

WOJCIECH DAJCZAK (Poznań)

## Poszukiwanie „wspólnego rdzenia” prawa prywatnego w Europie

W związku z książką Gabora Hamza, *Die Entwicklung des Privatrechts auf römischrechtlicher Grundlage unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsentwicklung in Deutschland, Österreich, der Schweiz und Ungarn*, Budapest 2002, ss. 282.

I. Ostatnie lata 20. stulecia i pierwsze lata obecnego przyniosły szereg publikacji, które skupiają się na akcentowaniu znaczenia prawa rzymskiego jako wspólnego elementu doświadczenia prawniczego w Europie<sup>1</sup>. Rozwinięciem takiego podejścia są prace których autorzy zmierzają do powiązania uniwersalności tradycji prawa rzymskiego z podejmowanymi współcześnie staraniami o zbliżenie ustawodawstw cywilnych w krajach europejskich<sup>2</sup> oraz w których spotykamy deklaracje konieczności „rewaloryzacji prawa rzymskiego w 21. w. i jego przydatności (...) dla dążeń do unifikacji prawa w jednoczącej się Europie”<sup>3</sup>. Wstęp pracy Gabora Hamzy wskazuje, iż zamysłem węgierskiego Autora, publikującego po niemiecku, było wzbogacenie tego, zorientowanego ku problemom współczesności, kierunku dzisiejszej romanistyki. We wprowadzeniu czytamy, iż stworzenie w kolejnych dziesięcioleciach *ius commune privatum Europeum* wymaga gruntownego przedstawienia wspólnych historycznych korzeni prawa prywatnego krajów europejskich, wśród których pierwsze miejsce zajmuje prawo rzymskie (s. 9). Gabor Hamza podkreśla także, iż jako punkt ciężkości swych rozważań przyjął zagadnienie

---

<sup>1</sup> Zob. np.: P. Stein, *Roman Law in European History*, Cambridge 1999; L. Maganzani, *Formazione e vicende di un'opera illustre. Il Corpus iuris nella cultura del giurista europeo*, Torino 2002; M. Kuryłowicz, *Prawo rzymskie, historia tradycja współczesność*, Lublin 2003.

<sup>2</sup> Zob. np.: R. Zimmermann, *Roman Law, Contemporary Law, European Law*, Oxford 2001, rec. W. Dajczak, CPH 54 (2002), z. 2, s. 323 i n.

<sup>3</sup> W. Wołodkiewicz, *Czy prawo rzymskie przestało istnieć?*, Kraków 2003, s. 17.

trwałości oddziaływania tradycji romanistycznej, zasadę kontynuacji w rozwoju prawa prywatnego oraz zwrócenie uwagi na znaczenie prawa rzymskiego jako „podstawy integracji prawa prywatnego”, także w krajach takich jak Węgry, gdzie nie miała miejsca recepcja prawa rzymskiego *in complexu* (s. 10). Wskazane założenia badawcze znajdują odbicie w formalnym układzie podzielonej na cztery części pracy. Przedmiotem pierwszej z nich jest szkic zbiorów prawa rzymskiego jakie powstały w państwach szczepowych po upadku zachodniej części *Imperium Romanum* oraz zarys genezy justyniańskich zbiorów prawa, które stanowiły podstawę późniejszego oddziaływania prawa rzymskiego w nowożytnej Europie (s. 13–25). W części drugiej noszącej tytuł *Das Privatrecht und die Privatrechtswissenschaft im Mittelalter* G. Hamza przybliżając pojęcie *ius commune*, zwraca uwagę na znaczenie prawa kanonicznego dla jedności nauki prawa w średniowiecznej Europie oraz prezentuje podstawowe mechanizmy oddziaływania prawa rzymskiego na naukę i praktykę prawa w Italii, krajach niemieckich, Austrii, Szwajcarii, Czechach i na Morawach oraz na Węgrzech do 16 stulecia (s. 27–69). Część trzecia poświęcona została metodzie i zakresowi oddziaływania tradycji romanistycznej na naukę prawa w krajach niemieckich, a następnie w Niemczech, Austrii (*österreichischen Erbländer*), Szwajcarii i na Węgrzech w okresie od 16. do 20. wieku i ukazanych w tym kontekście głównym etapom powstawania austriackiego, niemieckiego i szwajcarskiego kodeksów cywilnych oraz kodyfikacji węgierskiego prawa prywatnego (s. 71–147). Deklarowana na wstępie pracy orientacja ku współczesności znajduje wyraz w tym, iż prezentacja rozwoju prawa prywatnego w Austrii obejmuje także odniesienie do wybranych zmian ABGB w 20. wieku i zakresu obowiązywania jego pierwotnego tekstu współcześnie. Zmiany w prawie niemieckim kończy wskazanie rozszerzenia się obszaru obowiązywania BGB po zjednoczenia Niemiec w roku 1990. Zarys zmian w pracy prywatnym Szwajcarii kończy nowelizacja prawa zobowiązań z 1984 roku, a w prawie węgierskim zmiany w kodeksie cywilnym z roku 1996 określone przez G. Hamza jako „powrót do romanistycznej tradycji” (s. 142) oraz wzmianka o nowej regulacji własności intelektualnej z roku 1999. Tytuł czwartej części brzmi *Der Einfluss der deutschen, österreichischen, schweizerischen und ungarischen Privatrechtswissenschaft und der Privatrechtskodifikationen in Mittel- und Osteuropa* (s. 149–235). W rzeczywistości ta składająca się z 31. punktów część stanowi zarys zasadniczych linii rozwoju prawa prywatnego i losów tradycji romanistycznej we wszystkich krajach Europy środkowo-wschodniej, a ponadto w Europie południowej, gdyż G. Hamza w podobny sposób uwzględnia w szczególności Italię, Lichtenstein, Chorwację, Słowenię, Bośnię-Hercegowinę, Macedonię, Serbię, Czarnogórę, Albanię, Grecję czy Turcję. Także w czwartej części dostrzec można odniesienia do współczesnych zmian w prawie prywatnym, jak na przykład nowelizacji polskiego kodeksu cywilnego w latach 1990 i 2000, zmian w pra-

wie cywilnym krajów nadbałtyckich po odzyskaniu przez nie niepodległości, czy zmian w prawie prywatnym Słowenii z lat 1994–2001.

II. Akcentowanie wspólnej tradycji prawa rzymskiego nie ogranicza się do romanistyki. Takie przykłady znajdujemy i w wypowiedziach dotyczących problemów rozwoju europejskiego prawa prywatnego. W opublikowanym niedawno, nowatorskim podręczniku<sup>4</sup> Karl Riesenhuber tłumacząc pojęcie wspólnotowego prawa prywatnego (*gemeinschaftseuropäisches Privatrecht*) uznaje, że opiera się ono na „pozytywnym” europejskim prawie prywatnym, ale dodaje, iż nie można także pomijać „naukowego wspólnego europejskiego prawa prywatnego” rozumianego jako suma reguł, które są wspólne dla państw europejskich z historycznego lub porównawczego punktu widzenia<sup>5</sup>. Ewoud Hondius, członek Komisji Europejskiego Prawa Kontraktów dostrzegając istnienie wspólnej tradycji prawa rzymskiego stwierdził, że nowa europeizacja prawa prywatnego nie pozwala myśleć o powrocie do sytuacji sprzed 19 w. ale jest „fascynującym wyzwaniem dla historyków prawa”<sup>6</sup>. Wreszcie w redakcyjnym wstępie wydawanego od końca 2003 roku, zorientowanego praktyczne, czasopisma GPR – *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht* czytamy, że rozwój wspólnotowego prawa prywatnego jest „niewyobrażalny” bez gruntownej, porównawczej analizy porządków prawnych krajów członkowskich oraz krytycznych odniesień do wspólnej tradycji prawnej, która wynika przede wszystkim z zachowanych w *Corpus Iuris Civilis* tekstów prawa rzymskiego<sup>7</sup>. Z drugiej strony spotykamy szereg wypowiedzi kwestionujących w całości sens odniesień do prawa rzymskiego w dyskusji nad współczesnymi problemami europeizacji prawa prywatnego. Cywiliści czynią to pod hasłami pragmatyzmu i prawnej rewolucji w Europie<sup>8</sup>. Zarzuty historyków prawa są formułowane jak sprzeciw wobec neopandektyzmu i instrumentalizacji historii prawa<sup>9</sup>. Komparatysta P. G. Montarei występując przeciwko „aryjskiemu modelowi zachodniej tradycji prawnej” wywodzi w szczególności, że odniesienia w europejskiej cywilistyce do prawa rzymskiego nie są wynikiem szczególnej jakości prawa Rzymian, ale dominującej w Europie strategii argumentacji polegającej na tym, iż zajmujący się prawem cywilnym umacniali

---

<sup>4</sup> Zob.: Chr. Baldus, rec.: K. Riesenhuber, *System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts*, Berlin 2003, GPR 2/03–04, s. 80.

<sup>5</sup> K. Riesenhuber, *Europäisches Vertragsrecht*, Berlin 2003, s. 22.

<sup>6</sup> E. Hondius, *Finding the Law in a New Millennium: Prospects for the Development of Civil Law in the European Union* [w:] *The Common Core of European Private Law*, ed. M. Bussani, U. Mattei, The Hague-London-New York 2002, s. 81.

<sup>7</sup> M. Schmidt-Kessel, Chr. Baldus, P. Jung, E. Najork, R. Schumacher, *Editorial. Gemeinschaftsprivatrecht*, GPR 1/2003–2004, s. 2.

<sup>8</sup> Zob. np.: M. J. Möllers, *Die Rolle des Rechts im Rahmen der europäischen Integration*, Tübingen 1999, s. 9; M. Hesselink, *The New European Private Law. Essays on the Future of Private Law in Europe*, The Hague – London – New York 2002, s. 59 i 65 i n.

<sup>9</sup> Zob.: M. Hesselink, op. cit., s. 60 (tam dalsza lit.).

autorytet swoich wypowiedzi odniesieniami do prawa rzymskiego<sup>10</sup>. W końcu odnotować należy stanowisko zmierzające do uznania wypowiedzianych przez R. Zimmermanna argumentów na rzecz użyteczności romanistycznej tradycji dla rozwijania europejskiego prawa prywatnego za przejaw obrony niemieckiej hegemonii<sup>11</sup>. Praca G. Hamza daje okazję, aby na jej przykładzie rozważyć metodę wykorzystywania odniesień do tradycji romanistycznej w sposób czytelny dla dzisiejszej dogmatycznej dyskusji nad zbliżaniem ustawodawstw cywilnych oraz zasadność obrony przed przywołanymi wyżej zarzutami wobec takich odniesień.

III. Jako okoliczność sprzyjającą harmonizacji systemów prawnych uznać można wskazywanie podobieństw pomiędzy nimi. W rozważaniach G. Hamzy podkreślanie podobieństw pomiędzy 19. i 20. w. projektami ustaw cywilnych i ustawami cywilnymi najczęściej służy akcentowanie „wpływu padektystyki” (s. 124, 141, 154, 157, 159, 179, 184, 225). Precyzyjne operowanie takim kryterium wymagałoby jednoznaczności pojęcia. W rzeczywistości jednak padektystyka, rozumiana jako budowana w powiązaniu z rzymskimi źródłami prawnymi teoria prawa prywatnego, była obszarem żywej dyskusji naukowej i polemik zarówno w Niemczech, jak i w innych krajach. Przykładowo, z polskiej perspektywy zwrócić można uwagę na wyraźną odmienną pomiędzy autorami niemieckimi uznającymi istnienie tzw. abstrakcyjnej umowy rzeczowej<sup>12</sup>, a wywodami należącego metodologicznie także do padektystyki Marcelego Chlamtacza broniącego poglądu, iż źródła rzymskie przemawiają za uznaniem kauzalności przeniesienia własności<sup>13</sup>. Jako podobną odmienną co do fundamentalnej w prawie prywatnym kwestii granic prawa własności można wskazać odmienną pomiędzy wyraźnie akcentowanym w padektystyce niemieckiej radykalnym indywidualizmem w rozumieniu prawa własności<sup>14</sup>, a zaprezentowanym w roku 1900 przez Leona Pinińskiego poglądem, iż „własność nie jest nieograniczonym władztwem indywidualnym, lecz prawem tylko ekonomicznego korzystania z rzeczy, prawem wyłącznym wprawdzie, lecz ujętym w pewne karby wytworzone przez istniejące gospodarskie, społeczne i państwowe stosunki”<sup>15</sup>.

---

<sup>10</sup> P. G. Monateri, *Black Gaius: A Quest for the Multicultural Origins of the “Western Legal Tradition”*, *Hastings Law Journal* 51 (2000), s. 507 i n.

<sup>11</sup> U. Mattei, *The Issue of Civil Codification and Legal Scholarship: Biases, Strategies and Developments*, *Hastings Int'l & Comp. Law Review* 21, s. 884.

<sup>12</sup> Zob. np. B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, t. 1, Frankfurt am Main 1882, s. 538 i n.

<sup>13</sup> M. Chlamatacz, *Die rechtliche Natur der Übereignungsart durch Traditio im römischen Recht*, Leipzig 1897, s. 1 i n.

<sup>14</sup> Zob. np. B. Windscheid, op. cit., s. 518 i n.

<sup>15</sup> L. Piniński, *Pojęcie i granice prawa własności według prawa rzymskiego*, [w:] *Księga pamiątkowa Uniwersytetu Lwowskiego ku uczczeniu pięćsetnej rocznicy fundacji jagiellońskiej Uniwersytetu Krakowskiego*, Lwów 1900, s. 58.

W konsekwencji uważam, że próba akcentowania podobieństw w prawie prywatnym przy użyciu kryterium „pandektystycznego wpływu” może być zakwestionowana zarówno w oparciu o argumenty historyczne<sup>16</sup>, jak i postulat precyzji dogmatycznej dyskusji. Co więcej występujące w pracy G. Hamzy stwierdzenia, iż „nowy kodeks cywilny Białorusi od strony formalnej podąża za pandektystyczną tradycją” (s. 179), czy też, że „radzieckie prawo cywilne miało pandektystyczną tradycję” (s. 225), mogą ponadto prowokować do dyskusji nad instrumentalnym rozumieniem i operowaniem pojęciem romanistycznej tradycji. Uznaję, iż przyjęta przez G. Hamzę metoda rozważań polegająca na przyjęciu za punkt ciężkości nowożytniej teorii cywilistycznej powiązanej z rzymskimi tekstami prawnymi, która oddziaływała na kodyfikacje prawa cywilnego może być pomocna w odnajdywaniu tego co wspólne we współczesnych systemach prawa prywatnego. Jednak operowanie tylko ogólnym szyldem pandektystyki, czy też w podobnym stopniu ogólną tezą o podążaniu za „gajańsko-justyniańskim systemem instytucji” (s. 193, 220) lub „romanistyczną tradycją” (s. 176, 179) w istocie nie jest użyteczne w prawno-dogmatycznych rozważaniach, a może być postrzegane jako wyraz strategii argumentacyjnej wyrastającej z postulatu ujednoczenia prawa prywatnego. Sygnalizowana ogólność wywodu powoduje także, iż bardzo słabo dostrzegamy w pracy oryginalność prawników operujących metodą pandektystyczną o innej jak niemiecka narodowości<sup>17</sup>. To istotne uproszczenie może dostarczać argumentów dyskutantom, którzy próbują utożsamiać współczesne próby odniesień do romanistycznej tradycji z dążeniem do niemieckiej dominacji w budowaniu europejskiej nauki prawa prywatnego.

IV. Na istnienie podobieństw pomiędzy szkicowanymi ustawodawstwami cywilnymi wskazują w pracy G. Hamzy nie tylko odniesienia do pandektystyki, czy do romanistycznej tradycji, ale także odnotowywanie wpływu nowego holenderskiego kodeksu cywilnego na zmiany prawne w środkowej i wschodniej Europie (s. 167, 173, 179, 228). Takie oddziaływanie holenderskiego kodeksu cywilnego, który w zasadniczej części obowiązuje od roku 1992 nie jest zaskoczeniem. Jest on bowiem wskazywany jako oryginalna z uwagi na systematykę i treść nowoczesna kodyfikacja prawa prywatnego<sup>18</sup>. Rozważa

---

<sup>16</sup> Dostrzec tu można analogię pomiędzy jednolitym operowaniem pojęciem pandektystyki a zakwestionowanym już przez R. v. Jheringa traktowaniem jako jedność prawa rzymskiego, por. R. von Jhering, *Geist des Römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, t. 1, Leipzig 1907, s. 48.

<sup>17</sup> W ten sposób G. Hamza mówi tylko o węgierskich profesorach prawa rzymskiego końca 19 i początku 20 wieku, że „nie ograniczali prawa pandektowego (...) do niemieckiego prawa pandektowego” (s. 144).

<sup>18</sup> A. Hartkamp, *The Dutch Civil Code – A Model to be Imitated?*, [w:] *Towards a European Civil Code. Reflections on the Codification of Civil Law in Europe*, ed. G. Barrett, L. Bernardeau, Trier 2002, s. 21.

się ten kodeks jako jedno ze źródeł inspiracji dla ewentualnego europejskiego kodeksu cywilnego<sup>19</sup>. W pracy zorientowanej na romanistyczne podstawy prawa prywatnego nasuwa się jednak pytanie o relację tej kodyfikacji do romanistycznej tradycji prawnej. Gabor Hamza kwestii tej nie podejmuje. Być może wynika to z faktu, iż według opublikowanych źródeł nie ma do- wodu, aby w sposób zamierzony w pracach nad tym kodeksem kierowano się rzymskimi tekstami prawnymi. W ramach niniejszych rozważań warto jednak zwrócić uwagę na wychwycone przez Hansa Ankuma przykłady konkretnych rozwiązań dogmatycznych przyjętych w nowych kodeksie, które stanowiły zmianę w holenderskim prawie prywatnym, a są, prawdopodobnie w sposób niezamierzony przez twórców kodeksu, zgodne z rozwiązaniami spotykanymi w rzymskich tekstach prawnych<sup>20</sup>. Jako przykłady takich „powrotów figur prawnych” można wskazać: przyjęcie w art. 3:38 par. 2 obecnego kodeksu zasady, iż ziszczenie się warunku nie wywołuje skutku retroaktywnego<sup>21</sup>, uznanie w art. 3:48 par. 1 kausalnego charakteru przeniesienia własności<sup>22</sup>, czy też wprowadzenie w art. 3:125 możliwości nabycia w drodze zasiedzenia własności rzeczy ruchomych<sup>23</sup>.

Zgłoszone wyżej zarzuty wobec operowania ogólnym pojęciem pandektystyki i powyższe przykłady z prawa holenderskiego skłaniają do wniosku, że wykorzystanie tradycji prawa rzymskiego w rozważaniach dotyczących zbliżania systemów prawa cywilnego może być czytelne dla prawników, gdy dotyczy konkretnego zagadnienia dogmatyczno-prawnego. Jako przejaw czytelności takiego podejścia w omawianej pracy wskazać można informacje o przywróceniu w Macedonii *lex commisoria* „która była zakazana w jugo- sławańskiej ustawie o zobowiązaniach” (s. 211), czy też o wprowadzeniu nie- ograniczonej zasady *superficies solo cedit* w chorwackiej ustawie o własności z roku 1996 (s. 200).

V. Postawiona przez G. Hamza teza, iż przesłanką zbudowania euro- pejskiego prawa prywatnego jest przedstawienie prawa rzymskiego jako najważniejszego wspólnego korzenia europejskich systemów prawa prywat- nego skłania, aby powyższe spostrzeżenie co do czytelności odniesień do prawa rzymskiego uzupełnić o refleksję nad ich użytecznością. W dyskusji nad harmonizacją prawa prywatnego upowszechnia się praktyka określania wspólnych elementów jako „wspólnego rdzenia” (*common core*) systemów prawnych. Przewodniczący Komisji Europejskiego Prawa Kontraktów Ole

---

<sup>19</sup> Ibidem, s. 21 i n.

<sup>20</sup> H. Ankum, *Principles of Roman Law absorbed in the New Dutch Civil Code*, [w:] *Essays on European Law and Israel*, ed. A. Mordechai Rabello, Jerusalem 1996, s. 41 i n.

<sup>21</sup> Ibidem, s. 43.

<sup>22</sup> Ibidem, s. 45.

<sup>23</sup> Ibidem, s. 46.

Lando rozumie to określenie jako oznaczenie fenomenu polegającego na tym, iż sądy w różnych systemach prawnych dochodzą w podobnych sytuacjach do podobnych rezultatów praktycznych<sup>24</sup>. Powstała z inspiracji Komisji Europejskiej grupa badawcza pod nazwą *Common Core Projekt*<sup>25</sup> stawia sobie za cel wydobycie wspólnego rdzenia z ogólnej masy prawa kontraktów, deliktów i własności poprzez ustalenie tego, co jest odmienne, a co wspólne dla różnych systemów prawa w Europie. Na tej podstawie zmierza do stworzenia „wiarygodnej geograficznej mapy prawa w Europie” i w perspektywie jej zmiany w kierunku integracji<sup>26</sup>. Upowszechnianie się takiego rozumienia pojęcia „wspólnego rdzenia” systemów prawa prywatnego sprawia, iż wskazywanie na tradycję romanistyczną jako podstawę dla współczesnej integracji w zakresie prawa prywatnego uznałbym za pozbawione oparcia w praktyce. Zestawienie powyższych uwag na temat czytelności odniesień do prawa rzymskiego oraz znaczeń nadawanych hasłu „wspólny rdzeń” rodzi pytanie o użyteczną i metodologicznie przekonującą propozycję takich odniesień. Nie można na to pytanie odpowiedzieć tu w sposób wyczerpujący. Można jednak rozważyć propozycję pozytywną, która idzie w przyjętym przez G. Hamza kierunku. Sądzę, iż odniesienia do źródeł prawa rzymskiego i ich losów w czasach nowożytnych mogą być pomocne przy wyjaśnianie przyczyn odmienności konkretnych rozwiązań w różnych kodeksach cywilnych oraz mogą stanowić jeden z argumentów na rzecz jakiegoś rozwiązania dlatego, iż w świetle doświadczenia lepiej odpowiada ono potrzebom praktyki.

VI. Interesującą możliwością rozważań nad przyczynami odmienności rozwiązań przyjętych w różnych kodeksach cywilnych daje analiza wykorzystywania argumentów z prawa rzymskiego w pracach nad tzw. oryginalnymi kodyfikacjami cywilnymi<sup>27</sup> jak francuski, niemiecki i austriacki kodeks cywilny. W materiałach dokumentujących przebieg tych prac spotykamy jeszcze bezpośrednio odniesienia do prawa rzymskiego. Najbardziej precyzyjny ich obraz daje sporządzony kilka lat temu rejestr cytowania rzymskich źródeł w projektach BGB<sup>28</sup>. Nie zawsze jednak źródła te były wykorzystane w sposób zgodny z ich sensem, jaki odczytujemy współcześnie w oparciu

---

<sup>24</sup> O. Lando, *The Future Development of the Principles of European Contract Law and a European Civil Code*, [w:] *Towards a European Civil Code. Reflections on the Codification of Civil Law in Europe*, ed. G. Barrett, L. Bernardeau, Trier 2002, s. 40 i n.

<sup>25</sup> Występuje też pod nazwą projekt Trento.

<sup>26</sup> M. Bussani, U. Mattei, *Preface: The Context, The Common Core of European Private Law*, ed. M. Bussani, U. Mattei, The Hague – London – New York 2002, s. 1 i n.

<sup>27</sup> Por. K. Zweigert, H. Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Tübingen 1996, s. 74, 153 i n; 164 in.

<sup>28</sup> R. Knütel, M. Goetzmann, *Register der in den Materialien zum BGB zitierten römischen Rechtsquellen*, [w:] *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, red. R. Zimmermann, R. Knütel, J. P. Meinecke, Heidelberg 1999, s. 679–720.

o wyniki pogłębionych badań romanistycznych. Jako przykład takiej rozbieżności mogę wskazać prezentowany przeze mnie pogląd, iż zasadnicza różnica pomiędzy modelem przeniesienia własności w prawie francuskim i niemieckim ma swoje źródło w trudności uchwycenia charakteru rzymskiej *traditio* i w konsekwencji oparcia się w pracach kodyfikacyjnych na poglądzie, który nie znajduje potwierdzenia w wynikach głębszej analizy rzymskich źródeł<sup>29</sup>. Tak budowana diagnoza przyczyn odmienności na „prawnej mapie Europy” może służyć w pierwszym rzędzie osłabianiu określonych stanowisk dogmatycznych. Nie ma jednak praktycznych podstaw, aby automatycznie miała prowadzić do przyjęcia pierwotnego rozwiązania rzymskiego, które często będzie obrazem tendencji ewolucyjnej, a nie prostą regułą. Powracając do podkreślanego przez O. Lando sensu pojęcia „wspólnego rdzenia” jako podobnych rezultatów praktycznych sadzę, iż doświadczenie prawa rzymskiego może być także jednym z argumentów wskazujących wybór konkretnego rozwiązania. Jako przykład takiego wskazania dostrzegam podobieństwo pomiędzy rzymskim doświadczeniem, sformułowaną przez Sąd Najwyższy Holandii na gruncie poprzedniego kodeksu zasadą, iż przeniesienie własności może nastąpić tylko w oparciu o ważny tytuł<sup>30</sup> oraz próbą złagodzenia w orzecznictwie niemieckim zasady abstrakcyjności przewłaszczenia<sup>31</sup>. Inspiracyjny walor porównywania rzymskiego doświadczenia prawniczego z orzecznictwem na gruncie obowiązujących kodeksów potwierdzają też badania wybranych fragmentów praktyki w których dostrzega się, iż twórcza interpretacja sędziów na gruncie kodeksu prowadziła niekiedy do rozwiązań praktycznych znanych z wcześniejszego *ius commune*<sup>32</sup>. Z krytycznych uwag na temat metody omawianej pracy wyłania się zatem propozycja pozytywna. Uważam, że odniesienia do prawa rzymskiego w dyskusji nad zbliżaniem systemów prawa cywilnego powinny być skupione na konkretnym zagadnieniu dogmatycznym i stanowić historyczno-porównawczą analizę antycznego doświadczenia rzymskiego i wykorzystania antycznych tekstów i romanistycznych argumentów w projektach wskazanych kodyfikacji i towarzyszącej im dyskusji<sup>33</sup>. Rozwinięciem takiej analizy może być porównanie jej wyniku z stanem orzecznictwa na gruncie badanych przepisów,

<sup>29</sup> Zob.: W. Dajczak, *Znaczenie tradycji prawa rzymskiego w europejskiej harmonizacji prawa prywatnego*, PiP 2/2004, s. 63 i n.

<sup>30</sup> Hoge Raad, 5th May 1950, *Nederlandse Jurisprudentie* 1951, nr.1, cytują za H. Ankum, op. cit., s. 45.

<sup>31</sup> Zob.: Winkler, *Deutsche Notar-Zeitschrift*, 1974, s. 733 i n.

<sup>32</sup> Zob.: R. Zimmermann, op. cit., s. 79 i n.

<sup>33</sup> W tym kontekście w całości podzielam pogląd M. Kuryłowicza, iż także w tzw. „europejskich aspektach” badań romanistycznych konieczne jest utrzymanie warsztatu właściwego tej dyscyplinie, por.: M. Kuryłowicz, *Dorobek i plany badawcze polskiej romanistyki. W związku z pracą Marii Zabłockiej, Romanistyka polska po II wojnie światowej, Warszawa 2002, CPH 55 (2003), z. 1, s. 457.*



a poszerzając dalej perspektywę porównawczą z orzecznictwem na gruncie podobnych norm w nowszych kodeksach cywilnych i w końcu z anglosaskim i skandynawskim orzecznictwem dotyczącym tego samego zagadnienia praktycznego.

VII. Zwrócenie uwagi na kilka możliwych zasięgów analizy historyczno-porównawczej skłania, aby na koniec i z tego punktu widzenia spojrzeć na pracę G. Hamzy. Przedstawiony przez niego zarys rozwoju 35. porządków prawa prywatnego jest rzeczą wyróżniającą się wśród autorów porównujących tradycję romanistyczną ze nowożytnymi systemami prawnymi. Ogrom prowadzącej do tego pracy ilustrują już wykazy literatury poprzedzające poszczególne podrozdziały. Mimo tego otrzymujemy obraz o ogólności zbliżonej do podręcznika wprowadzającego do komparatystyki prawniczej<sup>34</sup>. Wplecione w nie ogólne stwierdzenia, jak na przykład oznaczenie Ignacego Koschembahra-Łyskowskiego jako „zwolennika pandektystyki” mogą mylić. Jeśli bowiem zestawimy takie określenie ze słowami I. Koschembahra-Łyskowskiego, że „naszym hasłem nie jest ani „dzisiejsze prawo rzymskie (Savigny), ani „przez prawo rzymskie ponad prawo rzymskie (Ihering) lecz: obok prawa rzymskiego i przy nieustannym porównywaniu z prawem rzymskim nowoczesne prawo”<sup>35</sup> to widać, że w istocie mamy dwa różne obrazy samodzielności tego prawnika w podejściu do tradycji romanistycznej. Przykład pokazuje, że badania wpływu niemieckiej czy austriackiej nauki prawa w środkowej i wschodniej Europie wymagają znacznie głębszej analizy źródeł. To skłania, aby postulować, by rozwinięcie podjętej przez G. Hamza analizy historyczno-porównawczej opierało się na pracy wielonarodowych zespołów badawczych.

Konkludując, otwierająca serię wydawniczą serię nowego Uniwersytetu Andrassy Gyula w Budapeszcie praca G. Hamza przyczynia się do upowszechnienia poglądu, iż tradycja romanistyczna może być pomocna w pracach nad zbliżaniem systemów prawa prywatnego. Powyższe rozważania pokazują, iż prowokuje do dyskusji na temat metody tego rodzaju odniesień do prawa rzymskiego. Problematyka ta określona została niedawno przez M. Kuryłowicza jako przykład „nowych aspektów” w polskiej romanistyce<sup>36</sup>. Być może przyniesie ona dalszą dyskusję. Uważam, iż rozważając o sensie operowania argumentem historycznym w dzisiejszej dyskusji na temat harmonizacji prawa, nie należy zapomnieć także o problemie autonomii prawa

---

<sup>34</sup> Por. np. *Legal Traditions and Systems. An International Handbook*, ed. A. N. Katz, New York – Westport – Connecticut – London 1986, s. 65 i n.

<sup>35</sup> I. Koschembahr-Łyskowski, *O stanowisku prawa rzymskiego w powszechnej ustawie cywilnej dla Cesarstwa Austriackiego*, [w:] *Księga pamiątkowa wydana w setną rocznicę ogłoszenia kodeksu cywilnego z dnia 1. czerwca 1811 roku*, Lwów 1911, 194.

<sup>36</sup> M. Kuryłowicz, *Dorobek...*, s. 456.

prywatnego<sup>37</sup> oraz o tym, że uzasadniany pragmatycznie postulat zbliżenia systemów prawa cywilnego był podnoszony także w Polsce jeszcze przed podpisaniem Traktatu Rzymskiego z 25 marca 1957<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> Por.: K. W. Nörr, *Das römische Recht zwischen Technik und Substanz: Bemerkungen zu seiner Rolle am Ende des 20. Jahrhunderts*, ZeuP 1 (1994), s. 74 i n. E. J. Weinrib, *The Idea of Private Law*, Harvard 1995, s. 204 i n.

<sup>38</sup> E. Mayer, *Polnische Rechtsprobleme*, Zeitschrift für polnisches Recht, 2 (1924), s. 92 i n.; R. Longchamps de Berier, *Zjednoczenie prawa obligacyjnego państw słowiańskich. Referat główny*, Lwów 1933, s. 11.