regensburgu jest jednym z wiodących przedstawicieli nurtu romanistyki promującego mocne powiązanie badań nad prawem rzymskim z problemami współczesnego prawa prywatnego w Europie¹. Wyrazem takiej postawy jest także prezentowana praca, opublikowana w serii Clarendon Law Lectures, przewidzianej, według zapowiedzi redakcji, dla „największego kalibru” gościnnych wykładów z zakresu prawoznawstwa, wygłoszonych na Uniwersytecie w Oksfordzie. Poza wprowadzeniem i zakończeniem praca dzieli się na trzy wykłady. Jako cel pierwszego z nich, zatytułowanego: *Koniec ery: przekształcenie nauki prawa rzymskiego* (s. 1–52), autor uznał przedstawienie procesu emancypacji romanistyki względem dogmatyki prawa prywatnego po wejściu w życie niemieckiego kodeksu cywilnego. Odwołując się do przykładów z praktyki prawnej Francji, Holandii, Prus i Austrii R. Zimmermann przyjął, jako punkt wyjścia, tezę, iż wprowadzenie kodyfikacji prawa cywilnego nie pociągnęło za sobą automatycznie utraty przez prawo rzymskie znaczenia praktycznego. Stwierdza, iż kodyfikacja przyniosła prawo „jednolite, ale nie nowe” (s. 3) i dlatego *ius commune* pozostało instrumentem interpretacji kodeksu. Rozwinięciem wskazanej tezy jest pogląd, iż podstawowe znaczenie dla praktyki doniosłości prawa rzymskiego miało jego miejsce w programach studiów prawniczych. Rozumując w ten sposób autor wskazuje, że postanowienie, aby w nauczaniu prawa przyznać kodeksowi cywilnemu „istotnie różną i bardziej znaczącą” pozycję, przyjęte na konferencji niemieckich profesorów prawa w roku 1896 w Eisenach, stanowiło bezpośrednią przyczynę ograniczenia w Niemczech roli prawa rzymskiego do poziomu propedeutyki. Omawiając kolejne ogniwa tak uruchomionego procesu, R. Zimmermann wskazuje na „historyzację” romanistyki i odwrócenie jej uwagi od problemów współczesności. To przyniosło znaczące odkrycia w zakresie etapów i czynników rozwoju prawa w okresie antycznym. Przyniosło jednak także, jak stwierdza autor, „koszty” polegające na tym, iż znaczenie argumentu historycznego w interpretacji prawa zostało znacząco ograniczone, literatura romanistyczna przestała być postrzegana jako znacząca dla współczesnego prawnika, kodeks cywilny zaczął być postrzegany jako granica pomiędzy nowym i dawnym prawem (s. 42). Oceniając tak zrekonstruowany proces R. Zimmermann wyraża pogląd, iż wynikająca z niego wizja historycznego pojmowania prawa jest „całkowicie różna” od prezentowanej przez Savigniego (s. 43). Deklarując aktualność postulatów metodologicznych szkoły historycznej, autor stawia pytanie o to, czy oddzielenie romanistyki od dogmatyki spowodowało także emancypację współczesnej dogmatyki od tradycji prawa rzymskiego. Temu zagadnieniu poświęcony został drugi wykład noszący tytuł: *Przejście od prawa cywilnego do kodeksu cywilnego w Niemczech: początek nowej ery?* (s. 53–105). Punkt wyjścia tego fragmentu wywodów stanowi spostrzeżenie, iż po wejściu w życie kodeksu cywilnego (k.c.n.) Niemcy

¹ Taką postawę metodologiczną R. Zimmermanna ilustrują: fundamentalne opracowanie *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town-Wetton-Johannesburg 1990; szereg artykułów jak np.: *Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit*, JZ 1992, z. 1, s. 8–20 oraz programy badawcze w których uczestniczył np.: *Good Faith in European Contract Law*, ed. R. Zimmermann, S. Whittaker, Cambridge 2000. Jest on współzałożycielem wychodzącego od roku 1994 czasopisma „Zeitschrift für Europäisches Privatrecht”.

doświadczyły „rewolucji case law”, polegającej na tym, iż praktyka sądów doprowadziła do innego, jak wynikające z literalnego brzmienia kodeksu, pojmowania niektórych reguł i instytucji (s. 55). W konsekwencji zasadniczą podstawę drugiego wykładu stanowią wyniki badań nad, opartym na kodeksie cywilnym, orzecznictwem Sądu Rzeczy w pierwszych 20 latach minionego stulecia. R. Zimmermann posłużył się przykładami dotyczącymi: zakresu przedmiotowego ochrony deliktowej opartej na par. 823 k.c.n., uznawaną powszechnie jako efekt sędziowskiego rozwijania prawa odpowiedzialnością właściciela za przedmiot wykorzystywany w ruchu publicznym, rozszerzenia w praktyce przewidzianej w par. 831 k.c.n. odpowiedzialności deliktowej za osoby trzecie, stosowania w praktyce sądowej nie wypowiedzianych w sposób ogólny w kodeksie klauzuli *rebus sic stantibus* i *exceptio doli generalis*, trudności praktyki dotyczących *culpa in contrahendo*, możliwości odstąpienia od umowy oraz szkody wyrządzonej poprzez zawarcie kontraktu osobie trzeciej. Na tej podstawie autor wypowiada pogląd, iż w zakresie opisanym przykładami nie można utrzymywać, iż praktyka Sądu Rzeszy charakteryzowała się pozytywnymi ograniczeniami w stosowaniu kodeksu (s. 78, 93, 94) oraz, że w większości przypadków to sądowe rozwijanie prawa stanowiło kontynuację praktyki *ius commune* (s. 79, 83, 85, 93). To ustalenie otworzyło R. Zimmermannowi drogę do uznania za nienaturalne, przyjmowania daty wejścia w życie kodeksu cywilnego jako punktu odcięcia przeszłości i terażniejszości prawa prywatnego. Podzielając wypowiedzianą przez M. Kasera diagnozę, iż już w połowie XX w. wystąpiły pierwsze symptomy wyczerpywania się współczesnej doktryny prawa prywatnego i związany z tym postulat skierowania uwagi dogmatyków do „samego problemu niezależnie od litery konkretnej ustawy do samej idei sprawiedliwości” (s. 104) autor uważa, iż rozwinięciem myśli szkoły historycznej w XXI stuleciu powinno być budowanie przez historyków prawa podstaw dla komparatystyki prawa prywatnego i w ten sposób odbudowa intelektualnej jedności europejskiej nauki prawa prywatnego. Wykład trzeci zatytułowany *Perspektywy zmian: europejskie prawo prywatne i jego historyczne podstawy* ma odpowiedzieć na pytanie jak można tę jedność budować. Jako istotny dla takich rozważań kontekst R. Zimmermann wskazuje na wstępie, iż w latach 90. XX wieku pojawiły się pierwsze podręczniki prawa prywatnego prezentujące obok siebie reguły angielskie, francuskie, czy niemieckie jako lokalne warianty tego samego zagadnienia oraz zwraca uwagę na osłabienie, w ostatnim czasie, stanowiska pozytywizmu w prawnoznawstwie. Wskazuje, iż są to okoliczności sprzyjające budowaniu nowego *ius commune* w Europie. Jako zasadniczą, w tym dziele, rolę historyka prawa uznaje przełamywanie stereotypu o istnieniu nie dającej się przezwyciężyć odmienności pomiędzy skodyfikowanym prawem prywatnym kontynentalnej Europy, a common law. Wykład ilustruje możliwości prowadzące w trzech zasadniczych kierunkach: poszukiwania wyrastających ze wspólnego doświadczenia historycznego reguł rozstrzygania konkretnych problemów prawa prywatnego; studiowania tzw. „mieszanych systemów prawnych”, tzn. porządków prawnych, które rozwijały się zarówno pod wpływem tradycji romanistycznej jak i anglosaskiej oraz szerszego, historycznego spojrzenia na uznawane za specyficzne pojęcia i metody właściwe dla common law i dla krajów skodyfikowanego prawa prywatnego. Jako owoce pierwszej ze wskazanych dróg R. Zimmermann proponuje włączenie do bezpodstawnego wzbogacenia problemu rozliczenia nakładów, tak jak to uczyniono w średniowiecznym *ius commune* i prawie angielskim, przyjęcie zasady anglosaskiej, iż potrącenie na zarzut rodzi skutek *ex nunc*, dającej taką samą pewność prawną jak justyniańskie potrącenie *ipso iure*, czy też poparcie aktualnych zmian polegających na włączeniu odpowiedzialności za wady fizyczne do ogólnych zasad odpowiedzialności za nienależyte wykonanie kontraktu, oparte na uwzględnieniu specyficznego zakresu stosowania przewidzianych w edyktach edylów kurulnych, skarg z tytułu wad fizycznych rzeczy sprzedanej. Wałory doświadczenia prawnego „mieszanych systemów prawnych” ilustruje szkic z rozwoju dogmatyki prawa prywatnego Szkocji i RPA, pozwalający wskazać przykłady kwalifikowane przez autora jako „angiel-

ska wersja doktryny *ius civile*" (s. 129), przypadki wykorzystywania przez sąd argumentów znanych z pandektystycznej dyskusji (s. 132), czy równoległego oddziaływania na orzecznictwo pojęcia rzymskiego i angielskiego (s. 147–148). Co do trzeciej ze wskazanych możliwości R. Zimmermann występuje przeciwko stereotypowi, iż powiernictwo (trust) jest instytucją specyficzną dla common law wskazując, iż w kontynentalnej tradycji prawnej jej istotę można odnaleźć w prawie rzymskim, w instytucji *fideicommissum* i powierniczej pozycji opiekuna oraz w kanonicznej praktyce średniowiecznej. Kwestionuje też pogląd, iż specyficzne dla systemów wyrastających z tradycji prawa rzymskiego jest pojęcie dobrej wiary (good faith). Ilustrując tę tezę pokazuje, z jednej strony, odmienności w konkretyzacji tej klauzuli generalnej w różnych systemach kontynentalnych, a z drugiej strony, zwraca uwagę na podobieństwo praktycznych rezultatów operowania w prawie angielskim pojęciem resonableness i w niemieckim pojęciem Treu und Glauben. W zamykających pracę uwagach końcowych autor powtarza pogląd, iż kodyfikacja prawa prywatnego nie odcięła nas od wspólnej przeszłości i dlatego właśnie sięgnięcie do niej toruje drogę do odtworzenia europejskiej kultury prawnej, dostrzeżenia tego co zbliża common law i prawo kontynentalne.

Konstrukcja i wybór przykładów w prezentowanej pracy są niewątpliwie powiązane z formułą wykładu i jego angielskim adresatem. Powtarzana wielokrotnie przez R. Zimmermanna teza o potrzebie udziału historyka prawa w budowaniu europejskiej jedności prawnej sprawia, w mojej ocenie, że jako centralne wobec prezentowanej pracy rodzi się pytanie o zakres przyjętej przez autora europejskiej perspektywy oraz kwestia metody poszukiwania historycznej ciągłości dogmatyki praw prywatnego w oparciu o analizę orzecznictwa. Stanowisko autora co do pierwszej z wyróżnionych kwestii ilustruje fakt, iż w prawie kontynentalnym koncentruje się na dogmatyce niemieckiego i francuskiego kodeksu cywilnego, a incydentalne odniesienia do wyników dalej idących studiów porównawczych są ograniczone do krajów członkowskich Unii Europejskiej (s. 170). Deklarując tak ujęte prawo kontynentalne jako wyrastające z historycznego rozwoju *ius commune* wskazuje dalej, na doświadczenia we wzajemnym przenikaniu się tej tradycji prawnej i common law w rozwoju prawa Szkocji i RPA oraz na podobieństwa metody *ius commune* i common law w zakresie interpretacji ustaw oraz kazuistycznego rozwijania prawa przed przyjęciem w Anglii, w XIX wieku doktryny stare decisions. Takie podejście służy niewątpliwie pokazaniu czytelnikowi jak sięganie do antycznego prawa rzymskiego i *ius commune* może, w powiązaniu z komparatystyką, być pomocne dla odbudowy ponadnarodowej europejskiej jedności prawa prywatnego. Jest to jednak jedność, której filarami są Niemcy, Francja i Zjednoczone Królestwo. Taka propozycja wykorzystania tradycji romanistycznej dla rozwijania jednolitej dogmatyki jest postępowaniem w porównaniu ze stanowiskiem K. Savigny'ego, który łączył odniesienia do prawa rzymskiego z kulturową ideą Rzeszy². Prezentowana przez R. Zimmermanna wizja jedności służy przełamaniu stereotypu co do istnienia nie dającej się pogodzić przepaści między prawem angielskim, a kontynentalnym. Nie dotyka ona jednak innego stereotypu, dotyczącego przepaści pomiędzy prawem krajów zachodniej Europy, a prawem krajów słowiańskich środkowo-wschodniej części naszego kontynentu³. Wizja R. Zimmermanna upatrująca we wspólnej tradycji prawnej, w szczególności tradycji w prawa rzymskiego, ważnej przesłanki budowania europejskiej dogmatyki prawa prywatnego jest interesującym, konkretnym przykładem poszukiwania prawa mającego cechę tzw. „europejskiej tożsamości”. Póki co jest to naukowa wizja proponowania w opiniotwórczych wykładach. Z polskiej perspektywy istotnym jest jednak, aby jakies jej „przełożenie” na praktykę nie doprowadziło do utrwalenia drugiego ze wska-

² Zob. P. Koschaker, *Europa und das römische Recht*, München, Berlin 1947, s. 261 i n.

³ Por. np.: T. Giaro, *Aktualisierung Europas. Gespräche mit Paul Koschaker*, Genova 2000, s. 123 i n; s. 167 i n.

zanych wyżej stereotypów. Z tego punktu widzenia odczytuję omawianą pracę jako inspirację dla polskich romanistów do intensywnego propagowania wyników badań dotyczących tradycji romanistycznej w Polsce przedrozbiorowej oraz do rozwijania badań nad znaczeniem prawa rzymskiego na ziemiach polskich w XIX i XX wieku. Co do sposobu ich prowadzenia interesująco są, moim zdaniem, spostrzeżenia dotyczące drugiej z wytyczonych przeze mnie osi oceny, czyli metody wykorzystywania orzecznictwa. Jak już naszkicowałem wyżej, wykład poświęcony kodyfikacji prawa cywilnego w Niemczech, to w istocie zbiór przykładów rozwijania prawa w orzecznictwie Sądu Rzeszy opartym na niemieckim kodeksie cywilnym w pierwszych dwudziestu latach jego obowiązywania. Jako zaletę takiego podejścia uznać wypada to, iż dało ono podstawę do precyzyjnych konkluzji. Przykładowo, uznania kontynuacji na gruncie par. 823 k.c.n. wypowiedzanej już w *ius commune* zasady, iż naruszenie prawa innej osoby do wytoczenia skargi obligacyjnej nie jest uważane za delikt (s. 61), czy też ukazania innowacji polegającej na dopuszczeniu w drodze interpretacji kodeksu możliwości odstąpienia od kontraktu z uwagi na jego wadliwe wykonanie (s. 94). Z tego punktu widzenia, uważam, iż rozważania R. Zimmermanna należy uznać za kolejny dowód ukazujący walory rozwijania metody historyczno-komparatystycznej poprzez porównywanie konkretnych *rationes decidendi*⁴. Metoda taka wymaga jednak szczegółowych badań precyzyjnie określonego obszaru kazuistyki. R. Zimmermann mógł w znacznym stopniu oprzeć się na wynikach badań projektu badawczego zainicjowanego przez U. Falka i H. Mohnhaupta⁵ (s. 56). To skłania, jak sądzę, aby omawianą pracę odczytać także jako zachętę do badania z romanistycznej perspektywy argumentacji polskich sędziów orzekających w sprawach cywilnych.

Konkludując, prezentowana praca – choć jest adresowana w pierwszym rzędzie do angielskiego odbiorcy – powinna być, moim zdaniem, uwzględniona także w toczącej się w Polsce dyskusji na temat kierunków rozwoju badań romanistycznych.

WOJCIECH DAJCZAK (Poznań)

Forschungen zur Rechtsarchäologie und Rechtlichen Volkskunde, hrsg. von Louis Carlen, Band 13–18, Zürich 1991–2000.

W 1962 r. powstał w ramach Szwajcarskiego Stowarzyszenia Etnograficznego oddział prawny, na którego czele stanął prof. Ferdinand Elsner. Grupa skupionych tam badaczy zainicjowała m.in. organizowanie dorocznych konferencji, w których uczestniczyli także badacze z sąsiednich krajów. Najważniejsze referaty zjazdowe, a także inne wyniki badań postanowiono publikować w nowym wydawnictwie pt. „Forschungen zur Rechtsarchäologie und Rechtli-

⁴ Por. W. Dajczak, rec.: L. Garofalo, *Studi sul azione redbitoria*, Padova 2000, CPH 54 (2002), z. 1 (w druku).

⁵ *Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter. Zur Reaktion der Rechtsprechung auf die Kodifikation des deutschen Privatrechts (1896–1914)*, Hrsg. U. Falk, H. Mohnhaupt, Frankfurt/Main 2000.