

I. ROZPRAWY

JULIUSZ BARDACH (Warszawa)

Recepcja w historii państwa i prawa

*Il faut éclairer l'histoire
par les lois et les lois
par l'histoire
(Montesquieu)*

I. Recepcja jako zjawisko powszechnodziejowe. II. Recepcja prawa i jej właściwości. III. Nauka prawa wobec recepcji. IV. Recepcja prawa w dziejach. V. Systematyka recepcji prawa. VI. Uwagi końcowe.

I

W nauce współczesnej recepcja jest pojmowana jako przejmowanie, przyswajanie sobie przez określoną społeczność obcych wzorów w zakresie kultury. Podejmując się określenia istoty kultury Stefan Czarnowski akcentował, że „element dorobku społecznego zaliczony być może do kultury wówczas, gdy stanie się dobrem wspólnym szeregu grup ludzkich. Inaczej mówiąc, gdy z jednej strony oderwie się od jego wytwórcy lub wytwórców o tyle, że przyjęty być może przez grupy inne — z drugiej, gdy ustali się jako wzór niezależny od przypadkowych okoliczności”¹. Nie pozostaje z tą definicją w sprzeczności inne spopularyzowane przez Philipa Bagby określenie kultury jako „regularności w zachowaniu się wewnętrznym i zewnętrznym członków społeczeństwa z wyłączeniem tych regularności, których geneza jest na pewno dziedziczna”, a wyznaczonych przez panujący w danym społeczeństwie system idei i wartości². Te regularności — wzory społecznego postępowania, są z istoty swej predestynowane do przestrzennego rozszerzania się, więc do tego, by

¹ S. Czarnowski. *Studia z historii kultury*, w: *Dzieła*, t. I, Warszawa 1956, p. 19 - 20, gdzie następująca definicja kultury: „Jest nią całokształt zobiektywizowanych elementów dorobku społecznego, wspólnych szeregowi grup i z racji swoich obiektywności ustalonych i zdolnych rozszerzać się przestrzennie”.

² Ph. Bagby, *Kultura i historia*, Warszawa 1975, s. 116 - 145.

stać się obiektem recepcji. I w istocie recepcja jest zjawiskiem, które daje się obserwować na wszystkich szczeblach rozwoju ludzkości. Dlatego też jest obiektem, który wymaga kompleksowego badania zarówno od strony przeszłości, jak i w aspekcie współczesności. Przedmiotowa jedność między „wczoraj” a „dziś” jest tu jeszcze bardziej wyraźna niż gdzie indziej i nic nie upoważnia do określenia jakiegokolwiek granicy *ad quem*.

Termin recepcja, choć powszechnie stosowany, posiada również przeciwników, którzy kwestionują jego zasadność. Wynika to m. in. stąd, że pojęcie recepcji łączono często z przekonaniem o młodszości, ergo niższości kulturalnej strony recypującej. Stąd drażliwość, zrozumiała zwłaszcza w krajach rozwijających się Trzeciego Świata. Podkreśla się też nieraz jakoby sztywny charakter terminu recepcji, nieadekwatny do wyników badań ukazujących plastyczność określanych przezeń zjawisk, różnorodność ich form i zakresów.

Obiekcje te prowadzą do preferowania w miejsce wyrazu recepcja — podobnie jak jeszcze bardziej kwestionowanego desygnatu „naśladownictwo” (imitacja) — określeń takich, jak: asymilacja, penetracja, infiltracja, ekspansja, transmisja, upowszechnianie, wreszcie wpływ. Mniej precyzyjne, bardziej ogólnikowe mają one — zdaniem niektórych — tę przewagę, że posiadają większą siłę ewokującą niż terminy ściślej zdefiniowane, bo prowokują do różnorodnych skojarzeń, nawiązujących do wielu wątków myślowych. Z drugiej jednak strony przez swoją nieokreśloność prowadzić mogą do roztopienia się zjawisk mimo wszystko konkretnych, choć — jak zwykle w rzeczywistości społecznej — złożonych, w mgławicy pojęciowej. Dlatego akceptując inne desygnaty tam, gdzie są one adekwatne do opisywanej rzeczywistości, nie należy — sądzymy — rezygnować z terminu recepcja, tym bardziej że zrodzony w naukach prawnych, należy do narzędzi, którymi posługuje się dziś szeroko historia kultury zarówno materialnej, jak i duchowej. Będziemy starali się w dalszym ciągu możliwie sprecyzować treść terminu głównie przez określenie rozciągłości jego zastosowania.

Przed wszystkim należy zaakceptować rozróżnienie między recepcją obejmującą większe całości (w prawie systemy, ich części, podstawowe instytucje) a zapożyczeniem (franc. *emprunt*, niem. *Übernahme*), gdzie chodzi o elementy szczegółowe (w prawie normy, szczegółowe sformułowania i przepisy techniczne, terminy)³. Rozróżnienie to ma charakter porządkujący, bo zapożyczenia — pod warunkiem, że nie zaczną ciążyć swoją ilością — nie wywierają istotnego wpływu na kulturę zapożyczającą, który to wpływ zwykle się przypisywać recepcji.

We wcześniejszych etapach dziejów ludzkich — stanowiących domenę zwłaszcza archeologii — recepcja obejmowała zazwyczaj dwie podstawowe fazy. Najpierw następowało upowszechnienie — w pewnym krę-

³ T. Lévy-Bruhl, *Sociologie du droit*, Paryż 1961, s. 118; A. Schnitzer, *Vergleichende Rechtslehre*, t. I, wyd. 2, Bazylea 1961, s. 44.

gu przynajmniej — określonych kategorii przedmiotów użytkowych w drodze importu, a dopiero w ślad za tym szła, jako rezultat tego upowszechnienia i użytkowania, recepcja technik produkcyjnych, pozwalających na ich wytwarzanie na miejscu. Stąd archeologowie odróżniają: 1) recepcję konsumpcyjną czy użytkową i 2) recepcję produkcyjną⁴.

Przy recepcji produkcyjnej zachodzą zjawiska, które określa się jako adaptację. Badacze podkreślają czynny charakter tego procesu i zwracają uwagę na korygowanie wzoru w miarę intensyfikacji produkcji naśladowczej. To korygowanie nie musiało prowadzić do ulepszeń wytwarzanego produktu. Zajmując się recepcją produkcyjną obcych wzorów w kulturze ludowej etnolog i historyk Kazimierz Dobrowolski zwrócił uwagę, że przetwarzanie ich prowadziło nierzadko do prymitywizacji — upraszczania obcego wzoru zarówno w wykonaniu, jak i przy odtwarzaniu szczegółów. Pozostawało to w związku z poziomem kultury środowiska recypującego⁵. Również przy zbliżonym poziomie recepcja ma charakter adaptacji do całokształtu kultury, w skład której wchodzi nowo przyjęte elementy. Jak zauważył Fernand Braudel „żadna cywilizacja nie odmawia przyjęcia całości tych dóbr (zdobyczy technicznych i szerzej cywilizacyjnych — przyp. J.B.), ale każda nadaje jej własne znaczenie. Drapacze chmur Moskwy to nie wieżowce Chicago”⁶.

Od dawna zwrócono uwagę na rolę recepcji w dziedzinie techniki wojennej, form organizacji sił zbrojnych, strategii i taktyki. Przekazywanie tych wzorów odbywało się często za pośrednictwem obcokrajowców, którzy zaciągali się czasowo lub na stałe na służbę zbrojną, zwłaszcza gdy byli to rycerze (potem oficerowie). Nieraz recepcja odbywała się też w drodze naśladowania przeciwnika, by tym skuteczniej go zwalczyć⁷.

Szeroki zakres recepcji obserwuje się w sferze kultury duchowej. Należy tu recypowanie wzorów obyczajowych, wierzeń religijnych, wątków baśniowych i — szerzej — literackich, muzyki, tańca, sztuk plastycznych. Zjawiska te jedynie sygnalizujemy zwracając uwagę na ich intensyfikację w miarę nasilania się wymiany i komunikacji.

Zwykło się akcentować — od czasów pozytywizmu — że przejmowane wzory i wartości integrują się w całość kultury recypującej, wzbogacając ją o nowe elementy. Uogólnienie to, oparte na licznych zaobserwowanych faktach pomijało jednak przejawy dysharmonii kulturowej powstającej często w rezultacie recepcji. Występowały one — i występują

⁴ J. Zak, *Z teorii „importu” wczesnofeudalnego*. „Archeologia Polski”, t. VII, z. 1, 1962, s. 135 - 140.

⁵ K. Dobrowolski, *Trzy studia z teorii kultury ludowej*, w: *Studia nad życiem społecznym i kulturą*, Wrocław 1968, s. 131.

⁶ F. Braudel, *Historia i trwanie*, Warszawa 1971, s. 306.

⁷ Por. m. in. S. Krakowski, *Zagadnienie recepcji obcych wzorów w polskiej wojskowości średniowiecznej*, *Zeszyty Naukowe UŁ*, seria I, z. 21, 1961, s. 31 - 64 oraz W. Puś, *La chevalerie étrangère au service de la Pologne jusqu'au début du XIVe siècle*, w: *Histoire militaire de la Pologne*, Warszawa 1970, s. 46 - 64.

— najczęściej wówczas, kiedy recepcja wykracza poza określoną sferę dla której przyjmuje się często nazwę kręgu kulturowego — od niemieckiego *Kulturkreise*, gdy Francuzi preferują nazwę *aire culturelle* (obszaru kulturalnego) stanowiącego adaptację stosowanego przez językoznawców terminu — *aire linguistique*.

W typowych dla historii Europy układach obie strony należały najczęściej — wyjąwszy okres wędrówek ludów i czasy bezpośrednio za nim następujące — do tego samego kręgu, w którym istniała, mniej lub bardziej intensywna, w zależności od epoki, cyrkulacja wzorów i idei. Prowadziło to do pewnego wyrównania poziomu i zbliżenia kulturowego. W tym aspekcie recepcja należała — i należy — do czynników w jednym kręgu „naturalnych”, bo umacniających istniejące więzy, intensyfikujących funkcjonującą już wymianę dóbr materialnych i duchowych.

Odmienne przesłanki leżą u podstaw przebiegających w warunkach przyspieszenia historycznego — typowego dla naszych czasów — procesów dekolonizacji, którym towarzyszą zjawiska recepcji w dużej skali i o znacznym stopniu intensywności. W szczególności przyjmowanie przez ludy Afryki, bytujące do ostatnich czasów w ustroju rodowym lub wczesnych stadiach feudalizmu, wzorów ustroju politycznego i prawa krajów rozwiniętych spowodowało, że uwydatniła się zapoznawana dotąd często dysharmonia. Znajduje ona wyraz w niesharmonizowanym, pełnym napięć i konfliktów współistnieniu elementów należących do różnych kręgów kulturowych. Przytoczmy parę przykładów:

W połowie 1973 r. w Republice Wybrzeża Kości Słoniowej został wykryty spisek zorganizowany przez grupę oficerów przeciw głowie państwa. Przywódca spiskowców kapitan Siokulahu, aby uprosić u bóstw poparcie dla spisku złożył im w rytualnej ofierze pięciu rybaków schwytanych w czasie połowu. Szukając zaginionych władze wpadły na trop spisku. Jego uczestnicy zostali oskarżeni o zamach na głowę państwa, a dopiero w drugiej kolejności o zabójstwo pięciu rybaków, które stanowiło tylko środek do zamierzonego celu⁸. Od listopada tegoż roku rozpoczęły się krwawe prześladowania chrześcijan w Republice Czad, prowadzone pod zarzutem „działalności wywrotowej” przez zabitego w zamachu stanu z 1975 r. prezydenta Tombalbaye’a. Działalność ta polegała na nieakceptowaniu restytucji inicjacji (obrzędów magicznych związanych z wiekiem dojrzewania — przyp. J.B.) i praktyk animistycznych⁹. W tejże Republice Czad odbył się w lutym 1975 r. proces 32 osób oskarżonych o to, że usiłowały zamordować głowę państwa przez zorganizowanie ceremonii magicznej w trakcie której został zakopany żywcem czarny baran przed-

⁸ Zob. artykuł: *En Côte d'Ivoire*, „Le Monde”, 30 VI 1973.

⁹ Zob. artykuły: Tchad: *Subversion contre l'initiation*, „Le Monde” z 11 XII 1973 oraz *Les persécutions des chrétiens au Tchad*, tamże z 19 XI 1974, gdzie podana liczba 130 duchownych chrześcijańskich — głównie baptystów — straconych w ciągu roku akcji o przywrócenie animizmu.

stawiający prezydenta, a trzech marabuci wypowiedzieli odpowiednie zaklęcie¹⁰.

Notorycznie znane jest używanie w Czarnej Afryce przedmiotów magicznych, za pomocą których sprawca usiłuje pozbawić życia swego wroga. Mimo recepcji przez te państwa nowoczesnych zasad do ich kodeksów karnych, wystarcza znalezienie u osoby podejrzanej o spisek figurek z gliny przedstawiających osoby stojące u władzy, które oskarżony nakłubał igłą, by uznać go za winnego zamachu na ich życie i zastosować najwyższe sankcje karne. Myślenie magiczne pozostaje w sprzeczności z racjonalistycznym charakterem recypowanego prawa. W rezultacie — jak widać — prawo ulega modyfikacjom przez uwzględniającą tę mentalność praktykę.

Zastrzec się warto od razu, że nie oznacza to zasadniczej odmienności myślenia magicznego — podobnie jak każdego myślenia religijnego — od myślenia racjonalistycznego. Pierwsze ma charakter konkretno-jednostkowy, drugie uogólniająco-abstrakcyjny. Oba są jednak kierowane pragnieniem poznania rzeczywistości i oddziaływania na nią. Różnica polega na tym, że przy myśleniu magicznym podmiot szuka siły sprawczej w świecie niewidzialnym, który ujmuje w postaci wyimaginowanych postaci obdarzonych nadludzką potęgą i w rezultacie dochodzi do błędnych wniosków w zakresie ustalania więzi przyczynowo-skutkowych¹¹.

Zasadnicza jednak jedność umysłowości ludzkiej znajduje wyraz w fakcie możliwości recepcji kultur tak bardzo odmiennych od siebie jak współczesne kultury industrialne Europy czy Ameryki Północnej przez ludy czarnej Afryki. Stąd akcentowanie przez naukę współczesną szerokiego zakresu „kontaktów między cywilizacjami i wzajemnego ich oddziaływania”. Podkreśla się ich charakter jako procesów polegających zarówno na zapożyczaniu pojedynczych zjawisk i zespołów kulturowych, jak i „w procesach transmisji całych dziedzin kultury takich jak religie lub ustroje polityczne, a nawet w jeszcze pojemniejszych, choć i rzadszych, zjawiskach dyfuzji idei i wartości”¹².

Pierwszym badaczem, który od 1860 r. na bogatym materiale antropologicznym i historycznym wykazywał zasadniczą identyczność struktury psychicznej ludzkości był A. Bastian. Zgodnie ze sformułowaną przez

¹⁰ *Le complot du «mouton noir»*, „Le Monde” z 16 IV 1975, gdzie mowa o wznowieniu postępowania na skutek nazbyt niskich wyroków sądu (7 lat więzienia dla głównych oskarżonych).

¹¹ M. Godelier, *Horizons, trajets marxistes en anthropologie*, Paryż 1973, s. 374 i n. Warto tu zwrócić uwagę, że i dla umysłowości chińskiej, także w sferze filozofii, było właściwe przede wszystkim myślenie jednostkowo-rzeczowe: „Uogólnienie tego, co jednostkowe — pisał J. Legowicz — wytwarza się na drodze nie tyle abstrakcji logiczno-pojęciowej, ile raczej intuicyjno-wyobraźniowej”. Cyt. według S. Kozyr-Kowalskiego, *Max Weber a Karol Marks*, Warszawa 1967, s. 336 - 337.

¹² Ph. Bagby, o.c., s. 263.

niego teorią na skutek identycznego charakteru umysłowości ludzkiej wszystkie ludy rozwijają się analogicznie, zgodnie z ich podstawami myślenia (*Elementargedanke*), które ulega różnicowaniu na skutek odmiennych warunków geograficznych (w tym i klimatycznych) oraz ekonomicznych ich bytowania¹³. Odrębności te znajdują wyraz w tzw. „myśleniu ludów” (*Völkergedanke*). W zasadzie więc stopnie, które obserwuje się u ludów prymitywnych są tożsame z tymi, które dawniej przeszły ludy dziś cywilizowane, dowodząc fundamentalnej jednolitości natury *homo sapiens* i zasad jego myślenia.

Ten pogląd został akceptowany i w sposób precyzyjny sformułowany przez Karola Marksa, który w 1868 r. pisał: „Ponieważ sam proces myślenia wyrasta z pewnych stosunków i jest procesem przyrodniczym, myślenie prawdziwie pojmujące może być zawsze tylko jedno, różniące się jedynie stopniem — zależnie od dojrzałości rozwoju w ogóle, a zatem i rozwoju organu myślenia”¹⁴. Teoria A. Bastiana znalazła rozwinięcie w ewolucyjnych ujęciach Edwarda B. Tylora i Jamesa George’a Frazera oraz w badaniach szkoły etnologicznej Alberta Hermana Posta. Przeciwnie im poglądy głosił Lucien Lévy-Bruhl, według którego ludy prymitywne cechować ma awersja do rozumowania w ogóle, abstrahowanie od poszukiwania wszelkich więzi przyczynowo-skutkowych. W rezultacie ich umysłowość mistyczna i prelogiczna różnić się ma fundamentalnie od mentalności cywilizowanej części ludzkości¹⁵.

Poglądy te współcześnie nie są przyjmowane¹⁶. Odrzuca je głównie belgijski prawnik-etnolog René Dekkers, który formułując zasady typologii prawa podkreśla, że reakcje ludzi różnych epok i ras są zbliżone. Inaczej — stwierdza — nie moglibyśmy niczego zrozumieć w historii. Nie tylko gama reakcji ludzkich, ale i liczba podstawowych wariantów stosunku do przyrody (zbieractwo, łowiectwo, hodowla, rolnictwo, rękodzieło, przemysł) oraz form organizacji społeczeństwa (rodzina, ród, plemię, lud, klasa, naród), z jakimi styka się człowiek pozostaje ograniczona. Te same okoliczności prowadzą do identycznych czy podobnych reakcji, ponieważ jedne i drugie pozostawiają tylko ograniczony wybór. Jest to — sądzi Dekkers — jedyna możliwość wyjaśnienia tysięcy analogii u lu-

¹³ A. Bastian, *Der Mensch in der Geschichte*, t. I - III, Lipsk 1860; tenże, *Beiträge zur vergleichenden Psychologie. Die Seele und ihre Erscheinungsweisen in der Ethnographie*, Berlin 1868; tenże, *Die Rechtsverhältnisse bei verschiedenen Völkern der Erde. Ein Beitrag zur vergleichenden Ethnologie*, Berlin 1872; zob. też R. Schwarz, *Bastians Lehre von Elementär — und Völkergedanken*, Borna—Lipsk 1909, s. 67.

¹⁴ List do Ludwika Kugelmanna z 11 VII 1868, w: K. Marks i F. Engels, *Dzieła*, t. 32, Warszawa 1973, s. 604.

¹⁵ L. Lévy-Bruhl, *L'âme primitive*, nowe wyd. Paryż 1963, s. 451; tenże, *La mentalité primitive*, Paryż 1947, zwłaszcza s. 1 - 17 i 503 - 523.

¹⁶ Zob. o tym A. Dewyver, *Histoire et anthropologie*, „Revue de l'Université de Bruxelles” nowa seria, R. XIV, z. 4, 1962, s. 302 - 326.

dów, które nie pozostawały nigdy ze sobą w pośrednim nawet kontakcie i nie wywodzą się ze wspólnego pnia¹⁷. Podobnie kategoryczny jest Claude Lévi-Strauss gdy twierdzi, że formy umysłowości ludzi „są zasadniczo tożsame dla wszystkich umysłów: starożytnych i nowożytnych, pierwotnych i cywilizowanych”¹⁸. Umożliwia to recepcję również poza obrębem poszczególnych kręgów kulturalnych (prawnych) określonych — jeśli wrócimy do terminologii A. Bastiana — głównie przez *Völkergedanke*, gdy komunikacja między tymi kręgami jest rezultatem wspólnego *Elementargedanke*.

Problematyka recepcji w kulturze została rozbudowana przez szkołę antropologii kulturalnej Franza Boasa. Ujmowała ona systemy kulturalne poszczególnych ludów jako rezultat ich dziejów. Zrozumienie ich i poznanie wymagało więc podejścia historycznego. W tym aspekcie Boas i jego uczniowie badali oddziaływanie obcych wzorów kulturowych na systemy wystawione na wpływy zewnętrzne. Zwłaszcza Ruth Benedict uwydatniła występujące przy recepcji zjawiska dysharmonii oraz spowodowane przez to konflikty. Autorka ta rozpatrywała „spotkanie kultur” w całej ich złożoności i dynamice ukazując procesy integracji kulturowej jako rezultat wykluczania się elementów niesharmonizowanych i utrwalanie przyswojonych. Bardzo cenne wydaje się stwierdzenie, że integracja kulturowa nie jest identyczna z jej homogenicznością. Na jeden system kultury składają się więc elementy nie tylko różne genetycznie, ale i niezgodne nieraz początkowo ze sobą. Dopiero działalność integracyjna doprowadza do ustalenia warunków ich współdziałania jako komplementarnych składników jednego systemu¹⁹. Ustalenia te są istotne dla historycznego zrozumienia zjawisk recepcji wzorów kultur, również przez ludy należące do odmiennych kręgów kulturowych.

Proces przejmowania przez kraje Trzeciego Świata wzorów kultury uznawanej za wyższą określać się zwykło we współczesnej etnologii zachodniej mianem akulturacji. Termin został przejęty przez naukę historyczną i stosowany jest również w odniesieniu do przeszłości²⁰. Jest on wygodny ze względu na wielość treści, jakie dają się w nim zmieścić.

¹⁷ R. Dekkers, *Le droit privé des peuples. Caractères — Destinées — Dominantes*, Bruksela 1953, s. 466 - 471.

¹⁸ Cl. Lévi-Strauss, *Antropologia strukturalna*, Warszawa 1970, s. 77. Por. też. A. Kłoskowska, *Wstęp do książki Ruth Benedict, Wzory kultury*, Warszawa 1966, s. 9, gdzie stwierdzenie, że „do podstawowych założeń współczesnej antropologii kulturalnej należy przekonanie o zasadniczej jedności i tożsamości natury ludzkiej wspólnej dla wszystkich odmian rasowych i okresów historycznego rozwoju ludzkości”.

¹⁹ R. Benedict, *Wzory kultury*, s. 310 - 341.

²⁰ O tym N. Wachtel, *L'acculturation*, w pracy zbiorowej: *Faire de l'histoire*, t. I: *Nouveaux problèmes*, pod red. J. Le Goff i P. Nora, Paryż 1974, s. 124 - 146. Por. też A. Dupront, *De l'acculturation*, w: *XII^e Congrès International des Sciences Historiques*, t. I, Wiedeń 1965, s. 7 - 36.

Słabością jego jest jednak tkwiący u podstaw terminu charakter europocentryczny, zawarte w nim implicite przekonanie, że kulturą jest to, co ma do zaprezentowania Europa i kraje powstałe w wyniku ekspansji białej rasy na inne kontynenty²¹. Stąd narastająca opozycja przeciwko temu terminowi, w przyjęciu którego upatruje się akceptację dominacji kulturalnej — i nie tylko kulturalnej — Zachodu. Zwolennicy utrzymania terminu akulturacja starają się „zneutralizować” jego dotychczasowe treści, a to przez rozszerzenie zakresu pojęciowego akulturacji tak, by mogła objąć wszystkie manifestacje — również konfliktowe — wynikające z zetknięcia dwóch kultur na odmiennych poziomach²². W tym ujęciu akulturacja stałaby się synonimem recepcji dokonywanej przez kraje pozostające na różnych szczeblach społecznego i kulturalnego rozwoju, bo obejmowałaby również skutki odrzucenia recepcji, na co zwraca się coraz większą uwagę.

II

Rozpatrując prawo jako składnik kultury społecznej nie podejmujemy tu złożonego problemu zmiennej roli prawa na różnych etapach rozwoju społeczeństwa ani odbicia osiągniętego poziomu kultury w technice ustawodawczej i w praktyce prawa²³. Podkreślimy tylko, że jego bezpośredni związek z panującymi stosunkami produkcji powoduje, że zmiany tych stosunków znajdują odbicie w rodzimym systemie prawa lub składają do recepcji względnie zapożyczeń adekwatnych systemów, instytucji czy norm praw obcych. W odróżnieniu jednak od różnorodnych form penetracji, infiltracji, asymilacji elementów obcej kultury duchowej i materialnej do kultury narodu (ludu) recypującego, które przeważnie dokonują się w sposób spontaniczny, recepcja prawa jest w zasadzie wynikiem świadomej działalności grupy sprawującej władzę. W czasach dawniejszych odbywało się to głównie dzięki stosowaniu w praktyce sądów przejmowanego prawa, w dobach nowożytnej i najnowszej w postaci recepcji dokonywanej drogą ustawodawczą. Wynika stąd — co należy pod-

²¹ G. E. von Grünebaum, *L'acculturation dans la littérature arabe*, „Dio-gène”, nr 39, 1962, s. 119, gdzie czytamy: „L'acculturation ou plus strictement l'occidentalisation du Proche ou Moyen Orient [...]”. Podobnie Wachtel, o.c., s. 124. Autor ten akcentuje anachronizm ideologii okcydentalizmu, która leżała u podstaw pojęcia akulturacji, gdy się ono pojawiło w nauce.

²² Wachtel, o.c., s. 132 n.: „Intégration, assimilation, syncrétisme, disjonction: ces divers processus d'acculturation [...] peuvent eux aussi, pour une même société, se succéder dans le temps”. Zjawiska zderzeń i dyslokacji kultury rodzimej pod wpływem akulturacji ukazuje też A. Zajaczkowski, *Choc des cultures et restructuration: sexualité et acculturation en Afrique Orientale*, „Cahiers d'Etudes Africaines” t. XIII, z. 1, 1974, s. 700 - 710.

²³ A. Steinwenter, *Recht und Kultur, Aufsätze und Vorträge eines österreichischen Rechtshistorikers*, Kolonia-Graz 1958, s. 17 - 64.

kreślić — większa niż w innych dziedzinach kultury instytucjonalizacja transmisji dokonywanej w prawie. Nie oznacza to jednak, by recepcja w prawie ograniczała się do powtarzalnych — w postaci judykatury lub jednorazowych — w postaci aktów ustawodawczych, działań organów państwa. Na ogół recepcji prawa towarzyszy, wyprzedzając ją lub postępując za nią, infiltracja idei i koncepcji prawnych. Potwierdza to znana tezę o złożoności zjawisk społecznych.

Wymogi badania prowadzą z konieczności do prób wyodrębnienia fenomenu, którym się zajmujemy, wszakże bez zapomniania o jego ogólniejszym kontekście. I tak badacza recepcji w prawie będą w szczególności interesowały: zakres zjawiska, formy w jakich się przejawia, zarówno typowe — występujące w różnych krajach, które posłużą do ustalenia typologii recepcji, jak i szczególne, będące wynikiem specyficznych układów. Zajmą go również przyczyny recepcji w zależności od epoki i środowiska.

W dziejach nowożytnych i najnowszych, które dostarczają nam podstawowych pojęć o recepcji w prawie, zanim zajmiemy się jej występowaniem w przeszłości, jest ona zjawiskiem rozpowszechnionym. Większość kodeksów obowiązujących w świecie współczesnym — stwierdza romanista i cywilista Andreas B. Schwarz — stanowi rezultat importu, niezależnie od tego czy zostały przejęte w całości czy uległy mniejszym lub większym przekształceniom lub powstały w wyniku kombinacji części kilku prototypów²⁴.

O pierwszeństwo w powszechności recepcji z prawem cywilnym próbuje rywalizować prawo publiczne. Według profesora prawa państwowego i administracyjnego Jean Rivero państwo dążące do unowocześnienia swego ustroju może zamiast wypracowywać własny, oryginalny system prawa, „wyszukać, i to jest postępowanie najczęstsze, w innym państwie instytucje i zasady, które wydają mu się odpowiadać jego własnym potrzebom. Następuje wtedy przeniesienie do jego środowiska narodowego obcego modelu”. Zdaniem Rivero — szczególnie częste są recepcje w dziedzinie prawa państwowego. „Cała historia konstytucjonalizmu z wyjątkiem kilku rzadkich oryginalnych prototypów — twierdzi on — jest dziełem naśladownictw i odrzutów” (tłum. — J.B.)²⁵. Nie idąc tak daleko zauważymy, że w dziedzinie ustroju politycznego naśladownictwo jest ułatwione i przez to, że liczba typów ustrojów społecznych i państwowych oraz odpowiadających im instytucji prawnych jest ograniczona. A. H. Post określał je mianem powszechnych typów instytucyjnych (uni-

²⁴ A. B. Schwarz, *La réception et l'assimilation des droits étrangers*, w: *Introduction à l'étude du droit comparé, Recueil d'études en honneur d'Edouard Lambert*, t. II, Paryż 1938, s. 583.

²⁵ J. Rivero, *Le phénomène d'imitation des modèles étrangers en droit administratif*, w: *Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch*, t. III, Bruksela—Paryż 1972, s. 619 - 620.

versallen Institutionstypen)²⁶. Stąd możliwość rozwiązań odpowiadających warunkom danego etapu społeczno-gospodarczego bywała — czy jest — limitowana z góry. Tak w Europie dla rozwiniętego feudalizmu rozwiązaniami typowymi była monarchia stanowa, a w ośrodkach miejskich (miasta włoskie, hanzeatyckie) republika z przewagą we władzy patrycjatu miejskiego. Dla kapitalizmu wolnokonkurencyjnego takimi rozwiązaniami były: monarchia konstytucyjna lub parlamentarna i republika burżuazyjna.

Szczególnie atrakcyjny staje się wzór ustroju i prawa państwa, które zajmuje pozycję przodującą w nowym typie, kiedy inne państwa, które doń się zaliczają, nie posiadają jeszcze większego doświadczenia budownictwa państwowego czy tworzenia systemu prawa. Stąd szerokie upowszechnienie angielskich wzorów ustrojowych oraz prawa francuskiego doby I Cesarstwa. Podobnie w dobie kształtowania się demokracji ludowych po drugiej wojnie światowej wzory radzieckie, jak system rad, centralnego planowania, planów wieloletnich oraz szereg rozwiązań w różnych dziedzinach prawa, recypowano w innych państwach obozu socjalistycznego.

W dziedzinie prawa istotnym elementem ułatwiającym recepcję, jak również asymilację jest jego racjonalistyczny charakter. W najbardziej precyzyjnych formach manifestuje się on w sferze kultury grecko-rzymskiej i u jej spadkobierców. Stąd recepcja instytucji i norm prawa rzymskiego w szeregu krajów europejskich odbywała się zgodnie ze znaną formułą *imperio rationis non ratione imperii*²⁷.

Fundamentalny racjonalizm prawa, mimo różnic występujących u różnych ludów, prowadzi — zdaniem włoskiego filozofa prawa Giorgio del Vecchio — do jego komunikatywności. Del Vecchio upatrywał w komunikatywności cechę właściwą normom prawnym, dzięki której mogą być stosunkowo łatwo przekazywane przez jeden naród drugiemu. Choć geneza instytucji prawnych — podkreślał del Vecchio — jest zawsze uwarunkowana historycznie, logika inherentna norm predystynuje je, gdy już istnieją jako wykwit umysłu ludzkiego, do wciąż nowych zastosowań, nieskończenie szerszych niż te, które powołały je do życia²⁸.

²⁶ A. H. Post, *Die Grundlagen des Rechts und die Grundzüge seiner Entwicklungsgeschichte*, Oldenburg 1884, s. 12 i n.

²⁷ J. Carolus Degussalius, *Regalium Franciae libri duo*, Paryż 1545, pisał: *Leges civiles Romanorum non allegantur in curies parlamentorum Franciae vel alitis inferioribus pro auctoritate, sed pro ratione tantum*. Por. F. Wieacker, *Ratio scripta. Das römische Recht und die abendländische Rechtswissenschaft*, w: *Von römischem Recht*, Lipsk 1944, s. 200 i n.

²⁸ G. del Vecchio, *L'unité de l'esprit humain comme base de la comparaison juridique*, „Revue Internationale du Droit Comparé” R. II, 1950, s. 688 n. Por. tegoż, *La communicabilité du droit et les doctrines de B. G. Vico*, w: *Recueil Lambert*, t. II, s. 591.

Zasięg recepcji jest niejednakowy w różnych dziedzinach prawa. Na ogół im dana dziedzina prawa jest młodsza, im ma mniejsze własne tradycje, tym recepcja jest łatwiejsza i częstsza. We współczesności jako przykład może służyć prawo administracyjne, w obrębie którego recepcja jest ułatwiona i przez to, że nie wytworzyło ono jeszcze własnego systemu. Trudniej na ogół jest zaszczepiać obce instytucje w zwartym systemie, łatwiej tam, gdzie jest dopiero w trakcie formowania się, stanowiąc zbiór, nieraz heterogenicznych, aktów prawnych. Stąd m.in. kariera instytucji ombudsmana, gdy rozwój administracji wykazał, że sądowa jej kontrola nie jest wystarczającym środkiem ochrony praw obywatela. Wówczas to — po drugiej wojnie światowej — szwedzki ombudsman po półtora wieku spokojnej egzystencji w rodzimym kraju stał się nagle atrakcyjnym artykułem eksportu prawnego.

Na recepcję były od dawna szczególnie podatne dziedziny związane z obrotem międzynarodowym (prawo handlowe, prawo komunikacyjne, prawa międzynarodowe). Najstarsze tradycje recepcji posiada prawo morskie, które stanowi — poza przepisami o charakterze technicznym — w istocie część prawa handlowego, dotyczącą handlu morskiego. Tu recepcja odbywała się przez przejęcie wzorów, które zdały egzamin w praktyce. Wystarczy wymienić recepcje: 1) prawa morskiego hellenistycznego na Morzu Śródziemnym w starożytności klasycznej; 2) Rôles d'Oléron — powstałych na francuskim wybrzeżu Atlantyku — przez miasta hanzeatyckie, w tej liczbie i Gdańsk, w późniejszym średniowieczu²⁹. W dobie współczesnej umowy międzynarodowe, zwłaszcza różnorodne konwencje, sprzyjają upowszechnieniu się w prawie narodowym (przemysłowym, wynalazczym, autorskim, komunikacyjnym, ostatnio ochrony środowiska itd.) wspólnych zasad i odpowiadającej im siatki pojęć (tzw. norm technicznych). Równolegle recepcja prawa w tych dziedzinach ustępuje w coraz większym stopniu miejsca unifikacji prawa dokonywanej w drodze porozumień międzynarodowych. Stają się one ważnym czynnikiem usprawniającym, a także i umożliwiającym komunikację i wymianę w skali światowej.

Z drugiej strony im bardziej prawo dotyczyło sfer życia wewnętrznego społeczeństwa, regulowanych w przeszłości przez tradycje, uświęcone zwyczaje, często sakralizowane, tym większy bywał partykularyzm, mniejsza przenikliwość na obce wpływy, a stąd ograniczona podatność na recepcję. W rezultacie większą stosunkowo odporność na nią wykazały — i wykazują niekiedy po dziś dzień — prawo rodzinne, spadkowe, małżeńskie, to ostatnie z zastrzeżeniem, że w kręgach kultury chrześcijańskiej — łacińskim i greckim — uległo ono (mowa o prawie małżeńskim

²⁹ S. Matysik, *Wspólne zasady prawa morskiego stosowanego na Bałtyku w przeszłości*, CPH, t. XII, z. 1, 1962, s. 165 - 199, gdzie analiza recepcji Rôles d'Oléron przez Watterrecht — zbiór prawny rozpowszechniony od XV w. w portach Bałtyku i Morza Północnego.

osobowym) po długich wiekach dość znacznej unifikacji przez recepcję prawa kanonicznego.

Daleko posunięte zróżnicowanie form recepcji w prawie oraz równoległe istnienie takich zjawisk jak asymilacja, wpływy, zapożyczenia itp. powoduje, że dla ustalenia możliwie wyraźnego pojęcia recepcji użyteczne są badania porównawcze³⁰. W tym celu zestawiamy najbardziej znane w historii recepcji, od czasów najdawniejszych do najnowszych, aby przez uogólnienie występujących w nich elementów typowych — co nie znaczy, że powszechnych — spróbować ustalić pewne reguły występujące w zjawiskach recepcji i określających ich istotę.

III

W nauce prawa problematyka recepcji długo nie znajdowała odpowiedniego klimatu naukowego. Szkoła historyczna w prawoznawstwie Karola Fryderyka Eichhorna i Fryderyka Karola Savigny stojąc na stanowisku odrębności prawa każdego narodu, u podstaw którego tkwił jego własny „duch narodowy” (*Volksgeist*), nie była skłonna przyznać większego znaczenia przejmowaniu obcych systemów prawnych, choć w praktyce Savigny bronił *modernus usus pandectarum*, więc recypowanego w Niemczech XVI w. prawa rzymskiego, przed ewentualnością ogólnoniemieckiej kodyfikacji prawa, która wykorzystałaby rozwiązania francuskiego *Code Civil*³¹.

Pozytywizm filozoficzny wywodzący się od Augusta Comte'a, głosząc istnienie praw socjologicznych determinujących rozwój społeczny, a potem szkoła ewolucyjno-socjologiczna, akcentowały całościowy charakter procesu historycznego wiążący różne jego dziedziny; w tym i historię prawa oraz paralelizm ewolucji społeczeństw jako rezultat działania owych praw³². Sformułowano wówczas tzw. prawo konwergencji głoszące, że „podobne formy kulturowe mogą powstawać zupełnie niezależnie od siebie, a zależnie od podobnych warunków wewnętrznych i zewnętrznych”³³. Akcentując jednak rolę tego prawa pomniejszano — a czynił to

³⁰ W szczególności I. Zajtay: *La réception des droits étrangers dans le droit comparé*, „Revue Intern. de Droit Comparé”, t. IX 1957, s. 701 - 709 zwraca uwagę na możliwości wynikające z porównawczego badania recepcji; w praktyce jednak podejmuje badanie nie porównawcze oparte na materiale kilku krajów, ale kompleksowe, bo recepcję prawa cywilnego (łącznie z zobowiązaniami) szwajcarskiego przez Turcję pragnie ukazywać w łączności z recepcją księgi o handlu morskim z kodeksu niemieckiego oraz niemieckiego kodeksu postępowania karnego przez rząd w Ankarze.

³¹ Z. Kryśtufek, *La querelle entre Savigny et Thibaut et son influence sur la pensée juridique européenne*, „Revue Hist. de Droit Français et Etranger”, t. XLIV, nr 1, 1966, s. 59 - 75.

³² Por. M. Villey, *Ce que l'histoire du droit doit à Comte*, w: *Droits de l'Antiquité et Sociologie juridique*, Mélanges Henri Lévy-Bruhl, Paryż 1959, s. 497 - 502.

³³ T. Kotarbiński, *O lekceważeniu ewolucyjnego punktu widzenia w metodologii humanistycznej*, „Myśl Współczesna”, nr 1 - 2, 1948, s. 10. Czytelnik łatwo zau-

także Maksym Kowalewski — znaczenie wpływów czy zapożyczeń w dziedzinie prawa³⁴.

Jeszcze dalej posunęła się szkoła etnologiczna z Postem na czele, która ujmowała prawa wszystkich ludów niezależnie od kontynentu i epoki jako podporządkowane jednolitym, immanentnym zasadom rozwojowym, podkreślając rolę autonomicznej poligenezy tych praw³⁵. W tej sytuacji nie było miejsca na recepcję czy zapożyczenia.

Inaczej kierunek historyczno-krytyczny, który zwracając przede wszystkim uwagę na fakty zajął się również zjawiskiem wpływów w dziedzinie prawa. Łączący w swym naukowym światopoglądzie zasady pozytywizmu i kierunku historyczno-krytycznego Michał Bobrzyński w programie badań historii prawa (1874) takie w tej materii zajął stanowisko: „Żaden naród — pisał — nie żyje w odosobnieniu i chińskim nie może otoczyć się murem, lecz owszem, pełną dłońią z praw sąsiednich narodów i wiedzy prawniczej w ogóle korzysta i czerpie. Nie możemy sobie pomyśleć naglejszego i piękniejszego zadania jak ukazanie jakie obce prawa na prawo polskie wpływ wywarły”³⁶.

W nauce zachodniej zagadnienie naśladownictwa (imitacji) w prawie postawił równocześnie niemal Edward A. Freeman (1873). Ten wśród przyczyn podobieństw instytucji prawnych, a mianowicie: a) identycznych lub zbliżonych warunków bytu, b) wspólnego dziedzictwa wynikającego ze wspólnoty pochodzenia, c) bezpośredniego przeniesienia (*direct transmission*) i d) naśladownictwa (*imitation*), temu ostatniemu pierwsze przyznawał miejsce. *Direct transmission* następowało — zdaniem Freemana — na skutek podboju lub migracji ludności, która przynosiła ze sobą swoje prawo. Imitacja — to swobodne przyjęcie jakiegoś wzoru. Nie ma tu bezpośredniej ciągłości, a instytucja powstała w wyniku naśladownictwa ma własne korzenie i przedstawia się jako samoistna³⁷. Przykładem może być parlamentaryzm Europy kontynentalnej wzorowany na angielskim, ale wynikający z warunków miejscowych.

Teorię imitacji rozwinął i uczynił z niej podstawę swego systemu Gabriel Tarde. Dla Tarde'a punktem wyjścia był psychologizm, z któ-

waży, że to „prawo konwergencji” ma treść zasadniczo odmienną od tego co się mianem tym ostatnio określa w politologii. Por. A. Bojarska, *Teoria konwergencji*, Warszawa 1974.

³⁴ M. Kowalewski, *Istoriko-srawnitielnyj metod w jurisprudencii i priemy izuczenija istorii prawa*, Moskwa 1880, s. 25 n. Zob. też B. T. Safronow, M. M. Kowalewski *kak sociolog*, Moskwa 1960, s. 250 n.

³⁵ A. H. Post, *Die Grundlagen des Rechts über die Aufgaben einer allgemeinen Rechtswissenschaft*, Oldenburg—Lipsk 1891; tenże, *Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz*, t. I - II, Oldenburg—Lipsk 1894 - 1896 (przedruk Aalen 1970).

³⁶ M. Bobrzyński, *O dawnym prawie polskim, jego nauce i umiejętnym badaniu*, „Niwa” 1874 (osobna odb., s. 50). Przedruk w: *Szkice i studia historyczne*, t. I, Kraków 1922.

³⁷ E. A. Freeman, *Comparative Politics*. Lecture I: *The range of the comparative sciences*, Londyn 1873, s. 24 - 28.

rego wpływało przekonanie, że naśladownictwo stanowi podstawową cechę natury ludzkiej. Prawo naśladownictwa (*loi d'imitation*) pojmował Tarde jako prawo socjologiczne w znaczeniu pozytywistycznym. Ustrój polityczny i prawo, podobnie jak język, tworzy się przez naśladowanie czy to modelu współczesnego (moda), czy dawnego (zwyczaj, prawo zwyczajowe), czy wreszcie naśladowania samego siebie (rutyna, przyzwyczajenie). Zakres imitacji zależy: a) od siły ekspansywnej wzoru oraz b) natężenia naśladownictwa, układających się razem w logiczną całość³⁸.

Krytyka poglądów Tarde'a, nie negując faktów naśladownictwa atrakcyjnych z tych czy innych względów wzorów (istnienie mody nietrudno stwierdzić również w dziedzinie prawa), odmawiała naśladownictwu roli powszechnie działającego samoistnego czynnika sprawczego.

Prace Tarde'a, które wywarły duży wpływ na współczesnych, sprzyjały rozwojowi teoretycznych podstaw tzw. szkoły dyfuzjonistycznej. Odrzucając pogląd o równoległej i niezależnej ewolucji prawa u różnych narodów, doktryna dyfuzjonistyczna, której czołowym reprezentantem w etnologii był James G. Frazer, wysuwała wnioski z faktu ograniczonej liczby wątków w mitach i legendach, powtarzających się w różnych kontekstach u różnych ludów odległych od siebie i nie pozostających ze sobą nawet w pośrednim kontakcie³⁹. Dla wędrówek idei i konceptów nie uznawano szranków, przyjmując istnienie niemal nieograniczonych w tym względzie możliwości. Zapożyczanie wzorów, przejmowanie norm i instytucji prawnych — uważali dyfuzjoniści — odbywało się w sposób samoczynny, nie poddany żadnym rygorom. Rola badacza ograniczała się do prześledzenia drogi wędrówki mitu w etnologii czy instytucji w historii prawa i ustalenia zakresu recepcji czy zapożyczeń.

W polskiej literaturze historyczno-prawnej reprezentatywnym przedstawicielem tego kierunku był Rafał Taubenschlag. W statutach króla Kazimierza Wielkiego z połowy XIV w. dostrzegał on wpływy syryjskiej księgi prawnej z VI w. n.e., a dawny proces polski wywodził z kompleksowej recepcji starszego procesu longobardzkiego⁴⁰.

Poza Taubenschlagiem w nauce polskiej doby międzywojennej zagadnieniem recepcji prawa zajmowali się — odcinając się od dyfuzjonistów — Alfred Halban i Stanisław Kutrzeba. Pierwszy rozpatrując recepcję jako zjawisko ogólnokulturowe, podkreślał jej szczególną rolę w prawie.

³⁸ G. Tarde, *Les Lois de l'imitation. Etude sociologique*, Paryż 1890 (wyd. 3, Paryż 1900); tenże, *Les transformations du Droit*, Paryż 1893 (wyd. 8, Paryż 1922); tenże, *Les Lois sociales. Esquisse d'une sociologie*, wyd. 2, Paryż 1899; tenże, *Les transformations du Pouvoir*, wyd. 2 Paryż 1909. O podstawach teorii Tarde'a zob. B. Skarga, *Kłopoty intelektu. Między Comte'em a Bergsonem*, Warszawa 1975, s. 442 n.

³⁹ J. G. Frazer, *Złota gałąź*, Warszawa 1962.

⁴⁰ R. Taubenschlag, *Proces polski XIII i XIV wieku do Statutów Kazimierza Wielkiego*, Lwów 1927, s. 77; tenże, *Geneza Statutów Kazimierza Wielkiego*, Sprawozdania PAU 1928, nr 1.

Akcentował on integrowanie instytucji i norm recypowanych przez system prawny państwa recypującego. W zależności od stopnia natężenia recepcji odróżniał Halban recepcję *sensu stricto*, wpływy obcego prawa, wreszcie tzw. pobudkę czyli czynnik, który oddziaływał tylko pośrednio, pobudzając rozwój rodzimego systemu prawa⁴¹. Mniejszą wagę recepcji przypisywał Kutrzeba, podnosząc jej wtórny wobec rozwoju rodzimego prawa charakter⁴².

Poglądy dyfuzjonistów spotykały się niemal wszędzie z krytyką, która zarzucała im dowolność zestawień, nieuwzględnianie paralelizmu w rozwoju prawa zdeterminowanego przez podobne stosunki ekonomiczno-społeczne czy zbliżony szczebel rozwoju kultury. Zaslugą tej szkoły pozostaje niemniej zaakcentowanie komunikatywności instytucji i norm prawnych oraz szerokiego kręgu ich rozprzestrzenienia.

Na wyższy szczebel, bo rozbudowanej teorii zostało podniesione zagadnienie recepcji przez szkołę kręgów kulturalnych (*Kulturkreise*). Jej zwolennicy, należący — jak to sami określali — do kierunku historyczno-kulturalnego (*kulturhistorische Richtung*), podobieństwa i analogie w różnych prawach ujmowali jako skutki migracji ludów oraz związanej z tym recepcji zwyczajów i praw⁴³. Zapoczątkowany w archeologii⁴⁴ kierunek ten dostrzegał recepcje i zapożyczenia nie tylko w obrębie jednego kręgu kulturalnego, ale uwydatniał również związki między różnymi kręgami kulturalnymi, które — choć stanowiły pewne całości — nie były bynajmniej autarkiczne⁴⁵.

W teorii kręgów kulturalnych należy podkreślić ujmowanie prawa jako zjawiska należącego do sfery kultury, więc związanego z innymi jej elementami oraz podlegającego wspólnie z nimi przemianom uzależnionym od różnych, historycznie określonych warunków. Kierunek ten akcentował doniosłość znaczenia recepcji, choć — pod wpływem dyfuzjonistów — przesadnie oceniał stopień jej powszechności i dominującą rolę w rozwoju prawa na wszystkich etapach procesu dziejowego. Dlatego też krytyka kierunku historyczno-kulturalnego dokonana przez P. Koschakera poszła w kierunku usunięcia z dorobku tej szkoły wpływów dyfuzjonizmu. Znalazło to w szczególności wyraz w podkreślanej przezeń regule badawczej, która nakazywała, by w każdej sytuacji, gdzie dopuszcza się możliwość recepcji, wykazać najpierw, że w danym przypadku istniało

⁴¹ A. Halban, *Wpływy obce jako samodzielny przedmiot badań w zakresie prawa*, Pamiętnik IV Powszechnego Zjazdu Historyków Polskich, t. I, Lwów 1925.

⁴² S. Kutrzeba, *Kilka uwag o recepcji w prawie*, w: *Księga pamiątkowa ku czci Leona Pinińskiego*, t. II, Lwów 1936, s. 31 - 36.

⁴³ Por. A. Kočourek, *Le développement du droit est-il gouverné par les lois?*, w: *Recueil Lambert*, t. I, s. 74.

⁴⁴ O. Menghin, *Weltgeschichte der Steinzeit*, Wiedeń 1931, s. 648; F. Kern, *Die Anfänge der Weltschichte*, Berlin 1933.

⁴⁵ O. Menghin, o.c., s. 10 podkreślał „die verwandschaftlichen Beziehungen zwischen bestimmten Inhaltskreisen”.

prawdopodobieństwo bezpośredniego lub pośredniego oddziaływania kultury kraju wzorcowego na recypienta ⁴⁶.

Recepcja odegrała — jak już o tym była we wstępie mowa — szczególną rolę w zakresie kultury materialnej. Wzajemne kontakty prowadziły do upowszechnienia najbardziej skutecznych rodzajów broni i techniki wojennej, narzędzi, form budownictwa. Nowe techniki upowszechniały się łatwiej, podczas gdy zwyczaje w zakresie życia społecznego i jego form (struktury rodowe, plemienne itp.) należały na ogół do zjawisk bardziej stabilnych. Często popełnia się, zwłaszcza w archeologii, błąd, kiedy na podstawie upowszechnienia w pewnym kręgu analogicznych elementów kultury materialnej wnioskuje się o identyczności ustroju społecznego czy nawet politycznego. Tymczasem, choć wzbogacenie bytu o nowe narzędzia produkcji i przedmioty użytkowe wpływało na jego zmiany, w cywilizacjach typu tradycyjnego przywiązanie do określonych, uświęconych form życia społecznego było — i jest — bardzo silne. Formy te i odpowiadające im treści, traktowane jako immanentnie związane ze zwyczajami i obrzędami religijnymi czy magicznymi, z trudem i powoli tylko poddawały się oddziaływaniu z zewnątrz. Toteż należy zgodzić się z P. Koschakerem, „że w dziedzinie kultury społecznej i prawnej samodzielny rozwój odegrał większą rolę, niż w sferze kultury materialnej” ⁴⁷ (tłum. J.B.).

Dorobkiem kierunku *Kulturkreise* pozostaje, że zajął się on typologizacją kultur i prawa ⁴⁸. Ponieważ w praktyce nie ma kultur „czystych”, a każda z nich zawiera warianty nietypowe, zbliża się on do znanego poglądu o roli prawidłowości rodzących czynniki typowe i odrębności narodowych rodzących czynniki partykularne. Jedne i drugie znajdują również wyraz w procesie formowania prawa.

Z tymi zastrzeżeniami i ograniczeniami możemy przyjąć pojęcie kręgu kulturalnego jako pomocne w badaniu recepcji zjawisk i do niej zbliżonych. By typologii tej nadać możliwie obiektywny — budowany nie na odczuciach badacza (choć i tych nie należy lekceważyć) — charakter, oprzemy ją na bazie formacji socjoekonomicznych. Ponieważ układ panujących stosunków produkcji jest pojęciem szerszym wynikać stąd będzie, że nie wszystkie kraje, w których występuje będą należeć do tego samego kręgu kulturalnego. Tak odrębnym od europejskiego kręgu feudalnego będzie feudalizm japoński ⁴⁹. Natomiast wszystkie kraje, które badacz pragnie zaliczyć do określonego kręgu powinny pozostawać — w zasa-

⁴⁶ P. Koschaker, *L'histoire du droit et le droit comparé, surtout en Allemagne*, w: *Recueil Lambert*, t. I, s. 274 - 283.

⁴⁷ Ibidem, s. 279.

⁴⁸ Ibidem, s. 282.

⁴⁹ Por. M. B a r g, *Koncepcja feodalizmu w sovremiennojj burżuaznojj istoriografii*, „Woprosy Istorii”, nr 1, 1965, s. 80 - 81; Hisato Matsuo ko, *Special features of Japanese Feudalism*, XIII International Congress of Historical Sciencess, Moskwa 1970, s. 1 - 11.

dzie — w sferze tej samej formacji socjoekonomicznej stanowiącej niejako o wspólnocie ich podstawy.

W stosunku do kręgu kulturalnego pojęcia kręgu prawnego lub rodziny prawa (*famille du droit*) — o których będzie niżej mowa — są węższe przedmiotowo, a także nie zawsze pokrywają się co do zasięgu geograficznego i chronologicznego. Typologia kręgów prawnych ma nie tylko znaczenie porządkujące, ale także pozwala ustalić, jakie systemy mają charakter reprezentatywny, co pozwala skupić na nich uwagę badaczy i śledzić ich ekspansję oraz przemiany w czasie i przestrzeni. Pierwsza — o ile wiemy — w tym względzie systematyzacja pochodzi od Adhemara Esmeina, który wyodrębnił pięć grup prawa w świecie współczesnym⁵⁰. Pierre Arminjon, Boris Nolde i Martin Wolff zaproponowali, by łączyć systemy prawne — konkretnie chodziło im o prawo cywilne — w grupy, niezależnie od czynników rasowych, geograficznych i innych, według stosowanych łącznie kryteriów oryginalności, pochodzenia i podobieństw. Tak wyodrębnili oni siedem rodzin prawa: francuską, germańską, skandynawską, angielską, radziecką, islamu i praw hinduskich⁵¹.

René David przy klasyfikacji rodzin prawa przyjmuje łącznie dwie grupy kryteriów: 1) prawne, oparte na tożsamości lub podobieństwie źródeł prawa i 2) zbliżone zasady filozoficzne (w tym także i religijne), polityczne i ekonomiczne społeczeństw, w których są stosowane prawa należące do jednej rodziny⁵². W praktyce jednak R. David stosuje oba kryteria rozdzielnie. O ile według kryterium pierwszego odróżnia on współcześnie trzy podstawowe rodziny prawa: romańsko-germańską, Common Law, socjalistyczną, to na bazie kryterium filozoficznego (religijnego) wyodrębnia dwie rodziny praw: islamu i hinduskie⁵³. Henri Lévy-Bruhl nawiązując do marksistowskiej typologii ustrojów politycznych i prawa zaproponował korektę schematu R. Davida przez dodanie „rodziny-typu” praw prymitywnych oraz wprowadzenie w miejsce grup islamu i hinduskich „rodzin-typów” prawa teokratycznego (do którego weszłoby również dawne prawo żydowskie) oraz feudalnego (obejmującego także prawa japońskie)⁵⁴.

⁵⁰ A. Esmein, *Le droit comparé et l'enseignement du droit*, „Revue Historique de Droit Français et Etranger”, nr 5, 1900, s. 495 odróżniał poza zwyczajami prawnymi ludów pierwotnych, którymi zajmuje się etnologia prawnicza, pięć grup prawa: łacińską, germańską, anglosaską, słowiańską oraz muzułmańską.

⁵¹ P. Arminjon, B. Nolde, M. Wolff, *Traité de droit comparé*, t. I, Paryż 1950, s. 49 - 53.

⁵² R. David, *Les grands systèmes de droit contemporain*. (*Droit comparé*), Paryż 1964, s. 15 - 17.

⁵³ Ibidem, s. 18 - 26. Początkowo wysuwając głównie kryterium ideologiczne (religijne lub filozoficzne), David wyróżniał pięć rodzin prawa, a mianowicie: zachodnie, socjalistyczne, islamu, hinduskie i chińskie (nie — komunistyczne). Por. jego *Traité élémentaire de droit civil comparé*, Paryż 1950.

⁵⁴ H. Lévy-Bruhl, *Sociologie du droit*, s. 116.

Omawiając zagadnienie kręgów prawnych Konrad Zweigert przychyła się do poglądu Arminjona, że poszczególne gałęzie systemu prawa jednego państwa mogą należeć do różnych kręgów. Prawo cywilne będzie więc nieraz w jednym kręgu prawnym, gdy prawo państwowe w innym. Przyporządkowanie do określonego kręgu nie jest stałe i ulega zmianom zależnym od wydarzeń politycznych, jak przejście wielu krajów do rodziny prawa socjalistycznego. K. Zweigert określa tę zmienność jako zasadę względności czasowej. Z tej pozycji krytykuje on A. Schnitzera, który za podstawę klasyfikacji przyjmował „wielkie kręgi kulturalne” obejmujące łącznie systemy należące już do historii prawa, jak i systemy prawa pozytywnego. Sam Zweigert jako podstawę wyodrębnienia przyjmuje — zapewne pod wpływem Lévi-Straussa — styl prawa. To pojęcie stara się skonkretyzować wymieniając poszczególne jego składniki, a mianowicie: 1) pochodzenie historyczne; 2) specyficzny sposób prawniczego myślenia; 3) szczególnie charakterystyczne instytucje prawne; 4) rodzaje źródeł prawnych i sposoby ich interpretacji; 5) czynniki ideologiczne⁵⁵. Tworzące styl składniki mają określać zarówno same kręgi prawne, jak i decydować o przyporządkowaniu poszczególnych systemów do określonego kręgu. Składniki te będą różne dla różnych systemów, zmienna też będzie ich waga. W każdym przypadku badacz powinien ustalić, który składnik jako najistotniejszy będzie wyróżniającym⁵⁶. Tak więc ideologiczny ma — sądzi — zasadniczą wagę dla systemów religijnych i komunistycznych, ale nie ma jej dla systemów świata zachodniego, gdzie o podziale na poszczególne kręgi decydują: historia, sposób prawniczego myślenia, instytucje prawne. Systemy „mieszane” powinny być klasyfikowane — zdaniem Zweigerta — według stylu do jakiego się przychylają. Stąd system prawny Luizjany, choć ma prawo oparte na *Code Civil*, należy zaliczyć do kręgu anglosaskiego, ponieważ pozostaje pod wpływem myślenia prawniczego, właściwego dla Common Law. W rezultacie Zweigert przyjmuje podział na osiem kręgów prawnych: romanistyczny, germański, nordycki (skandynawski), anglosaski, komunistyczny, dalekowschodni (nie komunistyczny), muzułmański, hinduski. Ta ostatnia, najbardziej rozbudowana próba typologii kręgów prawnych przedstawia się jako adaptacja poglądów Arminjona, wzbogaconych o niektóre idee R. Davida oraz zapożyczone z etnologii pojęcie stylu odniesione do prawa.

Podstawową słabością większości przedstawionych wyżej prób typologii jest subiektywny dobór kryteriów. Najwyraźniej wystąpiło to w sche-

⁵⁵ K. Zweigert, *Zur Lehre von den Rechtskreisen*, w: *XXth Century comparative and conflicts Law. Legal Essays in honor of Hessel E. Yntema*, Lejda 1961, s. 42 - 55.

⁵⁶ Ibidem, s. 46: „Die rechtsvergleichende Forschung muss danach Trachten, diese Rechtsstile in den Griff zu bekommen und die Gruppierung in Rechtskreise und die Zuweisung einzelner Rechtsordnungen an diese Rechtskreise nach den entscheidenden Stilelementen, noch stilprägenden Faktoren vorzunehmen”

macie Zweigerta, który nawet teoretycznie zakłada ich przemienny wybór, zależnie od tego, co w optyce badacza wysuwa się na plan pierwszy. Inni badacze idą tak daleko w ustaleniu „zasadniczych” kryteriów, że włączają tam wszystkie niemal elementy charakteryzujące systemy prawa, przez co ulega zatarciu różnica między cechami podstawowymi a tymi, które nimi nie są⁵⁷.

Dążąc — w miarę możliwości — do obiektywizacji kryteriów systematyzacji kręgów (rodzin) prawa uważamy za celowe przyjąć w tym celu zasadę łącznego uwzględnienia bazy ekonomiczno-społecznej oraz form politycznych ustrojów państwowych i odpowiadających im systemów prawa. Panująca ideologia, którą w postaci filozofii eksponuje R. David, znajduje tu swoje miejsce w związku z ustrojem politycznym, którego jest wyrazem. Na zalety takiej typologii wskazuje w nauce zachodniej Maurice Duverger podnosząc, że „pierwszą cechą typologii marksistowskiej jest jej całościowy i koherentny charakter. Ona jedyna jest dziś odbiciem ogólnego systemu wyjaśniania zjawisk politycznych [...]. Po drugie typologia marksistowska przedstawia się jako system o wyraźnie określonych szczeblach. Jej klasyfikacja zjawisk społecznych i politycznych odróżnia wyraźnie zjawiska zasadnicze od drugorzędnych. Po trzecie jest to typologia dynamiczna [...]. Ona tłumaczy nie tylko same struktury, ale również przemiany i ewolucję tych struktur”⁵⁸ (tłum. J.B.).

Takie ujęcie kryteriów systematyzacji umożliwia powiązanie grup prawa ze schematem formacji społeczno-ekonomicznych i odpowiadających im typów państw: antycznego (z możliwością wyodrębnienia despotii wschodniej, odpowiadającej tzw. azjatyckiemu sposobowi produkcji), feudalnego, burżuazyjnego i socjalistycznego. Pamiętajmy, że jest to systematyzacja najogólniejsza, bo w państwie każdego typu wyodrębniać będziemy różne formy państwa związane z określonymi stadiami rozwoju danej formacji.

W obrębie cywilizacji europejskiej zwykliśmy zwracać szczególną uwagę na grupę ustrojów i praw zachodnioeuropejskich, obejmujących zarówno kontynent jak i Wielką Brytanię. Drugi — pokrewny krąg, to wschodnioeuropejski. Były to kręgi uformowane we wczesnym średniowieczu, ale wywodzące się genetycznie ze starożytności rzymskiej i grecko-bizantyńskiej. Ich bazą społeczną był feudalizm europejski stanowiący

⁵⁷ L. J. Constantinesco, *Traité du droit comparé*, t. I: *Introduction au droit comparé*, Paryż 1972, s. 215 - 217, zajmujący się trzema — jak je określa — systemami prawa: europejskim (kontynentalnym), angloamerykańskim i radzieckim, wyróżnia następujące „zasadnicze kryteria” (*éléments déterminants*): 1) koncepcja i rola prawa w danym ustroju; 2) ideologia względnie doktryna panująca; 3) relacja między elementami zastanymi a stworzonymi; 4) konstytucja ekonomiczna; 5) koncepcja i rola państwa; 6) zasadnicze prawa obywateli; 7) źródła prawne i ich hierarchia; 8) interpretacja ustaw i prawa; 9) pojęcia prawne i podstawowe kategorie prawa.

⁵⁸ M. Duverger, *Méthodes de la science politique*, Paryż 1959, s. 434 - 435.

połączenie feudalnych stosunków agrarnych z miastem jako ośrodkiem rynku lokalnego. Oba kręgi różniły się w wielu punktach (choćby w stopniu urbanizacji znacznie większym na Zachodzie) podobnie jak były różne, choć zarazem pokrewne, ich wyznaczniki ideologiczne zróżnicowane w obrębie chrześcijaństwa (katolicyzm i ortodoksja).

W XVIII i XIX w. różnice te zaczęły powoli schodzić na dalszy plan. Na czoło wysuwało się kształtowanie ekonomiki kapitalistycznej i odpowiadających jej społeczeństw burżuazyjnych z właściwymi im ustrojami i systemami prawa. Mimo licznych różnic wynikających z odmiennej przeszłości historycznej, w dobie tej formował się stopniowo krąg burżuazyjnego państwa i prawa obejmujący zarówno zachodnią, jak i wschodnią Europę, a rozszerzający się również na Amerykę.

Przed pięćdziesięciu laty powstał w Eurazji nowy krąg — socjalistyczny. Rozszerzony po drugiej wojnie światowej jest on dziś kręgiem w skali światowej. Jego wyznacznikami są: uspołecznienie środków produkcji, więc odmienne niż w krajach kapitalistycznych formy przywłaszczania produktu dodatkowego i wynikająca stąd odmienność ustroju społeczno-politycznego oraz panującej ideologii. Istnieje przecież między nimi ścisła więź. Oba kręgi są oparte na cywilizacji industrialnej, oba doktrynalnie wywodzą się z filozofii greckiej i rozwijającej jej wątki filozofii zachodnioeuropejskiej, wreszcie genetycznie krąg socjalistyczny wywodzi się z kręgu kapitalistycznego. Zgodnie ze schematem triady Hegla stanowi jego dialektyczną antytezę.

Kryteria te, o których była wyżej mowa, mają — sądzymy — istotne znaczenie dla badania zjawiska recepcji. Pozwalają one uwydatnić związki zachodzące między określonymi układami społeczno-ekonomicznymi, typami państw i grupami prawa, a to wszystko w ramach całości stanowiących strukturę globalną danej epoki.

Dla pełnej jasności przypomnijmy, że według Lévi-Straussa struktura jest to szczególny model stosunków posiadający charakter uporządkowanego systemu. System taki składa się z elementów tak powiązanych wzajemnie, że modyfikacja jednego z nich pociąga za sobą nieuchronnie przemiany pozostałych. Lévi-Strauss wiąże struktury w „rodziny modeli o podobnych zależnościach” i podkreśla, że model struktury jest skonstruowany w ten sposób, że znajomość „jego funkcjonowania pozwala wyjaśnić wszystkie obserwowane fakty” zbiorowości, do której jest zastosowany⁵⁹.

Strukturę globalną rozumiemy więc jako homogeniczny uporządkowany system stosunków obejmujący byt, obyczaje, prawa, ideologię, więc i wierzenia, danego społeczeństwa. Paul Vilar zwraca uwagę, że K. Marks rozszerzał pojęcie struktury na znacznie szerszy niż ekonomika zakres *social global*. Podobnie Jerzy Topolski podkreśla charakter *Kapitału* jako

⁵⁹ Zob. T. M. Jaroszewski, *Osobowość i wspólnota*, Warszawa 1970, s. 273 - 274.

organicznej syntezy nauk społecznych⁶⁰. Współczesna nauka podjęła próbę określenia wyznaczników kultury globalnej. I tak Lévi-Strauss eksponując jej złożony charakter podkreśla zarazem, że liczba elementów składowych wchodzących w grę jest z góry ograniczona. „Całokształt obyczajów narodu — pisze on — zawsze znamionuje pewien styl: obyczaje tworzą systemy. Jestem przekonany, że te systemy nie istnieją w nieograniczonej liczbie i że społeczeństwa ludzkie tak jak jednostki — w swoich zabawach, marzeniach, szaleństwach — nie tworzą nigdy na nowo w sposób absolutny, lecz ograniczają się do wyboru pewnych kombinacji z idealnego repertuaru, który można by odtworzyć”⁶¹.

Takie ujęcie struktur społecznych pozwala widzieć w nich całości, których elementy, a należą do nich również instytucje prawne, mogą być — i bywają — przejmowane w drodze recepcji. Zakłada ono też rozpatrywanie struktur — jak to czyni F. Braudel — jako całości istniejących stabilnie w ciągu dłuższego odcinka procesu historycznego, co określa ich wartość poznawczą⁶², choć gdzie indziej akcentuje ich zmienność mówiąc o strukturach dynamicznych. Historycy chętnie mówią o strukturach genetycznych i strukturach funkcjonalnych, co pozwala im rozpatrywać struktury jako fragmenty procesu historycznego, ukazując zachodzące w nich zmiany. W rezultacie pojęcie struktury utraciło już dziś swój statyczny charakter, co stanowiło zasadniczy zarzut wysuwany przez marksistów pod adresem zwolenników strukturalizmu. Filozofowie i socjologowie marksistowskie z kolei uznając użyteczność pojęcia struktury będą akcentować ujawnianie się sprzeczności między jej elementami składowymi, upatrując w tym siły dynamiczne prowadzące do przemian samej struktury⁶³. Pozwoliło to Ernesto Sestanowi bronić na Międzynarodowym Kongresie Historyków w Moskwie poglądu, że „la storiografia strutturale [...] e la storiografia de avanguardia dei tempi nostri”⁶⁴.

Zmienne, dynamiczne ujęcie struktury spotykamy też u Lévi-Straus-

⁶⁰ P. Vilar, *L'historien devant la notion de la structure*, w: *Ecole Pratique des Hautes Etudes, Section des Sciences Economiques et Sociales*, R. 1967-1968, s. 139-141; J. Topolski, Założenia metodologiczne „Kapitału” Marksa, „*Studia Filozoficzne*” 1968, nr 3-4, s. 20-21.

⁶¹ Cl. Lévi-Strauss, *Smutek tropików*, Warszawa 1960, s. 189.

⁶² F. Braudel, *Historia i trwanie*, s. 46-89.

⁶³ Wśród licznej już literatury należy uwzględnić: H. Lefèvre, *Réflexions sur le structuralisme et l'histoire*, „*Cahiers Intern. de la Sociologie*”, t. XXXV, lipiec-grudzień 1963, M. P. Edmond, *L'anthropologie, structuralisme et l'histoire*, „*La Pensée*” 1965, nr 123. Zob. też *Strukturalizm a marksizm*, Warszawa 1969 ze wstępem T. M. Jaroszewskiego zawierający wybór artykułów ze specjalnego numeru „*La Pensée*” (listopad 1967) poświęconego tej problematyce oraz T. M. Jaroszewskiego, *Osobowość i wspólnota*, s. 264-289.

⁶⁴ E. Sestan, *Storia degli avvenimenti e storia delle strutture*, XIII Congresso Internazionale di Scienze Storiche, Moskwa, 16-23 VIII 1970, s. 26 (przedruk w: *Dokłady Kongressa*, t. I, cz. 1, Moskwa 1973, s. 280).

sa, kiedy krytykując szkołę funkcjonalną w etnologii (zwłaszcza R. Radcliffe-Browna i Bronisława Malinowskiego) za jej postawę antyhistoryczną, dochodzi do wniosku, że funkcjonalizm pojęty jako badanie wzajemnych powiązań zjawisk w ich działaniu nie jest sprzeczny z pojęciem struktury. Struktury z kolei mogą zawierać elementy z różnych okresów. Będą to tzw. struktury diachroniczne wymagające dla ich poznania wiedzy historycznej. Odwołując się do inspiratora jego podstawowych idei, językoznawcy Romana Jakobsona, Lévi-Strauss cytuje jego tezę, że „związek statyki i dynamiki jest jedną z najbardziej postępowych antynomii dialektycznych, które determinują ideę języka”⁶⁵ i rozciąga to na inne nauki o człowieku, podkreślając zgodność dialektyki strukturalnej z założeniami determinizmu historycznego⁶⁶.

Radziecki prawnik W. S. Pietrow stwierdza, że choć w państwie można wyróżnić cechy funkcjonalne i strukturalne, to należy je ujmować i badać łącznie, bo istnieje między nimi swoiste sprzężenie zwrotne. Określone funkcje zakładają utworzenie odpowiednich struktur (m.in. w postaci form organizacji władzy) i odwrotnie, utworzone już struktury zajmują się realizowaniem funkcji dla których je powołano. Zmiany funkcji będą powodować — również w ramach jednego typu i nawet jednej formy państwa — daleko idące zmiany w systemie prawa⁶⁷.

Badacz strukturalizmu Luc de Heusch podkreśla, że przywilejem historyków jest jednocześnie stosowanie interpretacji historycznej — diachronicznej i funkcjonalnej — synchronicznej. Najpierw należy więc badać procesy w ich przebiegach czasowych, następnie zaś robić przekroje w pewnych okresach typowych⁶⁸. Dzięki temu schematy struktur dają się włączyć w zakres badań nad recepcją, również recepcją prawa. Punktem wyjścia będzie tu znów językoznawstwo. Teoria kręgów językowych (*aires linguistiques*) rozwinięta przez N. S. Trubieckoję i R. Jakobsona, którzy dowiedli, że cechy wspólne kilku językom geograficznie sobie bliskim nie muszą wynikać z istnienia hipotetycznego języka macierzystego, a mogą być wynikiem wzajemnego oddziaływania, została podjęta przez Lévi-Straussa, który postawił tezę, „że powinowactwo polega nie tylko na dyfuzji pewnych cech strukturalnych poza ich pierwotnym obszarem czy na repulsji sprzeciwiającej się ich rozpowszechnieniu; powinowactwo może też dokonywać się przez zaprzeczenie i rodzić struktury, które posiadają

⁶⁵ Cl. Lévi-Strauss, *Antropologia strukturalna*, s. 317.

⁶⁶ Ibidem, s. 65, nr 77 n. Zob. też rozdz. XII: *Struktura i dialektyka*, s. 316 n. z konkluzją: „Dialektyka strukturalna nie przeczy tedy determinizmowi historycznemu, przywołuje go i udostępnia mu nowe narzędzia” (s. 325).

⁶⁷ W. S. Pietrow, *Tip i formy gospodarstwa*, Leningrad 1967, s. 8, 32, 25. Por. też M. A. Barg, *Strukturnyj analiz w istoriczeskom issledowanii*, „Woprosy Filosofii”, nr 10, 1964, s. 83 - 92.

⁶⁸ L. de Heusch, *Situation et positions de l'anthropologie structurale*, „L'Arc”, nr 26, 1965, s. 7 - 16.

charakter odpowiedzi, środków zaradczych, usprawnień czy nawet wyrzutów”⁶⁹.

Najogólniej w przypadku recepcji wychodzącej poza krąg własny możemy zaobserwować bądź:

- 1) upadek kultury rodzimej na skutek przewagi kultury recypowanej;
- 2) powstanie dynamicznego amalgamatu elementów rodzimych i recypowanych. Stan ten rodzi konflikty i napięcia, i doprowadza ostatecznie albo a) do przewycięzania dysharmonii w drodze selektywnego wyboru elementów dających się zintegrować w ramach kształtującej się nowej struktury globalnej, albo b) do odrzucenia recepcji, co pociąga za sobą wszakże dalsze skutki. Ich rolę uwydatnił zwłaszcza Lévi-Strauss wskazując, że rezultatem negacji recepcji są albo rozwiązania zastępcze lub jako antyteza na odrzuconą recepcję ukształtowanie instytucji, systemów czy doktryn stanowiących niejako odpowiedź na nią. Badanie wielorakich skutków odrzucenia recepcji otwiera nowe horyzonty dla interesującej nas problematyki, stwarza nowe pole naukowej eksploracji. W tym zakresie wyniki badań mogą okazać się najbardziej obiecujące.

W przeszłości — aż do niedawnych czasów — czynnikiem sprzyjającym recepcji czy zapożyczeniom było zjawisko pluralizmu prawniczego, zarówno gdy przejawiało się w koegzystencji dwóch globalnych systemów prawa (w średniowieczu prawa państwowego i kościelnego), jak we współistnieniu odrębnych praw stanów oddziaływających na siebie (wzajemne wpływy miejskiego prawa magdeburskiego i prawa ziemskiego). Zagadnienia te w polskiej historii prawa są — jak dotąd — zaledwie sygnalizowane.

Szczególną i najbardziej znaną formą pluralizmu prawniczego jest zasada osobowości prawa znana zarówno na zachodzie Europy (*quo lege vivis?* — zapytywano w sądach wczesnośredniowiecznej Italii czy Francji) jak i w Europie środkowo-wschodniej. W historii nowoczesnej pluralizm prawa występował w tzw. kapitulacjach — nierównoprawnych układach wyłączających Europejczyków spod jurysdykcji sądów tych krajów Trzeciego Świata, które zdołały zachować — jak Chiny — swoją niepodległość, a także w istnieniu w krajach kolonialnych dwóch jurysdykcji, jednej opartej na systemie prawnym metropolii dla jej obywateli, drugiej — na lokalnych prawach dla miejscowej ludności. Pluralizm prawniczy często odzwierciedlał uprzywilejowanie określonych grup, niemniej zasady ich prawa będąc w użyciu na określonym terytorium stawały się źródłem recepcji czy zapożyczeń dla innych istniejących systemów prawa⁷⁰. Przebieg tych procesów mających nieraz charakter swoistej osmozy i przejawiających się przeważnie w praktyce, wymaga jeszcze badań.

Nierównomierności rozwoju w warunkach istnienia rynku światowego

⁶⁹ Cl. Lévi-Strauss, *Antropologia strukturalna*, s. 325.

⁷⁰ Por. *Le pluralisme juridique*, Zbiór prac pod red. J. Gilissena, Bruksela 1972. s. 332.

postawiły dziś szczególnie ostro problem przewycięzania różnic poziomu między przodującymi krajami uprzemysłowionymi a resztą świata. Analizując to na przykładzie krajów arabskich G. E. von Grünebaum stwierdza, że „Arabowie podobnie jak wszystkie inne ludy niezachodnie starają się wyzwolić od jarzma Zachodu, jednocześnie kontynuując proces akulturacji, która ich do tego Zachodu zbliża” ⁷¹ (tłum. J.B.).

Proces ten ma charakter dialektyczny, bo zmierza do przewycięzania sprzeczności między recypowanymi wzorami Zachodu a rodzimą podstawą społeczną i gospodarczą ⁷². Rezultatem przewycięzania tej antynomii jest eliminacja wielu elementów kultury europejskiej, w tej liczbie w dziedzinie ustroju politycznego i prawa, i zastępowanie ich bądź elementami rodzimymi, bądź nowymi rozwiązaniami odpowiadającymi miejscowym warunkom.

Pouczone w tym względzie są krótkie dzieje ustrojów politycznych powstałych — już w drugiej połowie naszego stulecia — państw Czarnej Afryki. Recypowały one na ogół wzory ustroju parlamentarnego swych dawnych metropolii — Anglii i Francji. Jednak w ciągu kilku lat ustąpiły one niemal wszędzie miejsca ustrojom monopartyjnym. Te z kolei są obalane w drodze puczków i zastępowane przez dyktatury wojskowe podejmujące — z różnym powodzeniem — zadania konsolidacji państwowej krajów o zróżnicowanym obliczu plemiennym i prymitywnej nieraz w swej przeważnej części gospodarce. W krajach tych, o silnej często więzi plemiennej, armia stanowi nierzadko jedyną zorganizowaną w sposób nowoczesny siłę społeczną, a reprezentowany przez nią przymus państwowy — jeden z elementów powstawania więzi narodowej.

Zwróćmy też uwagę na prądy zmierzające do podkreślenia osobowości kulturalnej — więc i prawnej — młodych państw Trzeciego Świata ⁷³. Przejawia się to m.in. w ideologii kulturalnej „afrykanizmu” Sedara Senghora — prezydenta Senegalu czy w działalności prezydenta Zairu Mobutu Sese Seko, który zmienił nie tylko nazwy kraju, miast i jezior odziedziczone po kolonizatorach, ale także imiona własne zapożyczone z kalendarza chrześcijańskiego, zastępując je afrykańskimi. Podjął również walkę o ograniczenie wpływów kościoła katolickiego, któremu zarzuca, że jest rozsądnikiem europocentryzmu. Tendencje te, będące wyrazem rodzącego się nacjonalizmu, idą — podobnie jak u Arabów — w parze z recepcją techniki, ale jednocześnie z odrzuceniem stylu życia, ideologii, a w części i prawa. Najdalej posunęła się tu Libia, dekretując w ramach własnej „rewolucji kulturalnej” obalenie istniejącego systemu prawa i zapowiadając budowę nowego, opartego na Al-Koranie. Praktyka ostatnich lat

⁷¹ G. E. von Grünebaum, o.c., „Diogenes”, nr 39, 1962, s. 121.

⁷² J. Hatsch, *La culture africaine et la culture d'Occident*, „Comprendre” nr 21 - 22, Wenecja 1960, s. 69.

⁷³ Ob. B. S. Erassov, *La personnalité culturelle dans les idéologies du Tiers Monde*, „Diogenes” nr 72, 1972, s. 123 - 142.

potwierdza tezę Lévi-Straussa o skutkach odrzucenia recepcji, mających charakter dialektycznej antytezy, ale zachowujących jednocześnie część zdobyczy, które tejże recepcji zawdzięcza.

IV

Problematyka recepcji w naukach prawnych została rozbudowana na podstawie czterech epokowych recepcji systemów, z których każdy można rozpatrywać jako rodzaj opartego na empirii „modelu realnego” (w przeciwieństwie do „modeli nominalnych” tworzonych sztucznie dla celów badawczych). Podejmując opis modelu pomijamy zjawiska incydentalne i szczegóły. Więc i ten model realny będzie de facto modelem przybliżonym. Charakter obiektów „modeli realnych”, którymi są systemy prawne sprawia, że są one w wysokim stopniu wynikiem konceptualizacji odpowiadając ogólnym warunkom modelu. Do klasycznych przypadków recepcji prawa zwykło się zaliczać: a) recepcję prawa rzymskiego w starożytności oraz b) w średniowiecznej i nowożytnej Europie; c) recepcję angielskiego *Common Law* w dawnych koloniach angielskich ze Stanami Zjednoczonymi A.P. na czele; d) recepcję francuskiego kodeksu cywilnego z 1804 r. w Europie XIX w.

Ad a) Recepcja prawa rzymskiego w starożytności jest zagadnieniem nazbyt złożonym, by dało się tu przedstawić nawet w największym skrócie. Zauważmy tylko, że przebiegała ona odmiennie w prowincjach zachodnich Cesarstwa, gdzie przyswojeniu języka i kultury towarzyszyła daleko posunięta romanizacja życia prawnego, a inaczej w prowincjach wschodnich, które, oparte na wielowiekowej cywilizacji i kulturze prawnej rodzimej, umiały utrzymać własne prawa, obyczaje i tradycje. Kwestię odrębności rozwojowych obu części Cesarstwa postawił na gruncie współczesnej nauki Ludwik Mitteis w dziele *Reichsrecht und Volksrecht in der östlichen Provinzen des römischen Kaiserreiches* (1891). Opory przeciw recepcji prawa rzymskiego w prowincjach wschodnich Cesarstwa i żywotność praw i zwyczajów miejscowych, obok których występowały w ośrodkach kolonizacji helleńskiej prawa greckie, powodowały złożoność praw prowincjonalnych Wschodu. Uległy one kodyfikacji na obszarze wschodniej części Cesarstwa dopiero za cesarzy bizantyńskich, Teodozjusza, a zwłaszcza Justyniana.

W poglądach Mitteisa znalazł dla siebie punkt wyjścia Ludwik Wenger — twórca historii prawa antycznego (*antike Rechtsgeschichte*) sformułowanej w 1904 r., a potem długo i uporczywie bronionej. Wenger ograniczał przedmiot swoich zainteresowań do kręgu śródziemnomorskiego uważając, że komparatystyka prawnicza powinna służyć ujawnieniu wpływów prawa rzymskiego na prowincje wschodnie Cesarstwa, ale również wzajemnie innych praw antycznych na prawo rzymskie. Wenger zmierzał do wyrwania prawa rzymskiego z jego *splendid isolation* i do uplasowania

go w kontekście innych praw starożytnych⁷⁴. Do poglądów Ludwika Mitteis i Wengera nawiązał Evaristo Carusi, który w różnych prawach starożytnego Wschodu szukał śródziemnomorskiego *ius commune*⁷⁵.

Poglądy te spotkały się z krytyką Heinricha Mitteis, który zakwestionował wyodrębnienie tak ujętej historii prawa antycznego z całości kształtu porównawczo badanej starożytnej historii prawa⁷⁶ oraz P. de Zulueta, który — w ślad za H. Mitteisem — negował możliwość ujmowania praw antycznych jako całości. Podkreślił on nieistnienie między nimi więzi genetycznej, brak wiedzy o ich związkach z prawem rzymskim oraz niezasadność ujmowania prawa rzymskiego jako syntezy praw antycznych, a to ze względu na jego jakościową odrębność jako systemu prawa stworzonego przez prawników (*Juristenrecht*)⁷⁷.

Nadal jednak utrzymywały się tendencje do ujmowania prawa rzymskiego późnego Cesarstwa jako całości, najwyżej z odróżnieniem jego części wschodniej i zachodniej⁷⁸. Przeciwno nim wystąpił z uargumentowaną opozycją Edoardo Volterra⁷⁹. Znakomity romanista stwierdza, że wyjąwszy próbę Dioklecjana, rzymska Europa nie знаła jednności systemu praw-

⁷⁴ L. Wenger, *Wesen und Ziele der antiker Rechtsgeschichte* w: *Studi in onore di P. Bonfante*, t. II, Mediolan 1930, s. 463 - 477, gdzie mowa o „die Zusammengehörigkeit der orientalisches-hellenistisch-römisch-byzantinischen Staatsentwicklung”. Tendencja kompromisowa zdaje się występować w: *Diritto romano e antico*, „Jura”, t. II, 1951, s. 116 - 121 oraz w: *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien 1953, gdzie autor mówi już o historii prawa rzymskiego i prawa antycznego rozdzielnie.

⁷⁵ E. Carusi, *Sui rapporti tra diritto romano e diritto musulmano*, Rzym 1914; *Gli studi dei diritti orientali mediterranei*, Rzym 1916; *Il problema del diritto comparato*, Rzym 1917; *Per una scienza giuridica orientalistica*, Rzym 1920. Zob. też: *I rapporti tra diritto romano e diritti grecoorientali ed il testamento scientifico di L. Mitteis*, w: *Scritti della Facoltà di Roma in onore di Antonio Salandra*, Mediolan 1928, s. 157 - 187, gdzie odpowiedź na polemiki.

⁷⁶ H. Mitteis, *Antike Rechtsgeschichte und romanistisches Rechtsstudium* w: *Mitteilungen d. Wiener Vereins d. Freunde d. hum. Gymnasiums*, z. 18, 1917 i odb. (tłum. włoskie ze wstępem S. Riccobono w: *Storia del diritto antico e studi del diritto romano*, Palermo 1928, s. 473 i n.).

⁷⁷ F. de Zulueta, *L'histoire de droit de l'antiquité*, w: *Mélanges Paul Fournier*, Paryż 1929, s. 787 - 805 pisał o historii prawa rzymskiego i prawa antycznego (*Römische und antike Rechtsgeschichte*). Krytykował Carusiego już wcześniej i filolog C. A. Nallino, *Gli scritti di E. Carusi sui diritti orientali*, „Rivista degli Studi Orientali”, t. IX, z. 1, 1921, s. 55 - 182 i dalsza dyskusja: E. Carusi, *Diritto e filologia (riposta di un giurista alle critiche di un filologo)*, Bolonia 1925, s. XV+360 oraz odpowiedź Nallino w „Oriente Moderno”, R. V. nr 3, 1925, s. 157 - 169.

⁷⁸ Tak w szczególności E. Levy, *West Roman Vulgar Law. The Law of Property*, Filadelfia 1951, s. 305.

⁷⁹ E. Volterra, *Diritto romano et diritti orientali*, Bolognie 1937; tenże, *Storia del diritto romano e storia dei diritti orientali*, „Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche”, 1951, nr 1 - 4, s. 134 - 185; tenże, *Les rapports entre le Droit romain et les Droits de l'Orient*, „Revue Intern. des Droits de l'Antiquité”, seria 3, t. II, 1955, s. 135 - 155.

nego przed Teodozjuszem i Justynianem. „Prawo rzymskie — pisze Volterra — było stosowane w Italii i w kilku prowincjach. W pozostałej części Cesarstwa [...] zwycięzcy pozostawili zwyciężonym ich prawa, ich zwyczaje i często ich zarząd lokalny”⁸⁰ (tłum. J.B.). Fakt, że Rzym nie dążył wcale do upowszechnienia swego prawa spowodował, że w krajach, które miały własne rozwinięte systemy prawne jak Syria, Egipt, Grecja utrzymywały się, i rozwijały nawet, prawa lokalne uznawane przez sądy i administrację rzymską. Romanizacja życia prawnego nastąpiła tam, gdzie odbywała się nie tylko dobrowolnie, ale niejako spontanicznie, w drodze praktyki prawnej zarówno sądów jak i społeczeństwa, jak to miało miejsce w Gallii, Hiszpanii i innych prowincjach transalpejskich⁸¹. Stąd potrzeba zróżnicowanego podejścia do zagadnienia recepcji, w zależności od prowincji i epoki. Wychodząc z tych założeń Jean Gaudemet postuluje badania porównawcze, służące ukazaniu zarówno podobieństw jak i różnic między różnymi prawami kręgu, które stanowiły kraje należące do Cesarstwa Rzymskiego. „W rzeczywistości — jak podnosi Gaudemet — chodzi o ustalenie wzajemnych relacji prawa rzymskiego i praw lokalnych, a więc zdobyczy prawa rzymskiego z jednej strony, oporów lokalnych z drugiej, wreszcie reakcji prawa rzymskiego na skutki jego prowincjonalizacji, która wprowadziła doń mnóstwo praktyk miejscowych doprowadzając do istotnych zmian w klasycznym modelu tego prawa”⁸² (tłum. J.B.).

W recepcji prawa rzymskiego przełomową rolę przypisywano dawniej *constitutio Antoniniana de civitate* z 212 r. n.e., która rozciągała prawo rzymskie na wszystkie prowincje Cesarstwa, nadając zamieszkałej tam wolnej ludności prawa obywateli rzymskich. Od początku lat trzydziestych różni autorzy, w tej liczbie głównie R. Taubenschlag, dowiedli, że również i po 212 r. stosowano nadal w Egipcie — obok prawa rzymskiego — prawa greckie i prawo egipskie⁸³. Próbuąc wyjaśnić ten stan rzeczy, Józef Modrzejewski wysunął tezę, że dla ludności prowincji rozciągnięcie na nią prawa rzymskiego było przywilejem; taką była wymowa konstytucji z 212 r. W następstwie *constitutio Antoniniana* również stosowane dotąd w praktyce prawa lokalne bytujące poza zasięgiem prawa

⁸⁰ E. Volterra, *Les rapports*, s. 154.

⁸¹ Na ten temat zob. *Atti de convegno internazionale sul tema: I diritti locali nelle province romane con particolare riguardo alle condizioni giuridiche del suolo*, Rzym 1974, a zwłaszcza referat E. Volterra, *I diritti locali*, s. 55 i n., gdzie Autor konkluduje: „Il popolo conquistatore non imponera il suo diritto privato ai popoli vinti, ma lasciava a questi i loro diritti, le loro costumanze e spesso anche le amministrazioni locali” (s. 64).

⁸² J. Gaudemet, *Tendances et méthodes en droit romain*, „Revue Philosophique”, kwiecień-czerwiec 1955, s. 167 - 168.

⁸³ R. Taubenschlag, *The Law of greco-roman Egypt in the light of the Papyri*, 332 B. C.-640 A. D., Nowy York 1944, s. 19 - 41; S. Riccobono, *Lineamenti della storia delle fonti e del diritto romano*, Mediolan 1949, s. 141 - 142.

rzymskiego zostały podniesione do rangi prowincjonalnych praw zwyczajowych i przez to włączone do systemu prawnego *imperium Romanum* jako prawa lokalne⁸⁴. W tym charakterze stały się one z czasem częścią dziedzictwa kulturalnego, które przekazać potomności ustawodawstwo Justyniana. Dyskusja nad relacją prawa cesarskiego Rzymu do praw prowincjonalnych daleka wciąż od zakończenia wskazuje jednak wyraźnie, że upowszechnienie prawa rzymskiego w starożytności miało, mimo leżącego u jego podstaw podboju, charakter dobrowolny. Odbывало się ono stopniowo w drodze praktyki zróżnicowanej w zależności od prowincji, a w niektórych z nich — o najstarszej kulturze — w ogóle nie doszło do recepcji systemu prawa rzymskiego, bowiem prawo miejscowe było dosyć żywotne, by przetrwać aż do czasów Bizancjum adoptując najwyższe pewne elementy romanistyczne. Nie ulega też wątpliwości, że istniał wzajemny wpływ praw lokalnych na prawo rzymskie. Istotną cechą odróżniającą upowszechnienie prawa rzymskiego w starożytności od recepcji późniejszych był fakt, że nie istniało tu państwo recypujące, gdyż podbite terytoria straciły charakter jednostek politycznych. Recepcja dokonywała się głównie przez organy organizacji terytorialnej, jakimi były municipia.

Ad b) Zagadnienie recepcji prawa rzymskiego w Europie średniowiecznej i nowożytnej jest od dawna przedmiotem żywych zainteresowań. Rozpoczęła się ta recepcja już we wczesnym średniowieczu, kiedy proces przenikania norm i pojęć romanistycznych do praktyki odbywał się w zromanizowanej części Europy przez działającą wówczas zasadę osobowości prawa. We wszystkich zaś krajach chrześcijańskich jako wehikuł dla instytucji i norm prawa rzymskiego służyło głównie prawo kanoniczne⁸⁵. Niektórzy uczeni, jak Salvatore Riccobono, uważali, że we włoskim średniowieczu mamy do czynienia z prostą kontynuacją stosowania prawa rzymskiego w jego poklasycznej, nasyczonej jedynie chrystianizmem, postaci⁸⁶. Przeciw tej koncepcji wystąpił Francesco Calasso. Ujmował on wytworzony w późniejszym włoskim średniowieczu system prawa jako syntezę prawa rzymskiego z prawem kanonicznym oraz z tym wszystkim co wniosła epoka feudalizmu w postaci praw własnych⁸⁷. Ta twórcza re-

⁸⁴ J. Modrzejewski, *La règle de droit dans l'Egypte romaine (Etat des questions et perspectives des recherches)*, „American Studies in Papyrology”, t. VII, Toronto 1970, s. 319 - 377, zwłaszcza s. 367 - 368.

⁸⁵ W. Simons, *La signification des religions pour la science du droit comparé*, w: *Recueil Lambert*, t. I, s. 89; C. G. Mor, *Diritto romano e diritto canonico nell'eta pregraziana*, w: *L'Europa e il Diritto romano*, t. II, s. 13 - 32.

⁸⁶ S. Riccobono, *Lineamenti*, s. 174 in.

⁸⁷ F. Calasso, *Il diritto comune come fatto spirituale*, „Rivista Italiana per Scienze Giuridiche”, t. II, z. 1 - 4, 1948, s. 315 - 352 (bibliografia poprzednich prac Autora na ten temat: s. 317, przyp. 2); tenże, *Introduzione al diritto comune*, Mediolan 1951; tenże, *Medio Evo del diritto I, Le fonti*, Mediolan 1954; tenże, *Citramontani, ultramontani e il problema storico del diritto comune*, w: *Europa*

cepcja prawa rzymskiego we włoskim średniowieczu stanowiła *ius novum* — dzieło szkoły bolońskiej. Zapoczątkowany w XII w. przez Irneriusa, a ukończony przez postglosatorów system uczonego prawa określał Calasso — zgodnie z niektórymi źródłami — mianem *diritto comune*. Nadawał jednak — sądzymy — temu określeniu nazbyt dosłowne znaczenie, ujmując *ius commune* jako prawo wspólne całej zachodniej i środkowej Europy⁸⁸. W tym ujęciu — z zastrzeżeniem odrębności niektórych przepisów czy instytucji miejscowych — *ius commune* miało obowiązywać w tych wszystkich krajach, zgodnie z zasadą, że *unus ius regit unum imperium*. Calasso dopatrywał się realizacji *ius commune* również w *Code civil*, a to ze względu na obecność w nim elementów romanistycznych⁸⁹.

Sugestywne sformułowania o *ius commune* podkreślające jedność cywilizacyjną Europy zachodniej i środkowej, były jednak bardziej wyrazem określonej ideologii, niż odbiciem rzeczywistości, która podporządkowywała recypowane instytucje, normy czy siatkę pojęć potrzebom państw narodowych. One to dominowały w Europie od czasów średniowiecza, kształtując, również przy użyciu romanistycznego budulca — jak to sam Calasso wykazał — koncepcje suwerenności państwowej⁹⁰. Dlatego nie pomniejszając znaczenia elementów integracyjnych w średniowiecznej Europie, jakimi były religia, łacina i prawo rzymskie-kanoniczne, będziemy pamiętali, że działały one w obrębie kształtujących się państw narodowych. Sam termin *ius commune*, podobnie jak zwrot, że *ibi romanum imperium est ubicumque romana lingua dominatur* (ze wstępu do renesansowej *Elegantiarum latinae linguae libri* — —)⁹¹, stanowił

e il diritto romano, t. II, s. 33 - 62; tenże, *Il problema storico del diritto comune e i suoi riflessi metodologici nel storiografia giuridica europea*, „Archives d'Histoire du Droit Oriental et Revue Internationale des Droits de l'Antiquité” t. II, 1953, s. 441, 463. Por. też A. Marongiu, *Francesco Calasso e la metodologia della storia del diritto*, „Nuova Rivista Storica”, R. XLIX, z. 1965, s. 371 - 384.

⁸⁸ F. Calasso, *Diritto volgare, diritti romanzi, diritto comune*, „Atti di Congresso intern. di diritto romano e di storia del diritto”, Verona 1948, t. II, 1951, s. 379 podkreśla, że *ius commune* w „universo giuridico medievale [...] non e piu semplicemente la *lex scripta in corpore iuris*, ma comprende il diritto canonico e il feudale, nonche [...] le *limitationes e ampliaciones e declarationes* che l'esperienza dei secoli filtrata della dottrina vi ha accumulato — si muovono e vivono i molteplici mondi del *ius proprium*”.

⁸⁹ F. Calasso, *Citramontani, ultramontani*, s. 55: „Ora come la lingua francese non e altro, nel suo fondamento storico, se non la lingua latina come i francesi oggi la vivono, così il diritto francese, che il codice della rivoluzione regola ancora dopo un secolo e mezzo, non e altro, nel suo fondamento storico, se non il sistema del diritto comune [...]”.

⁹⁰ Tak B. Paradisi, *Uwagi krytyczne o współczesnej włoskiej literaturze historyczno-prawnej*, CPH t. XXIII, 1971, s. z., s. 119 i n., gdzie ukazano wpływ filozofii Benedetto Croce na Calasso oraz ideału unitarnej Europy, któremu hołdował.

⁹¹ Cyt. wg F. Masai, *La notion de Renaissance. Equivoques et malentendus*, w: *Les catégories en histoire*, Bruksela 1969, s. 65.

raczej doktrynalną metaforę, która nie w pełni odpowiadała złożonej rzeczywistości.

Szczególnie obfita jest literatura poświęcona recepcji prawa rzymskiego w Niemczech końca XIV i XV w. Nie podejmując tu przedstawienia jej poglądów zauważyć warto, że ważną rolę przypisywał recepcji Fryderyk Engels upatrując w niej silny bodziec zawierający już w stanie gotowym wszystko to, do czego mieszczaństwo późniejszego średniowiecza dopiero nieświadomie dążyło⁹². Podobne poglądy w piśmiennictwie polskim rozwinął wybitny, bliski marksizmowi socjolog — Ludwik Krzywicki. Prawo rzymskie, „wytwór gospodarstwa wymiennego [...] w sposób jasny, zwięzły a jędrny wypowiedziało” — pisał on — „te normy, ku którym parło życie grodów średniowiecznych [...]. Co trzeba było formułować krok za krokiem, poprawiać i przeinaczać, tam wszystko to już było wyłożone i usystematyzowane”. Wsparte o powagę wieków i autorytet Rzymu „sięga [ono] — podnosił — nie tylko tam, gdzie dojrzałe już stosunki parły do wyłonienia norm podobnych [...], ale przyspiesza narastanie nowych stosunków rzeczowych”. Prawo rzymskie w Niemczech — jego zdaniem — „występuje jako czynnik samodzielny, pierwotny, który swoim ukazaniem wyprzedza fakty życia, przynajmniej niektóre, i przyspiesza ich nastanie”⁹³. Recepcja prawa rzymskiego odpowiadała jednak — podkreślimy — również interesom panów feudalnych, którzy znajdowali w prawie rzymskim podstawę do umocnienia zarówno osobistego, jak i gruntowego poddaństwa chłopów.

Od oceny społecznej roli prawa rzymskiego stanowiącej o powodzeniu recepcji, przejdźmy do dróg jej realizacji. Po drugiej wojnie światowej stało się to zagadnienie przedmiotem dwóch syntez: Paula Koschakera i Franza Wieackera. Obaj autorzy prześledzili dzieje recepcji prawa rzymskiego w Europie Zachodniej w różnych jej formach, od średniowiecza do współczesności⁹⁴. Podnosząc rolę uczonego stanu prawników dla recepcji prawa rzymskiego najpierw we Włoszech, potem w Niemczech, gdzie rozpoczęta w XV w. osiągnęła ona szczyt w XVII stuleciu w *usus modernus pandectarum*, zwracali oni uwagę, że zasadnicze znaczenie miała tu recepcja form, pojęć i systematyki prawa rzymskiego. F. Wieacker dowodził, że najważniejsze w dobie recepcji prawa rzymskiego w Niemczech w XVI w. było nie to, w jakim zakresie utrzymywały się te lub inne instytucje prawa germańskiego, ale to, że wykształcony na prawie rzymskim sędzia stosując je, nadawał im romanistyczne formy. Dlatego też romanizacja prawa ograniczyła się do prawa sądowego, zwłaszcza do prywatnego, i to nie

⁹² K. Marks i F. Engels, *Dzieła*, t. XXI, Warszawa 1969, s. 446.

⁹³ L. Krzywicki, *Wędrowka idei* (1897) (cyt. według: T. Kowalik, Krzywicki, Warszawa 1965, s. 152 - 153).

⁹⁴ P. Koschaker, *Europa und das römische Recht*, wyd. 2, Monachium—Berlin 1953; F. Wieacker *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Getynga 1952, zwłaszcza s. 118 - 131.

wszystkich jego działów. Głównie prawo osobowe i rodzinne (także małżeńskie majątkowe) pozostały — mimo przejścia pojęć technicznych — najbardziej germańskie.

Zmiany w badaniu recepcji prawa rzymskiego w Niemczech po 1945 r. polegały na kompleksowym badaniu recepcji obejmującym nie tylko ze-spół norm i instytucji, ale też całość kultury prawnej w związku z całokształtem procesu historycznego. Takie ujęcie — jak podkreślają W. Trusen i Wieacker — doprowadziło do rozszerzenia pola badawczego, przede wszystkim przez uwydatnienie roli wczesnej recepcji (*Frührezeption*) na północ od Alp⁹⁵. Za jej symptomy występujące i nasilające się stopniowo od XIII w. uchodzą: a) rozprzestrzenienie literatury romanistycznej, b) zastosowanie prawa rzymskiego w takich pomnikach prawa jak formularze i opinie prawników, c) udział wykształconych prawników w administracji kościoła, państwa i miast, d) wpływ świeckiego duchowieństwa wykształconego na prawie kanonicznym i *ius civile*. Było to umożliwione przez studia młodzieży niemieckiej w uniwersytetach włoskich i francuskich od XIII stulecia. W następnym wieku prawnik i znawca *utriusque iuris* stał się zawodem w świadomości społecznej. Legiści w tym czasie zajmowali się w większości administracją i sądownictwem wewnątrzkościelnym, gdy mniejsza, choć stopniowo rosnąca grupa ich wstępowała na służbę monarchy, pracując w kancelarii lub jako sędziowie orzekający w sprawach karnych. Wieacker podkreśla, że recepcja prawa prywatnego w sądach świeckich, która stanowiła centrum uwagi nauki w XIX w., była w istocie ostatnim stadium recepcji.

Obu autorom recepcja przedstawia się jako złożony, długotrwały proces, gdzie na plan pierwszy wysuwa się unaukowanie życia prawnego przez wykształconych prawników. Doprowadzili oni do przejścia metod rozumowania prawnego, a w ślad za tym norm i instytucji co umożliwiło dokonanie racjonalizacji życia publicznego stawiającego prawo przed siłą. Zastosowanie tych metod do prawa prywatnego znamionowało zakończenie procesu stanowiącego — według Wieackera — istotę recepcji, o której mowa. W. Trusen podkreślając zakres wczesnej recepcji zwraca uwagę, że zaznaczyła się ona silnie w prawie publicznym Rzeszy, gdzie za pośrednictwem prawa kanonicznego zostały wprowadzone m.in. tak zasadnicze koncepty jak zasada większości głosów, osobowość prawna Cesarstwa, państw terytorialnych i miast. Rola prawa kanonicznego jako przekaznika prawa rzymskiego, a w związku z tym i duchownych jako jego nosicieli została też mocno zaakcentowana. Romanizacja prawa odbywała się także — zwraca uwagę Trusen — przez spisy prawa zwyczajowego, jeśli redaktorami ich byli wykształceni prawnicy. Tak więc o ile *Zwier-*

⁹⁵ W. Trusen, *Anfänge des gelehrten Rechts in Deutschland. Ein Beitrag zur Geschichte der Frührezeption*, Wiesbaden 1962 oraz F. Wieacker, *Zum Heutigen Stand der Rezeptionsforschung*, w: *Festschrift für Joseph Klein zum 70 Geburtstag*, t. I, 1967, s. 189 - 201.

ciadło Saskie (I połowa XIII w.) stanowi spis praw zwyczajowych, to *Zwierciadło Szwabskie* z połowy następnego stulecia ma już 8,90% tekstu przejętego z *Institutiones*, a 4,30% z *Summa Raimundi*. Można tam też odnaleźć wpływy innych źródeł prawa rzymskiego, a także wpływ prawa kanonicznego⁹⁶. Upowszechnienie *Zwierciadła Szwabskiego* postępowało głównie w wyniku stosowania go przez sądy duchowne wyrokujące w sprawach świeckich.

Prawo rzymskie recypowane przez Niemcy było zaopatrzone w głosę, dzieło Akursiusza i jego następców-postglosatorów. Glosa Akursiusza uznawana była przez prawników XVI i następnych stuleci za obowiązującą do tego stopnia, że recepcji uległy tylko te części *Corpus Iuris*, które były zaopatrzone w głosę. Recypowane przepisy były więc dostosowane do stosunków późniejszego włoskiego średniowiecza, charakteryzujących się — jak wiadomo — wysokim poziomem urbanizacji i utowarowienia gospodarki, ale jednocześnie uwzględniających panujące stosunki feudalne. Znalazło to wyraz w przyjęciu w ślad za głosą pojęcia własności podzielonej⁹⁷. W tym, że prawo rzymskie zjawiało się w Europie środkowej XV - XVI wieku zaadaptowane już do ustroju feudalno-stanowego, leży m.in. tajemnica powodzenia prawa rzymskiego w Niemczech i jego wpływ na inne kraje sąsiednie⁹⁸.

Ekspansja prawa rzymskiego w Niemczech i Holandii nie oznaczała — podkreślmy — wyparcia prawa zwyczajowego, gdyż prawo rzymskie miało charakter posiłkowy (subsidiarny). Jak wynika z ustawy o Sądzie Kameralnym Rzeszy z 1495 r. miał on sędzić według prawa miejscowego, którego istnienie należało jednak udowodnić, albo na podstawie *ius commune*, pod którą to nazwą rozumiano prawo rzymskie. Przyjęcie tego rodzaju założenia stwarzało sprzyjające warunki upowszechnienia się prawa rzymskiego, któremu hołdowali wykształceni juryści upatrując w nim środek przeciwdziałający atomizacji życia rozdrobnionych Niemiec. Stosowali oni prawo rzymskie również w sądach wyższych poszczególnych terytoriów Rzeszy. Upowszechnieniu prawa rzymskiego sprzyjało również, że odwoływano się w razie niejasności prawa często do wydziałów prawnych Uniwersytetów, które w swoich orzeczeniach stanowiących źródła prawa oczywiście preferowały prawo „uczone”. Podobnie w powstających w XVI w. spisach miejscowego prawa ziemskiego tzw. *landrechtach* czy reformacjach, spisujący ich uczeni prawnicy wprowa-

⁹⁶ W. Trusen, o.c. s. 237 n.

⁹⁷ Cf. H. Coing, *Römisches Recht in Deutschland*, „Jus Romanum Medii Aevi”, cz. VI, Mediolan 1964; W. Trusen, *Die Rezeption des römischen Rechts in Deutschland*, „Acta Universitatis Szegediensis, Acta Iuridica et Politica”, t. XVII, Szeged 1970, s. 121 - 142. W literaturze polskiej M. Sczaniecki, *Powszechna historia państwa i prawa*, Warszawa 1973, s. 191, 322 - 327.

⁹⁸ O losach prawa rzymskiego w głównych krajach Europy, ob. Sczaniecki, o.c., s. 217 - 291, 296 - 297, 326 - 327.

dzali często normy prawa rzymskiego w miejsce praw pochodzenia germańskiego.

Upowszechnienie zasad prawa rzymskiego w późniejszym średniowieczu wiąże się na ogół ze zwycięstwem arystotelizmu w filozofii chrześcijańskiej. Znana jest teza, że to Tomasz z Akwinu „ochrzcił prawo rzymskie”. Weryfikacja tego poglądu wymaga jeszcze zbadania zakresu recepcji pierwiastków romanistycznych dokonanych za pośrednictwem Kościoła. W każdym razie zwycięstwo racjonalistycznego tomizmu nad mistycyzmem przy zaistnieniu odpowiednich warunków ekonomiczno-społecznych oznaczało otwarcie możliwości dla penetracji założeń prawa rzymskiego w szeregu krajów Europy, a to mimo oporów, z jakimi się ono spotykało zarówno w północnej Francji, jak i w Anglii.

Inaczej było we Francji południowej, silnie zromanizowanej już w czasach dawnego imperium rzymskiego. Południowe prowincje Francji znane jako tzw. kraje prawa pisanego (*pays du droit écrit*) uznawały prawo rzymskie za podstawę systemu prawnego ujmując je, zgodnie z mentalnością średniowiecza, jako powszechne prawo zwyczajowe. W tym ostatnim przypadku mamy więc do czynienia z pewną ciągłością obowiązywania systemu prawa, podobnie jak to miało miejsce we wczesnośredniowiecznych Włoszech w stosunku zwłaszcza do tej części ludności, która, zgodnie z zasadą osobowości prawa, rządziła się prawem rzymskim.

W Niemczech podatny grunt dla infiltracji zasad prawa rzymskiego stwarzała doktryna, że Cesarstwo Rzymskie Narodu Niemieckiego stanowi kontynuację starożytnego Imperium Romanum.

Odmienna była sytuacja we Francji północnej, gdzie francuskie prawo zwyczajowe dzięki dokonywanym spisom tzw. *coutumes* (głównie w XVI w.) było tak rozwinięte, że rola prawa rzymskiego w krajach tzw. prawa zwyczajowego (*pays des coutumes*) pozostała ograniczona.

Podobnie i w Anglii prawo zwyczajowe (*Common Law*) oparło się w późniejszym średniowieczu ekspansji prawa rzymskiego. Tu niemalą rolę odegrała zawodowa organizacja prawników angielskich w postaci Court of Inns, która broniła zasad prawa opartego na jurysdykcji przeciw wpływom „uczonego prawa”. Jednocześnie w Anglii i Francji niektóre zaadoptowane przez te państwa zasady prawa rzymskiego posłużyły umocnieniu doktryny suwerenności monarchii narodowych. Szczególną rolę odegrała zasada, *rex est imperator in regno suo*. Była ona propagowana przez legistów, którzy — jak to zauważył już F. Engels — wykorzystywali zasady prawa rzymskiego do umocnienia tendencji absolutystycznych w tych państwach, a także i w księstwach Rzeszy⁹⁹. Na społeczne konsekwencje infiltracji prawa rzymskiego zwracał uwagę Wieacker. Jego zdaniem, tam gdzie prawo rzymskie najslabiej się zakorzeniło, szacunek dla praw jednostki był najbardziej rozwinięty. Uczone prawo odrywało

⁹⁹ *Dziela*, t. XXI, s. 446.

się bowiem od świadomości społecznej, stając się wyłączną domeną władców i sędziów.

Niezależnie jednak od tego czy w danym kraju recepcja nastąpiła czy nie, podstawą nauki prawa stawało się wszędzie prawo rzymskie. Jego system i siatka pojęć stały się fundamentami europejskiej kultury prawniczej, oddziaływając w większym lub mniejszym stopniu na ustawodawstwo i judykaturę.

Ad c) *Code civil des Français* z 1804 r., przemianowany w roku 1807 na *Code Napoléon*, stał się prawem obowiązującym w krajach wchodzących w skład Grand Empire¹⁰⁰. Szczególnie dzieje Kodeksu w Niemczech ukazują z jednej strony rolę siły w rozpowszechnianiu prawa, z drugiej opór, który stawiały recepcji nawet zależne od Napoleona niemieckie twory państwowe. Stąd nie wprowadzono go — mimo nacisków — w Bawarii i w Wirtembergii, podczas gdy opór miast hanzeatyckich z Hamburgiem na czele przeciw recepcji został złamany przez inkorporację ich w 1811 r. do Cesarstwa Francuskiego, po czym wprowadzono tam natychmiast *Kodeks Napoleona*. W niektórych krajach niemieckich, jak W. Ks. Badenii *Kodeks* został recypowany po dokonaniu zabiegów adaptacyjnych, które wprowadziły pewne zmiany w jego instytucjach¹⁰¹. Opory, o których była mowa, wynikały z idei odrodzenia narodowego wrogich przyjmowaniu obcego prawa, jak i na skutek żywotności stosunków feudalnych w większości krajów Europy. Stąd po upadku I Cesarstwa liczne w Niemczech przypadki uchylecia mocy obowiązującej *Kodeksu*, który utrzymał się jedynie w najbardziej zaawansowanych gospodarczo i społecznie oraz najbliższych geograficznie Francji krajach Rzeszy, więc w Palatynacie, Wielkim Księstwie Badeńskim i Nadrenii. Tu zachował on moc obowiązującą aż do wprowadzenia w 1900 r. *Bürgerliches Gezetzbuch*.

Inaczej potoczyły się losy *Kodeksu Napoleona* na ziemiach polskich. Narzucony przez zwycięskiego cesarza został on, mimo początkowych oporów konserwatywnego odłamu szlachty oraz duchowieństwa, wprowadzony w Księstwie Warszawskim¹⁰². Dostosowywany do warunków polskich zgodnie z postulatami klas panujących w drodze praktyki prawnej, a potem — w Królestwie Polskim — nowelizacji poszczególnych jego działów

¹⁰⁰ Zob. Pozycje podstawowe: *Le Code civil 1804 - 1904. Livre de Centenaire*, t. I - II, Paryż 1904; *Travaux de la semaine internationale de droit*, Paryż 1950; *L'influence du Code civil dans le monde*, Paryż 1954. W literaturze polskiej zob. K. Sójka - Zielińska, *Wielkie kodyfikacje cywilne XIX wieku*, Warszawa 1973, s. 92 n.

¹⁰¹ R. Chabanne, *Napoléon, son Code et les Allemands*, w: *Etudes offertes au Professeur Jaques Lambert*, Lyon 1974, s. 397 - 426. I tak w W. Ks. Badeńskim dokładny tytuł kodyfikacji brzmiał: *Code Napoléon mit Zusätzen und Handelsgesetzen als Landrecht des Grossherzogthum Baden* (o.c., s. 418).

¹⁰² T. Mancel, *L'introduction du Code Napoléon dans le Duché de Varsovie (1808)*, CPH, t. II, 1949, s. 141 - 198.

(hipoteka, małżeńskie prawo osobowe) został przez nie zaadoptowany¹⁰³, by przetrwać aż do 1946 r.

Zasięg oddziaływania *Code civil* (taką nazwę przybrał on znowu od 1816 r.) ujawnił się w pełni w dobie po upadku Napoleona, kiedy nie stały za nim potęga polityczna i militarna jego twórcy. Utrzymał się on nie tylko w kraju najbliższym Francji językowo i kulturalnie jak Belgia, ale też stał się podstawą kodeksów cywilnych zjednoczonego Królestwa Włoskiego (1865), Rumunii (1864 - 66), Portugalii (1867), Hiszpanii (1889), wreszcie Bułgarii (1896). Przekroczył też ocean, by stać się wzorem dla prawa cywilnego w dawnych koloniach francuskich wówczas już oderwanych od Francji, wcześniej w Luizjanie (1825), a później w Quebecu (1866), gdzie zastąpił dawną *coutume de Paris*. Również kodeksy licznych krajów Ameryki Łacińskiej recypowały *Code civil*, który W. Seagle określał jako „kodeks ras łacińskich”.

Wpływ ustawodawstwa napoleońskiego nie ograniczył się do *Code civil*. Wytworzyło ono modele czterech (lub pięciu) kodeksów odpowiadających uznanym za podstawowe działom prawa sądowego. Na wzór Francji w większości państw Europy i Ameryki starano się w XIX w. wprowadzić odpowiednio kodeksy prawa cywilnego, prawa karnego, postępowania cywilnego i postępowania karnego, ewentualnie i prawa handlowego. Choć w mniejszym stopniu niż prawo cywilne, również prawo karne doby napoleońskiej stanowiło przedmiot ekspansji. Francuski kodeks karny 1808 r. posłużył jako wzór kodeksu karnego pruskiego (1851), a następnie kodeksu karnego całej Rzeszy niemieckiej (1870). Nie bez naśladowców pozostały także kodeksy prawa procesowego¹⁰⁴.

Ad d) Między *Code civil* — kodyfikacją będącą wyrazem panowania zwycięskiego kapitalizmu i politycznych rządów burżuazji — a *Common Law* istnieje zasadnicza różnica. Nie tyle w różnym rozwiązywaniu problematyki prawnej, którą nasuwa życie, ile w różnym zasobie pojęć myślenia prawniczego. Czyniło to oba te systemy mało przenikliwymi wzajemnie, co zanalizował szczegółowo R. David¹⁰⁵. Prawnik kontynentalny nie rozumie po dziś dzień mentalności i pojęć, którymi operuje prawnik angielski i vice versa. Stąd w zakresie recepcji można odróżnić dość ściśle kraje pozostające pod wpływem prawa francuskiego a prawa angielskiego¹⁰⁶. Te dwie grupy prawa zachodnioeuropejskiego powstałe w obrębie jednej cywilizacji i regulujące po dziś dzień życie rozwiniętych społeczeństw industrialnych, w warunkach zbliżonej bazy społeczno-ekonomicznej, różnią się w sposób istotny od strony prawnej, co tłumaczy się przede wszystkim różnymi historycznymi warunkami ich powstania.

¹⁰³ H. Grynwasser, *Kodeks Napoleona w Polsce*, w: *Pisma*, t. I, Wrocław 1951, s. 15 - 172.

¹⁰⁴ M. Szczaniecki, o.c., s. 423 - 4.

¹⁰⁵ R. David, *Les grands systèmes*, s. 313 - 398.

¹⁰⁶ Por. David, *Introduction à l'étude du droit de l'Angleterre*, Paryż 1948, aneks VIII: *Aperçu sur les droits de l'Empire britannique* (p. 329 - 333).

Common Law stanowi — jak wiadomo — oparte na prawie zwyczajowym, jednolite dla całej Anglii prawo ukształtowane przez orzecznictwo sądów królewskich. Stąd I. Zajtay określa je jako *droit jurisprudentiel*¹⁰⁷. *Common Law* uzupełniane od XV w. przez stosowanie norm słuszności — *equity* rozwinęło się w dobre, kiedy młoda burżuazja angielska była jeszcze nie przygotowana do sformułowania własnej kodyfikacji. Rozwijało się więc w drodze praktyki, w sposób bardzo giętki, bo przez wyroki precedensowe kształtując praktykę w interesie gentry i burżuazji kupieckiej. Określało to kazuistyczny charakter norm prawa oraz znajdowało wyraz w mentalności prawników angielskich. Również poprzez orzecznictwo sądów stanowych w Stanach Zjednoczonych recypowano *Common Law* jako rozwinięty system już po uzyskaniu niepodległości, więc u schyłku XVIII, a zwłaszcza w XIX stuleciu¹⁰⁸.

Do przedstawionych czterech klasycznych recepcji należałoby dodać obecnie piątą. Jest nim recepcja wzorów ustrojowych i prawa w obrębie obozu socjalistycznego¹⁰⁹. Postępy badań w tym zakresie powinny umożliwić analizę zjawiska, którego wagi nie sposób przecenić.

Obok tych wielkich recepcji znamy też recepcje regionalne.

Pomijamy tu problem ekspansji prawa greckiego w świecie hellenistycznym, będący przedmiotem żywych dyskusji, na Europę Południową i Wschodnią, które przeszły, wcześniej niż kraje Europy Zachodniej, recepcję wzorów ustrojowych Cesarstwa — w tym przypadku wschodniego — oraz prawa rzymsko-bizantyńskiego¹¹⁰. Dla przyspieszenia przebie-

¹⁰⁷ Zajtay, *La réception des droits étrangers et le droit comparé*, „Revue Internationale de Droit Comparé”, R. IX, nr 4, 1957, s. 700 - 701.

¹⁰⁸ Ibidem. Autor podkreśla, że w momencie wybuchu wojny o niepodległość w Ameryce Płn. zakres stosowania *Common Law* był dość ograniczony, a jego rozwój odbywał się później przez świadome korzystanie z orzecznictwa i literatury brytyjskiej.

¹⁰⁹ Zob. pracę zbiorową: *Gosudarstwiennoje prawo zarubieżnych socialisticzskich stran*, Moskwa 1957, s. 57 n.

¹¹⁰ Wśród literatury oświetlającej temat wymienimy tu: Th. Saturník, *Přispěvky k šírení byzantského práva u Slovanů*, Praha 1922; V. Al. Georgesco, *La réception du droit romain-byzantin dans les principautés roumaines (Moldavie et Valachie)*, w: *Mélanges Henri Lévy-Bruhl*, Paryż 1959, s. 373 - 392; tenże, *Contribution à l'étude de la réception du Nomos Georgikos dans les principautés danubiennes*, „Byzantina”, t. I (Saloniki) 1969, s. 81 - 134; A. V. Soloviev, *Die Einfluss des byzantinischen Rechts auf die Völker Osteuropas*, ZSS Rom. Abt. LXXVI, 1959, s. 432 - 479; W. Namyskowski, *Wege der Rezeption des byzantinischen Rechts im mittelalterlichen Serbien*, „Jahrbüches für Geschichte der Slaven”, nowa seria, t. I, z. 2, 1926, s. 139 - 152; M. Andreev, *Le droit romain et l'Eclogue slave ...*, Bartolo de Sassoferrato, *Studi e documenti per il VI centenario*, t. I, Mediolan 1962, s. 114 - 127 oraz skrótowo w: *Le problème de la réception du droit romain dans les pays des Slaves du Sud*, w: *Acta Universitatis Szegediensis*, t. XVII, 1970, s. 11 - 13. Próbie teoretyzującego i porównawczego uogólnienia roli recepcji prawa rzymsko-bizantyńskiego dali T. Ionasco i V. Al. Georgesco, *La réception du droit romain de Justinien en Occident et celle du droit*

gających łącznie procesów formowania się ustroju państwowego i klas społecznych najpierw w Bułgarii i na Rusi, a nieco później w Serbii, i księstwach naddunajskich miało istotne znaczenie przyswojenie tej części dziedzictwa starożytności klasycznej, która wyrażała treści kulturowe, przede wszystkim ideowe i prawne. Recepcja ta odbywała się w sposób twórczy dostosowując spadek grecko-rzymski do warunków miejscowych. Recepcję prawa ułatwiał fakt, że następowała ona łącznie — czy w konsekwencji — recepcji nowej ideologii chrześcijańskiej, więc przy aktywnym udziale zarówno władzy monarszej, jak i duchowieństwa. Cechą tej recepcji było najściślejse związanie recypowanego prawa świeckiego z prawem kanonicznym Kościoła wschodniego, co powodowało, że było ono przyjmowane jako część ortodoksyjnej całości religijno-kulturowej.

Na Rusi wczesnośredniowiecznej znajdowało to wyraz w recepcji szeregu przepisów *Zakona Soudnego Ludem* — zbioru bizantyńskiego prawa świeckiego dostosowanego do potrzeb Bułgarii (według innych Wielkich Moraw), a pochodzącego z IX - X w. przez *Prawdę Ruską*. Szczególną jednak rolę odegrały znane na Rusi od drugiej połowy XI w., a obowiązujące przez wiele stuleci tzw. *Kormczije Knigi* zawierające normy prawne prawa świeckiego: *Procheiron*, *Eklogę*, *Nowele* oraz ich komentarze wraz z postanowieniami prawa kościelnego. Stosowano również na Rusi nie tłumaczone wówczas greckie teksty prawne jak *Nomokanon*. Jak stwierdza badacz zagadnienia zakres recepcji był bardzo szeroki. Objęła ona obok prawa prywatnego i procesu, prawo karne; równolegle do ruskiego systemu kompozycyjnego wprowadziła bizantyński system kar na życiu i ciele (mutilacyjnych).

Recepcję prawa bizantyńskiego przez państwa bałkańskie i Ruś ułatwiały też odrębności ustroju Bizancjum określanego nieraz jako „feudalizm nie zakończony” w przeciwieństwie do wzorca w pełni ukształtowanego zachodnioeuropejskiego modelu. Odrębności te tkwiły — zdaniem radzieckiego badacza — w genetycznych związkach z systemem własności ziemi, odziedziczonym po starożytności grecko-rzymskiej, a poddanym wpływom prawa wschodnich prowincji Cesarstwa. Wpływ ten znajdować miał wyraz w zwierzchnim prawie własności monarchy w stosunku do całej ziemi, co wywodziło z tzw. azjatyckiego systemu produkcji. Dalsza ewolucja prowadziła do upodobnienia feudalizmu bizantyńskiego ze wschodnioeuropejskim, charakteryzującym się słabszym niż na Zachodzie rozwojem miast, a odpowiednio większą rolą rolnictwa. W dziedzinie prawa znalazło to wyraz w recepcji przez Słowian Południowych i księstwa naddunajskie bizantyńskich praw agrarnych (*Nomos Georgicos*) oraz prawa bliższości (bizantyńskiej *protimesis*), które w postaci prawa pierwokupu i retraktu zachowywało swoją żywotność w krajach rumuńskich aż do XIX w.

W Europie Środkowej ważną recepcją regionalną była recepcja prawa niemieckiego zapoczątkowana na przełomie XII - XIII stulecia i rozszerzająca długo krąg swego oddziaływania, bo aż po wiek XVII na Ukrainie i Białorusi. W istocie recepcja ta obejmowała dwa zespoły zjawisk związanych wspólną nazwą prawa niemieckiego (*ius theutonicum*): pierwszym była organizacja miast i wsi według wzorów zachodnich, drugim recepcja prawa sądowego opartego na *Zwierciadle Saskim*.

Upowszechnienie tych wzorców ustrojowych w miastach i wsiach Polski¹¹¹, ale również Czech, Węgier i Siedmiogrodu wynikało z narastającej od schyłku XII w. tendencji przyspieszenia wcześniejszych nieco na Zachodzie, a powszechnych w ówczesnej Europie procesów rozszerzania arealu i usprawniania organizacji uprawy roli oraz urbanizacji. Łączyło się to z napływem osadników i upowszechnieniem nowych technik w rolnictwie i rzemiośle. Procesy te wiązały się z kolei z recepcją rozwiniętego systemu organizacji ustroju wsi i miast, którego znajomość przynieśli osadnicy, a który akceptowali miejscowi władcy i panowie feudalni¹¹². Rychło potem wystąpili oni sami jako propagatorzy tego systemu, gdyż przyspieszał on ogólny rozwój gospodarczy zwiększając jednocześnie ich dochody.

O ile w miastach system ustroju wzorowany na Magdeburgu czy innych miastach niemieckich — a potem i polskich miastach „macierzystych” (Środa, Chełmno, Wrocław itd.) — łączył się na ogół z wprowadzeniem niemieckiego prawa sądowego, we wsiach polskich przenoszonych na pra-

¹¹¹ Literatura poświęcona zagadnieniu jest ogromna. Z ostatnich prac należy wymienić W. Kuhna, *Die deutschrechtlichen Städte in Schlesien und Polen in der Erste Hälfte des 13. Jahrhunderts*, Marburg—Lahn 1968 i krytyczne jej omówienie przez Z. Kaczmarczyka („Roczniki Historyczne”, XXXVII, 1971, s. 117 - 122); interesującą rozprawę Z. Rymaszewskiego, *Miejskość czy wiejskość prawa niemieckiego w Polsce*, „Zeszyty Naukowe UŁ”, seria I, nr 69, 1970, s. 65 - 87, gdzie zwrócenie uwagi, że *Zwierciadło Saskie*, stanowiące podstawę recepcji prawa niemieckiego odpowiadało warunkom wiejskim nie miejskim, dalej monografią S. Kurasia, *Przywileje prawa niemieckiego miast i wsi małopolskich XIV - XV w.* (Wrocław 1971), gdzie podkreślono formularzowy charakter przywilejów lokacyjnych i krytykę jej też przez H. Samsonowicza, *Miasto i wieś na prawie niemieckim w późnym średniowieczu Polski*, „Przegląd Historyczny” t. LXIII, z. 3, 1972, s. 493 - 504; wreszcie klarowne podsumowanie status causae przez J. Matuszewskiego, *Nazwy administracyjne osad lokowanych na prawie niemieckim*, Łódź 1974, s. 42 - 60 oraz wcześniej w rozprawie: *Die Aufnahme des deutschen Rechts in Polen*, „Bulletin de la Société des Sciences et de Lettres de Łódź”, XX, t. 4, 1970, s. 1 - 10.

¹¹² Por. H. F. Schmid, *Das deutsche Recht in Polen*, w: *Deutschland und Polen. Beiträge zu ihren geschichtlichen Beziehungen*, Monachium—Berlin 1933, s. 64 n.; F. Graus, *Deutsche und slavische Verfassungsgeschichte*, „Historische Zeitschrift”, t. 197, z. 2, 1963, s. 282 n. W odróżnieniu od prawa magdeburskiego i jego pochodnych: średniego i chełmińskiego, recepcja prawa lubeckiego dotyczyła wyłącznie miast. Zob. E. Rozenkranz, *Recepcja prawa lubeckiego w miastach nadbałtyckich*, Gdańsk 1967.

wo niemieckie w XIII - XV w. czy nawet lokowanych na tzw. „surowym korzeniu” stosowano nadal polskie prawo zwyczajowe. W wiekach późniejszych elementy sądowego prawa magdeburskiego i jego polskich pochodnych, jak prawa chełmińskiego, upowszechniały się stopniowo i na wsi, a to poprzez jurysdykcję sądów wyższych prawa niemieckiego oraz polską literaturę prawniczą poświęconą upowszechnieniu prawa magdeburskiego (Bartłomiej Groicki). W rezultacie w XVI - XVIII w. na wsi istniał złożony konglomerat prawny, w którym obok przeważającego prawa niemieckiego współistniały elementy zwyczajowego prawa polskiego, uzupełniane przez akty prawne wydawane przez panów wsi z tytułu ich władzy dominialnej.

Widziany w całości proces ten potwierdza — mimo pewnego opóźnienia w czasie oraz naturalnego wpływu czynników rodzimych — pogląd Stanisława Nowaka, że zjawiska społeczne mają tendencję występować w pewnych powiązanych ze sobą zespołach względnie ustabilizowanych w czasie i przestrzeni. „Przechodząc z jednej epoki do drugiej, z jednej kultury do drugiej, zmieniamy całe złożone zespoły instytucji, wzorów kulturowych i ludzkich dyspozycji”¹¹³. Przejmowanie wzorów ustrojowych dokonywało się więc łącznie z recepcją technik produkcyjnych, organizacji produkcji i stylu życia pociągając za sobą również przemiany w prawie sądowym.

Upowszechnienie niemieckiego wzorca organizacyjno-ustrojowego i systemu prawnego w Polsce oraz innych krajach Europy Środkowej ma także i to znaczenie poznawcze, że występują w nim w sposób wyraźny etapy procesu recepcji. Punktem wyjścia była zasada personalizmu prawnego. Przybywający osadnicy niemieccy przynosili ze sobą swój ustrój i prawo. Był to pierwszy — etniczny etap upowszechnienia prawa niemieckiego. Stanowił on wstęp do etapu następnego, kiedy system poznany dzięki osadnikom jako odpowiadający wykształconym warunkom gospodarki towarowo-pieniężnej, zaczęto upowszechniać przenosząc istniejące osady polskie na tzw. prawo niemieckie, a w lokowanych wcześniej miastach rozciągając je również na ludność polską. Trzecim z kolei etapem było upowszechnienie organizacyjnych wzorów prawa niemieckiego na terenie Litwy i Rusi. Sięgnęło więc ono aż do granicy wschodniej polsko-litewskiej Rzeczypospolitej, gdzie objęło jednak już tylko miasta. Aktywna rola państwa w upowszechnianiu tego typu organizacji została ostatnio przypomniana przez Józefa Matuszewskiego i Wojciecha M. Bartła¹¹⁴.

¹¹³ S. Nowak, *Prawa ogólne i generalizacje historyczne w naukach społecznych*, „Studia Socjologiczne”, nr 1, 1961, s. 95. Znajduje to odpowiednik w ostatnich wynikach nauk przyrodniczych ujmujących normalne funkcjonowanie organizmu jako system równowagi różnych czynników, a zjawiska patologiczne jako rozstrojenie tego systemu. Zob. omówienie wyników międzynarodowego kolokwium: *La biologie et le devenir de l'homme*, „Le Monde”, nr 9237, 26 IX 1974.

¹¹⁴ J. Matuszewski, *Recepcja prawa niemieckiego w Polsce i na Litwie*,

Proces częściowej, selektywnej recepcji prawa rzymskiego za pośrednictwem judykatury i stanowiącej podstawę dla orzecznictwa literatury prawniczej przez miasta polskie¹¹⁵, wiąże się z recepcją prawa rzymskiego w Niemczech dokonywaną w tej samej dobie. Można więc stwierdzić, że wcześniejsza recepcja prawa niemieckiego przez miasta polskie torowała drogę późniejszej romanizacji polskiego prawa miejskiego. Jest to zjawisko, które można rozpatrywać również w aspekcie szybkości obiegu myśli i idei w renesansowej Europie.

W nauce przeciwstawia się nieraz analogie istniejące w różnych systemach prawnych, zbliżone ale autonomiczne tendencje rozwojowe, infiltracji czy wpływowi, prowadzącym w ostatecznym rezultacie do recepcji. Stanowisko takie upraszcza złożoność procesu recepcji, którego powodzenie bywało i bywa uwarunkowane uprzednim podobieństwem w przemianach prawa. Zwłaszcza przy istnieniu pewnego wyprzedzenia ze strony kraju wzorcowego, konwergencja w dotychczasowym rozwoju przygotowywała grunt dla recepcji, która stawała się wówczas elementem komplementarnym, przyspieszającym przemianę systemu prawa kraju recypującego. Nie istnieje więc — naszym zdaniem — w rzeczywistości historycznej dychotomia: autonomiczny rozwój z jednej — recepcja z drugiej strony¹¹⁶.

Recepcjom sprzyjały na ogół okresy rozwoju gospodarczo-społecznego. Nie zawsze jednak tak bywało. Niedokonanej — mimo prób w tym kierunku — recepcji prawa rzymskiego przez polskie *ius terrestre* XVI w. stanął na przeszkodzie nie stopień ekonomicznego rozwoju. Dla towarowej gospodarki folwarcznej prawo rzymskie normujące precyzyjnie wymianę mogło być nawet przydatne. Z punktu widzenia stopnia rozwoju kultury również nie było przeszkód. Panująca wówczas kultura Odrodzenia upowszechniając znajomość cywilizacji antycznej, stawiając ją jako wzór,

Spraw. z posiedzeń Łódzkiego Tow. Naukowego, R. XX, nr 9, 1966, s. 1-9 oraz W. M. Bartel, *Stadt und Staat in Polen im 14. Jahrhundert*, odb. z *Stadt und Stadherr im 14. Jahrhundert*, Linz 1972, s. 129-164 (wraz z dyskusją).

¹¹⁵ K. Bukowska, *O recepcji prawa rzymskiego w prawie miejskim w dawnej Polsce*, CPH, t. XX, z. 1, 1968, 71-92; ta sama, *Römische Recht in der Literatur des Stadtrechtes in Polen in der Renaissanceepoche*, w: *Acta Universitatis Szegediensis*, t. XVII, 1970, s. 67-77. W kwestii źródeł tej recepcji zob. też K. Kamińska, *Summa Rajmunda Partenopejczyka jako zabytek średniowiecznego prawa rzymskiego*, CPH, t. XXVI, z. 1, 1974, s. 147-157.

¹¹⁶ Zdawał sobie dobrze z tego sprawę już przed stu laty W. A. Maciejowski, kiedy oceniając Zbiór praw Andrzeja Zamoyskiego z 1778 r. pisał, że „wskaża[ł] [on] drogę jaką iść należy w modyfikowaniu ustawowego i zwyczajowego prawa i jak przy pomocy rzymskiego można układać krajowe ustawodawstwo [...], jak obce prawa przyswajając sobie i w koło krajowego wplatać należy, ażeby swoje zasilał obcym nie zdudzoziemszczało i zamiast żeby się miało wzmacniać nie osłabiło przez to”. (*O kodyfikacji praw w dawnej Polsce*, „Na Dziś. Pismo zbiorowe poświęcone literaturze, naukom, sztuce” [...], t. II, Kraków 1872, s. 186).

raczej sprzyjała recepcji¹¹⁷. Uczeni prawnicy polscy doceniali walory systematyki, klarowność pojęć i precyzję konstrukcji prawa rzymskiego. Opozycja jaka zaznaczyła się przeciw niemu tak silnie wynikała przede wszystkim stąd, że opinia szlachecka widziała w prawie rzymskim narzędzie absolutyzmu¹¹⁸. Fakt ten przesądził negatywnie sprawę, gdy chodzi o *ius terrestre feudale* Korony.

Jednocześnie dzieje prawa w Polsce ukazują, jak w warunkach pluralizmu prawniczego, kiedy każdy stan rządził się odrębnym prawem, mogła dokonać się recepcja (tu częściowa) obcego prawa przez jeden ze stanów, w danym przypadku miejski, gdy drugi pozostawał mu zdecydowanie przeciwny. I w tym tylko zakresie może być mowa o upowszechnieniu prawa rzymskiego w Polsce XVI w. Zagadnienie recepcji prawa rzymskiego w Polsce doby Odrodzenia w sposób nazbyt ekstensywny przedstawił R. Taubenschlag¹¹⁹. Do właściwych rozmiarów sprowadził je S. Kutrzeba¹²⁰, a we współczesnej nauce A. Vetulani, skupiając się głównie nad zagadnieniem przeszkód, które hamowały skutecznie wpływy romanistyczne w polskim prawie ziemskim¹²¹.

Recepcja dotyczy zawsze co najmniej dwu państw, a najczęściej obejmuje ich krąg, dlatego też potrzebne jest zastosowanie również metody porównawczej¹²². Nie jest ona tu — jak dotąd — stosowana w dostatecznym zakresie. Nierzadko nawet przeciwstawiano badania prawno-porównawcze poszukujące analogii lub prawidłowości badaniom nad recepcją

¹¹⁷ Por. F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte*, s. 126; tenże, *Einflüsse des Humanismus auf die Rezeption*, „Zeitschrift für das geschichtliche Staatswissenschaft“, 1940, s. 423 - 456.

¹¹⁸ Pod tym względem uderzające są analogie z przeszłości na jakie natrafiało parę wieków wcześniej prawo rzymskie w Anglii i Francji ze strony panów feudalnych, którzy już w XIII w. widzieli w nim narzędzie autokratycznej władzy monarchy. O tym A. Esmein, *Le système juridique de l'Angleterre*, t. I: *Le système traditionnel*, Paryż 1928, s. 290 n.; P. Vinogradoff, *Diritto romano nel Europa medioevale*, wyd. 2, Mediolan 1950, s. 74 - 89 (Anglia) oraz J. Baszkiewicz, *Prawo rzymskie i prawo kanoniczne w kulturze politycznej Polski XIII i XIV stulecia*, w: IX Powszechny Zjazd Historyków Polskich. *Historia kultury średniowiecznej w Polsce*, Warszawa 1963, s. 67 - 71.

¹¹⁹ R. Taubenschlag, *La storia della recezione del diritto romano in Polonia fino alla fine del secolo XVI*, Bolonia 1939, Przedruki w: *Europa e il diritto romano*, t. I, Mediolan 1954, s. 227 - 242 oraz po niemiecku w: *Ius Romanum Medii Aevi*, cz. V, 1962, nr 7 - 9.

¹²⁰ Wystąpił on przeciw tezie o recepcji od razu na forum włoskim w rozprawie: *Il diritto romano in Polonia fino alla fine del secolo decimottavo*, w: *Le relazioni tra l'Italia e la Polonia dell'eta romana ai tempi nostri*, Rzym 1938, s. 62 - 80.

¹²¹ A. Vetulani, *Les entraves à la pénétration du droit romain dans le droit polonais médiéval*, w: *Ius Populi Dei. Miscellanea in honorem Raymundi Bidagor*, t. I, Rzym 1972, s. 53 - 68; tenże, *La Pologne medievale et le droit romain*, w: *Studi in onore di E. Volterra*, t. I, Mediolan 1969, s. 289 - 307 oraz — w skrócie — pod tymże tytułem w: *Acta Universitatis Szegediensis*, t. XVII, s. 143 - 150.

¹²² Zwrócił na to pierwszy uwagę Zajtay, *La réception* (1957), s. 686 n.

prawa, opieranym na zastosowaniu metody genetycznej. Kładło się akcent na ustalenie związków prawa macierzystego (*Mutterordnung*) z wywodzącymi się odeń prawami pochodnymi (*Tochterordnungen*)¹²³. Badano więc filiacje, posuwając się najczęściej wstecz — od praw nam bliższych do dawniejszych.

Jednak ujęcia tłumaczące związki genetyczne, ustalające same fakty recepcji, nie wyjaśniały przyczyn, dla jakich prawo rzymskie stało się u zarania nowożytnych czasów przedmiotem recepcji w Niemczech oraz niektórych sąsiadujących z nimi krajach, czy też przyczyn upowszechnienia *Code civil*.

Próbę teoretycznego uzasadnienia recepcji, obejmującej szeroki krąg państw, dał Paul Koschaker. Pod wpływem teorii językoznawczej A. Meilleta, że o rozpowszechnieniu języka decydował prestiż cywilizacji czy państwa, którego był środkiem komunikacji¹²⁴, Koschaker sformułował tezę, że przy recepcji prawa rzymskiego zadecydowało to, co autor nazywa „ideą polityczną i kulturalną Rzymu”¹²⁵. W średniowieczu europejskim ta „idea polityczna” realizowała się w koncepcji, według której Imperium Romanum urzeczywistniało się w cesarstwie niemieckim. Stąd też prawo rzymskie jako prawo cesarskie nigdy nie utraciło swojej mocy obowiązującej.

Podobnie — zdaniem Koschakera — miała się rzecz z *Code civil*. O jego upowszechnieniu zadecydowało nie to, że był najlepszą spośród stworzonych dotychczas kodyfikacji, ale że był on kodeksem zwycięskiego cesarstwa francuskiego. Stąd wniosek uogólniający, że recepcja prawa obcego nie jest rezultatem jego jakości, a więc nie wynika z potrzeby państwa recypującego, lecz przyjmuje się ze względu na to, że pochodzi od wielkiej potęgi politycznej (*Machtfrage*). Trudność wynikającą stąd, że recepcja prawa rzymskiego nastąpiła w tysiąc lat z górą po upadku cesarstwa rzymskiego starał się Koschaker rozwiązać w ten sposób, że przyjmował znaczenie mocarstwowe (*Machtstellung*) prawa recypowanego nie tylko wtedy, gdy pochodziło od istniejącego we współczesnym świecie mocarstwa, lecz i wtedy, gdy żywa była jeszcze pamięć jego potęgi.

Poglądy Koschakera spotkały się z krytyką, która znalazła wyraz nawet na łamach poświęconej mu książki pamiątkowej. Turecki uczony Ferik Ayiter na przykładzie recepcji przez republikę turecką prawa cywilnego szwajcarskiego łatwo wykazał, że u podstaw tej recepcji tkwiła

¹²³ Por. P. Arminjon (i współautorzy), *Traité*, t. I, s. 47 - 49: *Systèmes sources et systèmes dérivés*.

¹²⁴ Por. A. Meillet, *La méthode comparative en linguistique historique*, Oslo 1925, s. 18, który pisał „— une langue ne s'étend pas que si elle est l'organe d'une civilisation donée de prestige. Et il arrive même que l'extension de la langue soit due toute entière au prestige d'une civilisation”. Jako przykłady Meillet cytował attycką koinę i łacinę.

¹²⁵ P. Koschaker, *Europa und das römische Recht*, passim.

nie idea o potęgze Szwajcarii, ale — jak to wynika z protokołów debaty parlamentarnej i tureckich dokumentów urzędowych — kodeks cywilny szwajcarski został recypowany dlatego, że był kodeksem najbardziej kompletnym i najnowocześniejszym spośród obowiązujących w krajach zachodnioeuropejskich¹²⁶. Nie bez znaczenia była tu także neutralność Szwajcarii co ułatwiło sytuację Turcji nie zmuszając jej do akcentowania preferencji dla jednego z obozów, a także i inne względy, o których będzie jeszcze mowa.

Gdy chodzi o dalszą przeszłość to Robert Feenstra udowodnił, że w Holandii recepcja prawa rzymskiego bynajmniej nie była podyktowana przekonaniem o przetrwaniu idei rzymskiej, a potrzebami obrotu¹²⁷. Zajtay uwydatnił znany fakt, że kodeks cywilny 1804 r. upowszechniał się także — a może i głównie — już po upadku I Cesarstwa. Tymczasem, jeśli przyjąć założenia Koschakera, wszystkie państwa powinny po bitwie pod Waterloo jak najprędzej od niego odstąpić. Zajtay podkreśla, że obok czynnika politycznego istnieje autonomiczna nauka prawa, a walory prawne recypowanych instytucji (systemu) stanowią odrębny, względnie samodzielny czynnik recepcji¹²⁸.

Nie oznacza to rzecz jasna, by siła polityczna mocarstwa, fascynacja jego potęgą, powodzeniem, wreszcie jego realne oddziaływanie na inne państwa nie wpływały na recepcję systemu prawa, które to mocarstwo wprowadziło u siebie i bardziej lub mniej otwarcie zalecało swym sojusznikom czy klientom.

Negując decydującą rolę *Machtfrage* formułowano tezę, że to nauka prawa, zwłaszcza uniwersytecka, upowszechniając określony system, przygotowywała grunt pod jego recepcję. O ile działalność glosatorów i postglosatorów uzasadnia tego rodzaju tezę co do recepcji prawa rzymskiego w Europie XV - XVI w., to nie sposób przypisać nauce recepcję kodeksu Napoleona. Recepcja ta nastąpiła bowiem wcześniej niż nauka prawa opracowała system *Code civil*.

Zajmując się przyczynami warunkującymi recepcję, nie podjęto dotąd próby wyjaśnienia tego zjawiska w kontekście całości procesu dziejowego, co dla interpretacji prawa postulował Bruno Paradisi. Nawiązując do filozofii Benedetto Croce, Paradisi akcentuje prymat historii politycznej¹²⁹.

¹²⁶ F. Ayiter, *Das Rezeptionsproblem im Zeichen der kulturhistorischen Perspektive «Europa und das Römische Recht» und unter besonderer Berücksichtigung der Rezeption westeuropäischer Gezezbucher in der moderner Türkei*, w: *Europa e il diritto romano*, t. II, s. 131 - 156.

¹²⁷ R. Feenstra, *Zur Rezeption in den Niederlanden*, ibidem, t. I, s. 243 - 268; tenże, *L'influence du droit romain en Frise*, „Revue Hist. de Droit Français et Etranger”, 4 seria, R. XLI, z. 1, 1963, s. 10 n.

¹²⁸ Zajtay, *La réception* (1957), s. 696 n.

¹²⁹ B. Paradisi, *I nuovi orizzonti della storia giuridica*, w: *L'Europa e il diritto romano*, t. II, s. 309 - 380 oraz w: *Apologia della storia giuridica*, Bolonia 1974, s. 15 - 104. Por. G. M. Iwanow, *Krizis pozitivistskoj koncepcii istoriczeskogo*

Podzielając w pełni pogląd o potrzebie osadzenia przemian prawa w historii ujmowanej całościowo pragnęlibyśmy zasugerować, by przemiany w prawie — a należy do nich i recepcja prawa — wyjaśniać w szerszym kontekście struktury globalnej, więc ujmowanych dynamicznie elementów ekonomicznych i społecznych, układów politycznych wewnętrznych i między państwowych oraz relacji w obrębie kultury.

Należy też zwrócić uwagę na to czy i w jakim stopniu ułatwia recepcję i wpływa na jej intensywność pokrewieństwo etniczne i językowe. Łączą się one nieraz z bliskością rozsiedlania i podobieństwem losów historycznych, choć te ostatnie nie są bynajmniej regułą — jak to widać choćby na przykładzie Francji i Quebecu. Elementy te niewątpliwie ułatwiały recepcję, o czym mogą m.in. świadczyć liczne przejęcia z III Statutu litewskiego (opublikowanego w języku ruskim), dokonane w Moskwie w zwodzie prawa znanym jako *Sobornoje Ułożenje* z 1649 r.¹³⁰ Nie odgrywały one jednak roli głównej. Pod tym względem mogą być instruktywne dzieje krajów słowiańskich. Recepcja w ich obrębie ustępowała w przeszłości bardziej atrakcyjnej recepcji spoza granic Słowiańszczyzny¹³¹. Większe znaczenie odgrywał stopień intensywności komunikacji pomiędzy krajem wzorcowym i recypującym w sferze dóbr materialnych i idei niż pokrewieństwo językowe czy etniczne.

Recepcja ideologii, występującej w średniowieczu najczęściej w szacie religijnej, i więzi natury politycznej wyprzedzały na ogół recepcję prawa. W wielu krajach chrystianizacja otworzyła drogę recepcji prawa, które odbywało się w ścisłej łączności z recepcją dogmatów religijnych, rytuału i form organizacyjnych Kościoła¹³². Stąd w Europie Środkowej wpływy romanistyczne we wcześniejszym średniowieczu odbywały się poprzez prawo kanoniczne¹³³. Podobnie było — jak już wspominaliśmy — na Bał-

istocznika i Benedetto Croce, „Woprosy Istorii”, 1974, nr 1, s. 91 - 106, gdzie podkreślenie, że Croce starał się „dematerializować źródła historyczne, uzależniając je całkowicie od myślenia (historyka) jako głównej przesłanki poznania przeszłości” i akcentując subiektywne elementy w nauce historycznej (s. 105 - 106).

¹³⁰ J. Bardach, *Statuty W. Ks. Litewskiego — pomniki prawa doby Odrodzenia*, „Kwart. Hist’”, LXXXI, nr 4, 1974, s. 773 - 774.

¹³¹ Por. S. Kutrzeba, *Krzyżowanie się wpływów Zachodu i Wschodu w prawach słowiańskich*, w: *Conférence des historiens des Etats de l'Europe Centrale et du Monde Slave*, cz. II, Warszawa 1928, s. 115 - 123.

¹³² Por. Koranyi, *Der Heilige Schrift und das weltliche Recht vornehmlich im Mittelalter*, w: *La Pologne au VIIe. Congrès International des Sciences Historiques*, t. I, Warszawa 1933 (odb.) i tenże, *Zur Geschichte antiker Rechtsgrundsätze im mittelalterlichen Recht*, „Eos”, t. XLVIII, cz. 2, *Symbolae R. Taubenschlag dedicatae II*, Warszawa 1957, s. 357 - 365.

¹³³ O najdawniejszym pomniku prawa rzymsko-kanonicznego w Polsce zob. W. Sawicki, *Zbiór prawa dla ludzi świeckich w krakowskim rękopisie Zbioru Troistego (Collectio Tripartita). Drogi wpływu praw obcych na prawo państwa Piastów w pierwszej połowie XII w.*, *Annales UMCS*, sectio G, VII, z. 9, 1960 (1961), s. 285 - 336. O źródłach prawa kanonicznego w Polsce XII - XIII w. A. Vetulani, *Collectio Cracoviensis, Z badań nad redakcją średniowiecznych zbiorów przepisów*

kanach i na Rusi. Nie przypadkowo w tej dobie teksty biblijne wtapiano w normy prawa, choć już w starożytności rzymskiej zdołało się ono wyemancypować spod wpływów religii i wytworzyć własną, laicką i racjonalistyczną siatkę pojęć.

Dla dojścia do skutku recepcji nie wystarczało samo przekonanie o wyższości, formalnej czy materialnej, zalecanego systemu prawnego w stosunku do istniejącego. Musiał zaistnieć cały splot okoliczności, który do takiej recepcji skłaniał.

I odwrotnie, w określonych warunkach mogły dochodzić do głosu czynniki przeciwne recepcji. Na ogół tendencje takie nasilały się w okresach zastoju. Wiązały się one najczęściej z negacją roli i znaczenia wzorów i wpływów obcych. Petryfikacja stosunków społecznych i politycznych znajduje zwykle wyraz w idealizacji ustrojowo-prawnego status quo, w samozadowoleniu, w lekceważącym — jeśli nie wręcz pogardliwym — stosunku do innych narodów i państw, do ich praw i urzędów. Dominujące przekonanie, że chroniona przed zmianami rzeczywistość jest stanem optymalnym, łączy się z negatywnym stosunkiem do wszelkich propozycji zarówno oryginalnej działalności reformatorskiej, jak i recepcji. Przykładem tego było cesarstwo chińskie aż do jego upadku, a w dziejach Polski doba sarmatyzmu ze wzorami politycznokulturowymi „złotej wolności szlacheckiej”¹³⁴.

Wymaga zbadania zakres wpływu na recepcję prawa prawników — praktyków. Przesadne wydaje się przypisywanie wyłącznie korporacyjnej organizacji prawników angielskich — *Inns of Court* nie dojścia do skutku recepcji prawa w Anglii, jak to czyni Zajtay¹³⁵. Przyczyny były — jak wspomnieliśmy wyżej — dużo bardziej złożone. Podobnie nie można sprowadzać recepcji prawa rzymskiego w Niemczech do reformy systemu nauczania prawa w uniwersytetach niemieckich, aczkolwiek uniwersytety odegrały — jak była już mowa — poprzez swoje orzeczenia istotną rolę

prawnych, „*Studia Źródłoznawcze*”, t. VIII, 1963, s. 49 - 81 i tenże, *Autour du Décret de Gratien*, „*Appolinaris*”, t. XLI, 1968, s. 43 - 58. O wpływach romanistycznych na najdawniejszy dokument prywatny polski, zob. R. Taubenschlag, *Formularze czynności prywatno-prawnych w Polsce w XII i XIII wieku*, Lwów 1930, s. 67.

O wpływie prawa rzymskiego na Węgrzech w wiekach średnich zob. I. Zajtay, *Sur le rôle du droit romain dans l'évolution du droit hongrois*, w: *Europa e il diritto romano*, t. II, s. 181 - 211; Gy. Bónis, *Einflüsse de römischen Rechts in Ungarn*, „*Ius Romanum Medii Aevi*”, cz. V, 10, Mediolan 1964, s. 9 - 52; tenże, *Der Zusammenhang der Summa Legum mit dem Tripatitum*, „*Studia Slavica Hungarica*”, t. XI, 1965, s. 373 - 409.

¹³⁴ J. Adamus, *Metoda porównawcza w rozwoju prawa polskiego*, „*Teki Historyczne*” (Londyn), t. I, 1947, s. 36. O sarmatyzmie zob. J. Tazbir, *Rzeczpospolita i świat. Studia z dziejów kultury XVII wieku*, Wrocław 1971, s. 8 - 22.

¹³⁵ Zajtay, *La réception* (1957), s. 701 - 702; tenże: *La réception globale des droits étrangers*, w: *VIII Congrès International de Droit Comparé*, Pescara 1970. Contributions françaises, Paryż 1970, s. 32 - 34.

w upowszechnianiu tego prawa. Nie ulega natomiast wątpliwości, że wykształcenie we Francji kadry prawników rumuńskich przyczyniło się do recepcji w latach 1864 - 1866 *Code civil* przez księstwa rumuńskie. Podobnie było z Bułgarią. Szwajcarskie prawo cywilne wprowadziła do Turcji grupa prawników zwanych „lozańczykami”, którzy po studiach w Lozannie objęli katedry i kierownicze stanowiska w administracji młodej republiki tureckiej¹³⁶. Tak więc konkretne rozwiązania w nurcie ogólnej tendencji unowocześnienia prawa drogą recepcji w państwach typu burżuazyjnego mogły być podyktowane znajomością i pozytywną oceną tego czy innego systemu prawa¹³⁷. I do tego rzecz się sprowadza.

O recepcji prawa zwykło się mówić od chwili formalnego wprowadzenia nowego, recypowanego systemu czy instytucji. Tymczasem najważniejszym dla oceny jej skuteczności jest funkcjonowanie recypowanego prawa w nowych warunkach. Odrębności w materialnych warunkach bytu, różnice w tradycjach społecznych i prawnych, nieuchronny wpływ — poprzez praktykę — dawnego prawa, specyficzne cechy mentalności społeczeństwa recypującego powodowały — i powodują — że przeniesiona na nowy grunt instytucja czy system prawa stopniowo oddalały się od macierzystego pierwowzoru.

Odrębna praktyka prawna, jeśli nawet pominąć nowelizacje, prowadziła najczęściej do tego, że z czasem w kraju, który dokonał recepcji powstawała odmiana, różniąca się od pierwowzoru. Wyrazem tego było przyjmowanie przez te odmiany własnych nazw. Można tu przytoczyć przykład powstawania na ziemiach polskich systemów prawa chełmińskiego czy średzkiego, chociaż nawiązują one do magdeburskiego wzorca¹³⁸. Ta tendencja różnicująca ścierała się nieraz z tendencją przeciwną, zmierzającą do utrzymania jedności systemu prawa w kraju recypującym z systemem prawa macierzystego. W polskim średniowieczu znajdowało to wyraz w odwoływaniu się od wyroków sądów miejskich w Polsce do sądu w Magdeburgu, a także w zwracaniu się po pouczenia prawne (ortyle) do sądu miasta macierzystego (*Mutterstadt*). U podstaw tego ostatniego zjawiska obok takich okoliczności jak niemieckie pochodzenie znacznej części patrycjatu niektórych miast polskich, tkwiło też przekonanie o doskonałości prawa wzorcowego. W czasach najnowszych ujawniło się ono w sposób wyraźny w XIX i pierwszej połowie XX w., kiedy starano się o utrzymanie tej jedności przez uwzględnianie judykatury francuskiego Sądu Najwyższego przez sądy polskie wyrokujące na zasadzie *Code civil*¹³⁹.

¹³⁶ Ibidem.

¹³⁷ Schwar z, *La réception*, s. 384.

¹³⁸ Z. Zdrójkowski, *Prawo chełmińskie. Powstanie, rozwój i jego rola dziejowa*, w: *Dzieje Chełmna i jego regionu*, Toruń 1968, s. 483 - 535.

¹³⁹ Przeciw podobnej praktyce protestował we Włoszech Giuseppe Salvioli (*Il metodo storico nello studio del diritto civile italiano*. Il Circolo Giuridico, t. XVI, Palermo 1885, s. 83 - 105). Postulował on szersze nawiązywanie do historii

Mimo wysiłków unifikacyjnych życie jednak okazywało się silniejsze. Dlatego Bartłomiej Groicki mógł zasadnie twierdzić, że prawo miejskie w połowie XVI w. w Polsce, które sam magdeburskim nazywał, nie jest prawem niemieckim, lecz polskim¹⁴⁰. Nie był to zwrot retoryczny ani programowe sformułowanie podyktowane przez doktrynę suwerenności państwowej. Było to wynikiem praktyki, która zasymilowała w ciągu trzech stuleci ten system prawa, zmodyfikowała go w wielu szczegółach i uznała za własny. Groicki dawał tu wyraz ówczesnej świadomości prawnej.

Mimo identyczności norm prawo recypowane mogło spełniać inną funkcję w kraju, który je przejął niż w kraju macierzystym. Decydowały o tym różnice społeczno-ekonomiczne i wynikające stąd zadania, jakie recypowane prawo miało do spełnienia. Przykładem są dzieje Kodeksu Napoleona w Polsce. Gdy we Francji przepisy o własności gruntowej posłużyły utwierdzeniu burżuazyjnej własności chłopskiej, w Polsce wzmościły one pozycję szlachty obszarniczej prowadząc do pogorszenia stanowiska prawnego chłopów w stosunku do dzierzonych przez nich gruntów. Praktyka przyjęła interpretację prawa własności jako wyłącznego prawa posesjonatów. W rezultacie dawne, ustalone w drodze prawa zwyczajowego tzw. dobre prawa do ziemi części chłopów, które zbliżały się do własności użytkowej, zostały przekreślone, a chłopci w masie swej sprowadzeni do pozycji dzierżawców. Ułatwiło to w konsekwencji wyrugowanie wielu chłopów z ich nadziałów, które powiększyły domeny wielkiej własności. Wolność umów posłużyła tu jako podstawa do umowy o pańszczyznę w zamian za użytkowanie nadziału chłopskiego. Do uwłaszczenia chłopów w Królestwie Polskim w 1864 r. *Code civil* posiadał w praktyce Królestwa charakter stanowy, gdyż stosowała go szlachta i mieszczaństwo, gdy ogół chłopów pozostawał poza sferą jego działania¹⁴¹.

Istotne modyfikacje, którym ulegały recypowane systemy czy instytucje prawne, są regułą. Dlatego też nie podzielamy stanowiska Zygmunta Lisowskiego, zdaniem którego recepcja polega na „przejęciu instytucji z obcego systemu prawnego w jej podstawach i konkretnym zastosowaniu”¹⁴². W tym ujęciu recepcja to nie tylko przejście instytucji, ale i jej funkcji. Zmierza to do negacji recepcji tam wszędzie, gdzie — jak w badanej przez Z. Lisowskiego kodyfikacji prawa Prus Królewskich z końca

prawa włoskiego, aby tą drogą osłabić przewagę recypowanych z *Code civil* Napoleona przepisów włoskiej kodyfikacji cywilnej.

¹⁴⁰ B. Groicki, *Porządek sądów i spraw miejskich prawa magdeburskiego w Koronie Polskiej* (1557), Warszawa 1955, s. 24: — — nie miałoby być już zawsze miejskie [prawo] magdeburskie, ale *Ius municipale Polonicum*, to jest miejskie polskie prawo, gdyż je już mieszczaństwo w Królestwie Polskim mają za prawo swoje.

¹⁴¹ Grynwaser, o.c., *Pisma*, t. I, s. 56; K. Sójka-Zielińska, *La réception du Code Napoléon en Pologne*, w: *Rapports polonais présentés au VIII^e Congrès International de Droit Comparé*, Warszawa 1970, s. 216 - 219.

¹⁴² Z. Lisowski, *O prawie rzymskim w Korekturze Pruskiej uwagi krytyczne*, CPH, t. VI, z. 2, 1954, s. 214.

XVI w. — instytucje prawa rzymskiego służyły nowym stosunkom ukształtowanym u zarania czasów nowożytnych.

V

Systematyzacja rodzajów recepcji opiera się na kryteriach formalnych¹⁴³ wskazujących na formy recepcji prawa oraz na kryteriach merytorycznych określających genezę, warunki, wzajemne zależności i funkcje recepcji¹⁴⁴. Mają one charakter schematów modelowych służących uporządkowaniu wyników badań analitycznych, umiejscowieniu ich w szerszym kontekście oraz ukazaniu ich ogólniejszego znaczenia¹⁴⁵. Wzajemnie zachodzące na siebie, znajdują one w konkretnej rzeczywistości nie tyle odpowiedniki, ile zbliżenia.

1. Istotnym podziałem jest odróżnienie recepcji całościowej (*in complexu*) i recepcji niepełnej, czyli częściowej. Od tej ostatniej wyodrębniemy — jak już była mowa — pożyczkę (*Übernahme*).

Recepcja *in complexu* stanowi przejęcie przez państwo obcego systemu prawnego jak ustrój konstytucyjny, prawo cywilne, karne, proces cywilny, karny, itd. w całości¹⁴⁶. Przy recepcji częściowej mamy natomiast do czynienia z przejęciem instytucji lub ich zespołu, które wchodzi w skład innej całości. Recepcja całościowa oznacza więc wprowadzenie w miejsce poprzedniego systemu prawa lub jego części nowego prawa, gdy częściowa wzbogaca tylko o recypowane elementy istniejący system prawa rodzimego. Recepcje *in complexu*, choć zwracały na siebie największą uwagę badaczy, stanowią zaledwie nieliczną grupę w porównaniu z częstotliwością recepcji częściowych. Również w przypadku recepcji całościowej następuje zawsze adaptacja do miejscowych warunków wnosząc zmiany — mniej lub dalej idące — w porównaniu z pierwowzorem. Tak obowiązkowe śluby cywilne wprowadzone w Turcji przez recypowany w 1926 r. szwajcarski kodeks cywilny nie przyjęły się wobec nieformalnego charakteru małżeństwa religijnego w Turcji (wystarczała modlitwa imama). Stąd w praktyce, zwłaszcza wiejskiej, ograniczano się do ślubu rytualnego. W rezultacie prawo zmuszone było od 1933 r. począwszy kon-

¹⁴³ Tak Schwartz, *La réception*, s. 582.

¹⁴⁴ Kryteria formalne i materialne omawiał łącznie S. Kutrzeba, któremu zawdzięczamy też próbę systematyzacji rodzajów recepcji (*Kilka uwag o recepcji*, s. 31 - 36).

¹⁴⁵ Ch. Perelman, *Les catégories en histoire*, Bruksela 1969, s. 146 podkreśla, że „nous ne pouvons nous passer de catégories dans l'histoire, à la fois pour organiser les faits que nous connaissons, et pour compléter nos connaissances dans une direction que nos catégories nous présentent comme significative et importante; nous en avons besoin également pour exposer nos résultats de façon à montrer leur importance dans une perspective plus générale”.

¹⁴⁶ I. Zajta, *La réception globale* (1970), s. 31 n.

walidować małżeństwa rytualne, by zapewnić status dzieci ślubnych dzieciom z tych małżeństw zrodzonych oraz uzgodnić stan faktyczny z prawnym. Następnie pod wpływem nacisku warunków lokalnych turecki ustawodawca widział się zmuszony (w 1938 r.) obniżyć wiek nupturientów w porównaniu z recypowanym kodeksem¹⁴⁷. W Algierii natomiast francuskiej władzy kolonialnej udało się wprowadzenie pisemnej formy małżeństwa, ale przy jednoczesnym zachowaniu poligamii, która w Turcji została zniesiona¹⁴⁸.

Szwajcarski kodeks cywilny przewiduje, że w razie luki w prawie sąd orzeknie *selon les règles, qu'il établirait s'il avait à faire l'acte de législateur*. W tym celu powinien sąd *s'inspirer des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence* (art. 1). Nie ulega wątpliwości, że inspiracja sędziego była — i jest — inna w Turcji niż w Szwajcarii¹⁴⁹. Praktyka nie zna więc recepcji „czystej” w postaci mechanicznej transplantacji systemu prawa na inny grunt¹⁵⁰. Potwierdza to wypowiedziany już wyżej pogląd o plastyczności zjawiska recepcji, również w prawie.

2. Można odróżnić recepcję *sensu stricto*, gdy prawo recypowane wchodzi na miejsce dotychczasowego prawa rodzimego zwyczajowego lub stanowionego, którego moc obowiązująca zostaje uchylona, i recepcję *sensu largo*, gdy prawo przyjmowane z zewnątrz współżyje — w różnych formach — z prawem obowiązującym. Charakter recepcji *sensu stricto* miały recepcje *Code civil* czy cywilnego kodeksu szwajcarskiego przez Turcję. O wiele częstsze są recepcje *sensu largo*. Możemy tu odróżnić różne możliwości, jak: a) gdy prawo recypowane wchodzi niejako bocznymi drzwiami jako prawo subsydiarne (recepcja prawa rzymskiego w Niemczech), b) gdy prawo przyjmowane wchodzi w przebraniu, jak to miało — i ma — miejsce w przypadku recepcji pośredniej (patrz dalej).

W przypadku zapożyczeń prawo obce przybywa nierzadko również incognito. Ma to miejsce, gdy ustawodawca zapożycza rozwiązania lub wzory w prawach obcych, adaptując je do potrzeb tworzonego prawa lub sędzia stosuje w praktyce zasady prawa, których się nauczył w czasie studiów. Cechą takich zapożyczeń, wpływów czy infiltracji jest, że nie wymienia się źródła, z którego pochodzi wzór instytucji czy normy, a dopiero badanie naukowe stara się je ustalić. Liczba tego rodzaju zjawisk jest olbrzymia, a nauka ma nieraz duże trudności z ustalaniem ojcostwa. Wielu prawników — jak już była mowa — uważa, że nazwa recepcji powinna być stosowana tylko do recepcji *sensu stricto*, używając do recepcji

¹⁴⁷ Ibidem, s. 37 - 38.

¹⁴⁸ Ch. Cardachi, *Les infiltrations occidentales dans le domaine réservé: Le statut personnel musulman*, w: *Recueil Lambert*, t. II, s. 616.

¹⁴⁹ Schwar z, *La réception*, s. 588.

¹⁵⁰ Ibidem, s. 31 - 32, 39. Obszernie o tym A. Schnitzer, *Ist massive Rezeption fremden Rechts geschichtsfertig?* w: *Problèmes contemporains du Droit comparé*, Tokio 1962, s. 115 - 154.

sensu largo innych terminów jak upowszechnienie, ekspansja, asymilacja czy penetracja. Problem jest dyskusyjny i długo nim pozostanie.

Wyłączając zapożyczenia, infiltrację czy wpływy, zwłaszcza gdy te ostatnie nie osiągnęły większego zakresu oddziaływania, opowiadalibyśmy się za bardziej otwartym określeniem recepcji. Dlatego też uważamy za możliwe, zgodnie z dotychczasową praktyką w piśmiennictwie, alternatywne stosowanie obok recepcji terminów takich w szczególności jak ekspansja, upowszechnienie czy penetracja. Twórczy, selektywny i zarazem modyfikacyjny charakter recepcji przemawiałby także za nie tworzeniem nazbyt sztywnych ram, które nie odpowiadają żywej i zmiennej rzeczywistości. W ostatniej instancji badana materia sama określa często jakie terminy najbardziej adekwatne dla jej określenia zostaną użyte przez badacza.

3. Istotne znaczenie ma podział recepcji na przymusową i dobrowolną. Recepcja przymusowa występowała wówczas, gdy w wyniku najczęściej militarno-politycznego zwycięstwa, państwo zwycięskie narzucało swój system prawa innym, mniej lub bardziej uzależnionym państwom. Taki w istocie przymusowy charakter miała recepcja systemu prawa francuskiego w szeregu krajów Europy w dobie Napoleona. Należały do nich — jak wiemy — Włochy, Niemcy, Belgia a także Księstwo Warszawskie. Konstytucja Księstwa została oktrojowana przez Napoleona, nawet uwzględniając skromny udział przedstawicieli społeczeństwa polskiego przy jej formułowaniu. Podobnie narzucono — mimo opozycji — *Code civil*. Górne warstwy społeczeństwa polskiego — jak była już mowa — rychło przekonały się do Kodeksu i broniły go, gdy alternatywę stanowiło wprowadzenie w Królestwie Polskim systemu prawa rosyjskiego¹⁵². Mamy więc tu — a podobnie w innych krajach — najpierw recepcję narzuconą, potem zaś dobrowolnie zaakceptowaną. Jeszcze jeden to przykład złożoności zjawisk, których systematyzację podjęliśmy.

Trudno zgodzić się natomiast — mimo istnienia poglądów przeciwnych — na uznanie za recepcję przymusową rozciągnięcia prawa zaborcy na terytorium inkorporowane, jak to miało miejsce m.in. po rozbiorach Polski u schyłku XVIII w., ani też wprowadzenie prawa mocarstwa kolonialnego do swej kolonii. W tych obu rodzajach wypadków miało miejsce wprowadzenie przez państwo własnego prawa na nowo pozyskane części terytorium, gdzie dotąd nie obowiązywało. Odbywało się to wyłącznie z woli państwa zaborczego. Nie było tu — naszym zdaniem — recepcji w ogóle, bo nie było podmiotu w postaci państwa recypienta, niezbędnego dla zaistnienia zjawiska recepcji, również gdy działało ono pod przymusem.

Inaczej przedstawiała się sprawa w starożytności. Ukształtowanie się tzw. ludowego prawa rzymskiego (*Roman vulgar law*) nie było — jak

¹⁵¹ Grynwaser, o.c., s. 81 n.

¹⁵² Ibidem, s. 85 - 161.

wiemy — narzucone przez Rzym. Tu konsekwencją podboju była recepcja dobrowolna. O jej złożonym charakterze była już mowa.

W przeciwieństwie do recepcji przymusowej recepcja dobrowolna zakłada brak przymusu, bezpośredniego lub pośredniego, w stosunku do recypienta. Recepcja dobrowolna jest rezultatem wyboru. Kraj recypujący prawo występuje tu w roli aktywnej, dokonując — mniej lub bardziej świadomie — wyboru takich wzorów, które najbardziej odpowiadają jego potrzebom.

4. Recepcja dobrowolna bywała — i bywa — najczęściej recepcją selektywną. Już w odległej przeszłości dokonywały jej sądy poprzez swoją jurysdykcję. Często była adaptacja obcych wzorów z wprowadzeniem zmian odpowiednio do miejscowych potrzeb. Zdarzało się, że w tym samym czasie warstwy panujące akceptowały odpowiadającą im zasadę prawa rzymskiego, a odrzucały inną z uzasadnieniem, że nie chcą zmieniać rodzimego prawa. Tak za panowania Henryka III Plantageneta angielscy baronowie i hrabiowie na zjeździe w 1335 r. odrzucili jednomyślnie zasadę prawa rzymsko-kanonicznego o legitymacji *per subsequens matrimonium* dzieci zrodzonych poza małżeństwem, a to dlatego *quod nolunt leges Angliae mutare*¹⁵³, a podnieśli do rangi zasady ustrojowej rzymską maksymę: *quod omnis similiter tangit ab omnibus comprobetur*¹⁵⁴. W czasach nowożytnych — przypomnijmy — zmiany dokonane przy wprowadzaniu w 1809 r. Kodeksu Napoleona w W. Ks. Badeńskim, a także nowelizacje w zakresie prawa osobowego i hipoteki w latach 1818-1830 przez sejm autonomicznego wówczas Królestwa Polskiego. W miejsce odrzuconych instytucji ustawodawca wprowadzał bądź żywotne elementy dawnego rodzimego prawa, bądź tworzył nowe, oryginalne rozwiązania.

Charakter selektywny miała również działalność prawotwórcza krajów demokracji ludowej, gdy korzystały one ze wzorów Związku Radzieckiego. W miarę gromadzenia własnych doświadczeń i rozwiązań oryginalnych powstawał w drodze syntezy czynników rodzimych i recypowanych w każdym z państw tej grupy własny system prawa typu socjalistycznego.

5. Recepcja mogła dokonywać się w drodze praktyki w sposób mniej lub bardziej spontaniczny lub też dochodzić do skutku w rezultacie zamierzonego i celowego aktu zwierzchniej władzy państwowej. W zależności od tego rozróżniamy recepcję zwyczajową i stanowioną. Ta pierwsza, typowa dla starożytności i epoki feudalnej, dokonywała się w drodze praktyki przez sądy, akty prywatnoprawne, a również w społeczeństwach na wyższym poziomie i przez doktrynę. Schwarzwald uzasadnia pogląd, że łatwiej dokonywały się recepcje zwyczajowe niż stanowione. W tym

¹⁵³ Ob. A. Esmein, *Le système juridique de l'Angleterre*, t. I, s. 290; P. Vinogradoff, *Diritto romano*, s. 74 n.

¹⁵⁴ E. Hall, *King Henry III and english reception of the roman law maxim "Quod omnes tangit"*, „*Studia Gratiana*”, t. XV, Rzym 1972, s. 125-145.

ostatnim przypadku mieliśmy bowiem do czynienia z aktem jednorazowym zmieniającym radykalnie dotychczasowy stan prawny, gdy infiltracja w drodze praktyki sądowej następowała stopniowo, nieraz niemal niedostrzegalnie. W odróżnieniu od recepcji ustawodawczej Schwarzwitz określa to jako asymilację. Umożliwiało to łatwiejsze dostosowanie przejmowanego prawa do warunków lokalnych¹⁵⁵. Jako asymilację określa też Schwarzwitz recepcję prawa rzymskiego w Niemczech i w Niderlandach, gdzie — jak wiemy — było ono stosowane jako posiłkowe, gdy M. Sczaniecki woli określać to jako ekspansję prawa rzymskiego, podkreślając przez to, że nie mamy tu do czynienia „z pełną recepcją prawa rzymskiego”¹⁵⁶.

Na rolę orzecznictwa w recepcji prawa wskazuje przykład prowincji Quebec w Kanadzie i stanu Luizjana w USA. W obu obowiązuje — jak już była mowa — prawo cywilne oparte na *Code civil*, jednocześnie oba terytoria podlegają sądom najwyższym w Ottawie i Waszyngtonie. Ponieważ jednak najwyższy sąd kanadyjski dla spraw z prowincji Quebec stosuje praktykę inspirowaną przez doktrynę oraz jurysdykcję francuską, kompetentny badacz stwierdza brak wpływów *Common Law* na prawo cywilne prowincji Quebec¹⁵⁷. Inaczej w Luizjanie. Tu jurysdykcja zarówno stanowa, jak i federalna stosują zasady wypływające z *Common Law*. W rezultacie „stan Luizjana stał się obszarem jurysdykcyjnym *Common Law*”, a *Code civil* odgrywa w nim taką rolę jak i inne kodeksy stanowe¹⁵⁸.

Recepcja prawa stanowionego jest aktem prawodawczym zwierzchniej władzy państwowej. Jest to forma typowa dla nowożytnych i współczesnych stosunków ustrojowych. Pośrednimi formami były znane zwłaszcza w średniowieczu recepcje prawa przez miasta, korporacje itp. dokonywane na podstawie przywileju monarchy lub sankcjonowane przezeń. Zawsze więc recepcja była wynikiem aktu organów państwowych, bo sądownictwo przez swoją jurysdykcję również sankcjonowało akty prywatnoprawne i nadawało moc obowiązującą uznanej interpretacji doktrynalnej.

6. Przy zastosowaniu kryteriów merytorycznych można odróżnić recepcję dojrzałą od niedojrzałej. Ta pierwsza miała — i ma — miejsce wtedy, kiedy stosunki ekonomiczne i społeczne dojrzały do przyjęcia recypowanego systemu prawnego lub instytucji prawnej. Tego rodzaju recepcją była recepcja prawa rzymskiego z głosem włoską w Niemczech i Holandii u zarania doby nowożytnej, kiedy rozwój gospodarki towaro-

¹⁵⁵ Schwarzwitz, *La réception*, s. 584 - 586.

¹⁵⁶ M. Sczaniecki, o.c., s. 323 n.

¹⁵⁷ P. B. Mignault, *Les rapports entre le droit civil et la «common law» au Canada, spécialement dans la province de Quebec*; w: *Recueil Lambert*, t. II, s. 88 - 93.

¹⁵⁸ C. Ireland, *La Louisiane, Vue nouvelle de son système de droit*, ibidem, s. 94 - 102.

wo-pięiężnej i miast oraz towarzyszące im zmiany w układzie stosunków społecznych wymagały, w miejsce dawnych feudalnych, instytucji prawnych dostosowanych do nowych warunków.

Recepcja dojrzała ma współcześnie miejsce w przypadkach, kiedy państwa zachodnie przyjmują — pod naciskiem własnych społeczeństw lub tytułem prewencji — szereg rozwiązań stanowiących dorobek państw socjalistycznych. Należą tu: akceptacja interwencjonizmu państwowego w życie gospodarcze, znajdująca wyraz w rozwoju prawa gospodarczego, popieranie polityki socjalnej przez rozbudowę ubezpieczeń społecznych, system podatkowy oparty na progresji, akty prawne dotyczące nacjonalizacji kolei, linii lotniczych itp., niekiedy niektórych podstawowych gałęzi przemysłu i górnictwa, rozwój państwowych zasad planowania. Jest to także przykład recepcji częściowej przy jednoczesnym odrzuceniu całości socjalistycznego modelu ¹⁵⁹.

Przeciwieństwem recepcji dojrzałej jest recepcja niedojrzała, zwana też czasem antycypacyjną. Mówi się o niej wtedy, gdy recypowane prawo stanowi system bardziej zaawansowany, wyprzedzający stosunki, które miało — czy ma — normować. Jeśli trend zmierza w tym samym kierunku, recypowane prawo odgrywało — czy odgrywa — rolę stymulatora przyspieszającego dalsze przemiany. Taka była m.in. rola *Code civil* w Księstwie Warszawskim, a to mimo znanych ograniczeń wynikających z całokształtu dominujących nadal instytucji i form feudalnych ¹⁶⁰.

7. W pewnych przypadkach recepcja niedojrzała może przybrać charakter recepcji pozornej (w przeciwieństwie do recepcji realnej). Z recepcją pozorną będziemy mieli do czynienia wówczas, gdy przejmując jakąś instytucję jednocześnie utrzyma się dawną praktykę, która neutralizuje funkcjonowanie tej instytucji. I tak, wprowadzając kodeks Napoleona do Księstwa Warszawskiego w 1808 r. wprowadzono również zawarte w nim przepisy o obligatoryjnych ślubach cywilnych. Prowadzenie akt stanu cywilnego przekazano jednak księżom proboszczom (z wyjątkiem Warszawy), ustanawiając zarazem, że nie mogą być oni zmuszani udzielać ślubów wbrew przepisom prawa kanonicznego. W rezultacie praktycznie utrzymały się obligatoryjne śluby kościelne, aż w 1825 r. przywróciło je prawo ¹⁶¹.

Recepcja ma stale charakter dynamiczny, o różnym zresztą stopniu natężenia. Stąd uważamy za iluzoryczne spotykane czasem rozróżnienie

¹⁵⁹ S. Zawadzki, „Państwo dobrobytu”. *Doktryna i praktyka*, wyd. 2, Warszawa 1970, określa „państwo dobrobytu” (welfare state) jako „w pewnym sensie uboczny produkt marksizmu i opartej na jego założeniach rewolucyjnej walki o socjalizm”. Autor zwraca uwagę, że »welfare state« musi uwzględniać szereg postulatów odpowiadających interesom ludności pracującej (s. 474 - 475).

¹⁶⁰ B. Leśnodorski, *Elementy feudalne i burżuazyjne w ustroju i prawie Księstwa Warszawskiego*, CPH, t. III, 1951, s. 318 - 329; W. Sobociński, *Historia ustroju i prawa Księstwa Warszawskiego*, Toruń 1964, s. 199 i n., s. 297.

¹⁶¹ W. Sobociński, o.c., s. 208.

na recepcję dynamiczną i statyczną. Istnienia tej ostatniej nigdzie nie zdołaliśmy stwierdzić.

8. Recepcja może być recepcją bezpośrednią lub pośrednią. Pierwsza polega na przyjęciu systemu prawa bezpośrednio od państwa gdzie dany system powstał, jak recepcja Kodeksu Napoleona w krajach należących do systemu Grand Empire. Recepcja pośrednia miała miejsce w europejskim średniowieczu, kiedy to szereg instytucji prawa rzymskiego upowszechniło się za pośrednictwem prawa kanonicznego. Recepcję pośrednią trudno często odróżnić od infiltracji czy wpływów. W praktyce te ostatnie miały przewagę. W dawnej Polsce wehikułem norm i pojęć romanistycznych było w obrębie prawa miejskiego prawo magdeburskie, zaś w XVII - XVIII stuleciach Statut III litewski, nasycony wieloma pierwiastkami romanistycznymi, a stosowany jako prawo posiłkowe w prawie ziemskim Królestwa Polskiego¹⁶². Podobnie poprzez wpływy *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) na prawo Japonii odbywała się tam infiltracja zasad prawa rzymskiego, obecnych w kodeksie cywilnym niemieckim. Badanie oddziaływań pośrednich wiąże się z zagadnieniem filiacji, więc dróg jakimi dana systematyka, pojęcia, normy, wreszcie instytucje prawne przedostawały się za pośrednictwem systemów — transmisji z prawa macierzystego do innych, nieraz odległych systemów prawnych. Ten kierunek badań zastosowany w odniesieniu do odległej przeszłości może być mylący wówczas, gdy — jak była mowa — zakłada się z góry, że analogiczne normy spotykane w dwóch odległych od siebie, w czasie i przestrzeni, systemach prawnych, musi łączyć więź genetyczna. Konstruowane wówczas filiacje prowadziły czasem do wniosków niedostatecznie uprawdopodobnionych.

9. Ze względu na materię można odróżnić recepcję wzorów ustroju politycznego, to jest dla czasów nowożytnych i najnowszych prawa państwowego (konstytucyjnego) i recepcję prawa sądowego, które można z kolei dzielić według poszczególnych jego gałęzi. Jak dotąd, uczeni koncentrowali główną uwagę na badaniu recepcji prawa sądowego, przede wszystkim prywatnego (cywilnego), gdy drogi i formy recepcji konstytucjonalizmu są stosunkowo mniej zbadane od strony prawnej. Bardzo interesujące byłoby też zbadanie wzajemnych relacji między przejmowanym modelem ustroju państwowego a penetracją prawa sądowego.

10. Obok recepcji, którą można określić jako normatywną, gdyż przedmiotem jej były systemy i instytucje prawne, mówi się również o recepcji terminologicznej, którą zaliczymy do recepcji formalnych. Zachodzi ona wówczas, gdy w miejsce systemu i instytucji przyjmuje się przede wszystkim formuły lub terminologię prawną. Gdy będą to zjawiska stosunkowo rzadkie mówi się o pożyczkach czy wpływach, ale przy znacznej ich częstotliwości przyjmuje się, że mamy do czynienia z recepcją terminologiczną.

¹⁶² J. Makarewicz, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Lwów—Warszawa 1919, s. 16 i n.

na. Jej terenem była średniowieczna Europa Zachodnia i Środkowa, gdzie wprowadzenie łaciny jako języka literackiego i kancelaryjnego spowodowało, głównie drogą rozpowszechnienia formularzy, że wiele stanów i zjawisk rodzimych zaczęto określać w aktach terminami łacińskimi. Ponieważ jednak stosunki średniowieczne nie odpowiadały najczęściej pojęciom ukształtowanym nawet w poklasycznym prawie rzymskim, terminy łacińskie określały stany różne od tych, które oznaczały one w kodeksach Teodozjusza czy Justyniana. Nierzadko też jednym „uczonym” terminem pokrywano, jak czapką, szereg różniących się od siebie stanów prawnych. Jak wiadomo w średniowieczu *servus* oznaczał nie tylko — jak w starożytności — niewolnika, ale również i stany cięższej zależności feudalnej. Odmienne niż w Rzymie *ascripticius* średniowieczny stanowił termin na określenie różnych form zależności feudalnej.

Analizując słownictwo staroangielskie i skandynawskie w zakresie zróżnicowania społecznego Aron J. Gurewicz stwierdza, że w „źródłach skandynawskich autoportret społeczeństwa ma bez porównania większą wiarygodność niż w źródłach kontynentalnych spisanych po łacinie”, będących „silnie przełamującym i zniekształcającym rzeczywistość pryzmatem”¹⁶³. Te zniekształcenia miały jednak określoną, feudalistyczną tendencję. Tak przekład z języka staroangielskiego na łacinę bywał nierzadko wykorzystywany jako środek przekształcania rzeczywistości¹⁶⁴. W rezultacie obok łacińskiej nomenklatury oficjalnej klas panujących utrzymywała się w życiu i świadomości ludowej terminologia rodzima. Ten średniowieczny i hierarchiczny bilingwizm „wyrażał również dwa sposoby modelowania rzeczywistości społecznej”¹⁶⁵. Rozwinął tu Gurewicz tezę M. Blocha, że język *libri censuales* i kapitularzy karolińskich stanowił jednocześnie pewną interpretację rzeczywistości, a terminy „pochodzące od uczonych i prawników były same w sobie konkretnymi siłami działającymi”¹⁶⁶.

Przejęcie terminologii pociągało za sobą skutki prawnomaterialne. Dlatego nie wydaje się ściśle twierdzenie S. Kutrzeby, że recepcja terminologiczna (Autor ten określa ją jako werbalną) nie jest w ogóle żadną recepcją¹⁶⁷. Wspólny termin wpływał z czasem na ujednolicenie zjawisk nim objętych, jeśli odpowiadało to trendowi ogólnemu. Przejmowanie terminologii stawało się w ten sposób jednym z czynników zmian społecz-

¹⁶³ A. J. Gurewicz, *Język źródła historycznego i rzeczywistość społeczna. Średniowieczny bilingwizm*, „Studia Źródłoznawcze”, t. XVIII, 1973, s. 7.

¹⁶⁴ Ibidem, s. 4 - 5.

¹⁶⁵ Ibidem, s. 12.

¹⁶⁶ M. Bloch, *Pochwała historii, czyli o zawodzie historyka*, Warszawa, 1962, s. 193.

¹⁶⁷ S. Kutrzeba, *Kilka uwag*, s. 35. Autor niesłusznie jednak ujmuje jako recepcję werbalną romanizację dokonaną w II Statucie litewskim z 1566 r. Istnienie poważnych merytorycznych zmian wykazał tu m.in. R. Taubenschlag, *Wpływy rzymsko-bizantyńskie w drugim Statucie litewskim*, Lwów 1933 (tekst włoski — 1937).

nej rzeczywistości. W szczególności w miarę upowszechniania się nauki prawa rzymskiego w szeregu wypadków wystąpiła tendencja, aby instytucje określone terminami łacińskimi zbliżyć — o ile możliwości — do ich wzoru. Na początku więc było przejście terminu, a w ślad za tym mogła następować i asymilacja instytucji rodzimej do wzorca znanego z „uczonego prawa”. Tego rodzaju proces można by określić jako recepcję sukcesywną. Czasem jednak przejście obcej terminologii, zwłaszcza jeśli rozwój historyczny poszedł inną drogą, nie miało innych skutków poza tymi, na które zwracał uwagę H. G. Gutteridge, że „terminy prawne angielskie, które wywodzą się z francuskiego [...] lub ściślej, które wywodzą się ze źródeł angloromańskich, są właśnie tymi, które prawnik kontynentalny może zrozumieć tylko z największą trudnością” (tłum. J. B.)¹⁶⁸.

Stąd przy badaniu recepcji jednym z zasadniczych zabiegów powinna być analiza ustalająca czy rzecz ograniczyła się do przejścia terminologii czy miała też skutki merytoryczne i w jakich one przejawiały się formach. Najczęstszą formą łączności elementów formalnych z merytorycznymi bywa też przejmowanie łącznie z terminologią pojęć prawnych, nieraz całej ich siatki. Zdaniem Konstantego Grzybowskiego recepcja konstytucyjnej siatki pojęć jest w prawie państwowym, „zwłaszcza od rewolucji burżuazyjnych końca XVIII wieku, zjawiskiem najczęstszym”.

Recepcja siatki pojęć odbywa się nie tylko — jak już była mowa — między krajami należącymi do jednego typu, ale również między państwami o odmiennych ustrojach społeczno-politycznych. Andrzej Burda zwraca uwagę, że „konstytucjonalizm socjalistyczny — służąc nowym ideom społecznym — przejmując i odpowiednio modyfikując szereg form wypracowanych przez konstytucjonalizm burżuazyjny. Zewnętrznym wyrazem jest choćby język obu konstytucjonalizmów (konstytucja, przedstawicielstwo, demokracja, interpelacja, rząd, prawa obywatelskie itp.)”¹⁶⁹.

Te pojęcia prawne przejęte przez społeczeństwo żyjące w odmiennych warunkach nabierają innego znaczenia, kiedy operuje się nimi w innych stosunkach bytowych. K. Mannheim zwracał uwagę, że zmiana funkcji społecznej jest jednocześnie zmianą wewnętrznego znaczenia pojęcia¹⁷⁰. Mannheimowi chodziło w tym przypadku o adaptację dawnych pojęć prawnych i odpowiadających im terminów przez nowe klasy społeczne w ramach jednego kraju. Wszakże spostrzeżenie to ma zastosowanie również, jeśli recypowane prawo natrafia na odmienne warunki gospodarcze i społeczne w kraju, który dokonuje recepcji.

¹⁶⁸ H. C. Gutteridge, *Le droit comparé. Introduction à la méthode comparative dans le recherche juridique et l'étude du droit* (oryginał angielski 1946), Paryż 1953, s. 161.

¹⁶⁹ A. Burda, *Zagadnienia treści i stosowanie konstytucji PRL*, „Studia Prawnicze”, z. 13, 1966 (1967), s. 5.

¹⁷⁰ K. Mannheim, *Essays on the Sociology of Knowledge*, Londyn 1959, s. 188 n.

11. Recepcja siatki pojęć łączy się z recepcją modeli. O takiej recepcji można mówić wtedy, kiedy mamy do czynienia z przejęciem wzoru nie tylko — albo też i nie tyle — w postaci wyrażonej w normach, ale także w bogatszej zazwyczaj praktyce. Tak było w Polsce, kiedy po odzyskaniu niepodległości nadała ona sobie w marcu 1921 r. konstytucję, realizującą model republiki parlamentarnej, wzorowaną w znacznej mierze na III Republice Francuskiej¹⁷¹. Konstytucja marcowa była recepcją nie ustaw konstytucyjnych francuskich z 1875 r., ale modelu francuskiej praktyki parlamentarnej, który uległ kodyfikacji w konstytucji polskiej w 1921 r.¹⁷² Model ten został częściowo zmodyfikowany przez rozwiązania oryginalne oraz pożyczki zaczerpnięte z konstytucjonalizmu austriackiego. To ostatnie tłumaczy się tym, że wielu doświadczonych polskich parlamentarzystów tego czasu przeszło szkołę parlamentu wiedeńskiego.

Sprawą sporną jest czy badacz recepcji prawa powinien objąć badaniami również sferę recepcji doktryn politycznych i prawnych. Nie należą one do sfery normatywnej, więc pozostają poza dziedziną recepcji prawa. Z drugiej jednak strony poznanie dróg infiltracji, asymilacji, wreszcie recepcji doktryn jest bardzo istotne, gdyż — jak już była mowa — powinowactwo ideologiczne idące zwykle w parze ze związkami natury politycznej i gospodarczej stanowiło istotny czynnik skłaniający do recepcji prawa i nieraz ją wyprzedzało. Często współistniały ze sobą w czasie i konkurowały dwie zasady sprzeczne. Tak, w dobie feudalizmu istniała z jednej strony zasada doktrynalna, że *princeps legibus solutus est*, ale obok niej przeciwna, według której monarcha był *legibus alligatus*, co na przykładzie Polski XIII - XIV w. przedstawił J. Baszkiewicz¹⁷³. Istot-

¹⁷¹ K. Grzybowski, *Recepcja zasad konstytucjonalizmu europejskiego w konstytucjach polskich międzywojennego dwudziestolecia*, s. 1-6, (materiał powielony); A. Ajnenkiel, *Spór o model parlamentaryzmu polskiego do roku 1926*, Warszawa 1972, s. 8, 245 n; M. Pietrzak, *Rządy parlamentarne w Polsce w latach 1919 - 1926*, Warszawa 1969, s. 72 n.

¹⁷² W. Skrzydło, *Problem recepcji zasad ustrojowych na przykładzie Francji i Polski międzywojennej*, w: *Polska w Europie, Studia historyczne* pod red. H. Zin-sa, Lublin 1968, s. 275 - 281.

Budzi natomiast wątpliwość możliwość wpływu konstytucji kwietniowej 1935 r. na konstytucję V Republiki (s. 281 - 285). Nie znajduje ona — jak stwierdza Autor — podstawy źródłowej. Wskazane analogie wynikają z wyrażonej w obu konstytucjach tendencji ograniczenia uprawnień parlamentu na rzecz jednoosobowej władzy prezydenta. Bardziej istotne są jednak różnice, bo konstytucja V Republiki utrzymała model reprezentacji parlamentarnej stronnictw politycznych i zagwarantowała ich wpływ na życie państwa (art. 4 Konstytucji) wraz z zapewnieniem demokratycznych zasad wyboru prezydenta Republiki w głosowaniu powszechnym, gdy konstytucja 1935 r. była skierowana ostrzeżem przeciw systemowi partii i wprowadzała nieograniczoną niemal władzę prezydenta RP, łącznie z prawem desygnacji kandydata na następcę.

¹⁷³ J. Baszkiewicz, *Prawo rzymskie i prawo kanoniczne*, s. 74 i n., i tegoż, *Państwo suwerenne w feudalnej doktrynie politycznej do początków XIV w.*, Warszawa 1964 s. 397, gdzie wskazanie, że rozpowszechnienie się podstawowych składników doktryny suwerenności w postaci *non recognoscere superiorem* oraz *rex est*

ne znaczenie dla późnośredniowiecznej Europy posiadała polityczno-prawna koncepcja państwa ujmowanego w odróżnieniu od osoby monarchy jako *Corona Regni*. Stanowiła ona ciąg dalszy, logiczne uzupełnienie zasady suwerenności państwowej. Jej recepcję w Polsce XIV w. K. Grzybowski widział przede wszystkim jako wynik oddziaływania zachodnioeuropejskiej doktryny politycznej¹⁷⁴.

Doniosłą rolę odgrywała doktryna w przypadku recepcji obcego systemu prawnego zwłaszcza pochodzącego z innej epoki. Potrzeby jego dostosowania do nowych warunków — J. Gaudemet podaje jako przykład prawa Justyniana oraz prawo kanoniczne — powodowały rozwój doktryny oraz nauczania prawa¹⁷⁵.

Czasem doktryna nie odpowiadała praktyce recepcji. Dysharmonia ta mogła jednak zostać przewyższona przez przyjęcie rozwiązań kompromisowych. Tak w dobie Oświecenia bazą doktrynalną była filozofia prawa natury pozostająca w opozycji do prawa rzymskiego i systemów podległych jego wpływom. Jednak — jak wykazuje K. Sójka-Zielińska — brak w bieżącej działalności kodyfikacyjnej w dobie formujących się stosunków burżuazyjnych innego systemu prawnego, mogącego posłużyć za wzorzec czy punkt odniesienia spowodował, że „tworzywem kodeksów cywilnych tej epoki było najczęściej prawo rzymskie, którego poszczególne rozwiązania poddawane były ocenie z punktu widzenia ich zgodności z rozumem i prawami naturalnymi”¹⁷⁶. Sama doktryna jednak, choć wpływała — i wpływa — nieraz przemożnie na formę państwa i przemiany prawa, jest — podkreślmy to raz jeszcze — zjawiskiem metaprawnym. Wymaga też osobnego badania.

VI

Recepcja w prawie to jeden z wielu rodzajów przejmowania wzorów obcych, istotnego czynnika w dziejach cywilizacyjnych ludzkości. Stanowi ona formę twórczego wykorzystywania w przemianach prawa i państwa każdego kraju dorobku innych krajów. Sam też termin kładzie akcent na działalność pozytywną recypienta¹⁷⁷. Należy się wszakże zastrzec przed

imperator in regno suo szło tak daleko, że można je określić jako *loci communes* ówczesnej teorii politycznej.

¹⁷⁴ *Corona Regni, Studien über die Krone als Symbol des Staates im späteren Mittelalter*, wyd. M. Heltmann, Weimer 1961, gdzie m. in. J. Dąbrowskiego o *Koronie Królestwa Polskiego* (wyd. polskie 1956). Por. w tej materii uwagi K. Grzybowskiego, *Corona Regni a Corona Regni Poloniae*, CPH, t. IX, z. 2, 1957, s. 299 - 331.

¹⁷⁵ J. Gaudemet, *L'autorité de loi et de la coutume dans l'Antiquité*, w: *Rapports généraux au VIe Congrès international du Droit Comparé — Hamburg 1962*, Bruksela 1964, s. 36.

¹⁷⁶ K. Sójka-Zielińska, *Rola prawa rzymskiego w pracach kodyfikacyjnych wieku Oświecenia*, CPH, t. XXVII, z. 1, 1965, s. 109 - 122.

¹⁷⁷ Por. uwagi T. Ionaşco i V. Al. Georgesco, *La réception*, s. 1218 n.

idealizacją recepcji, która może zawierać różne treści — postępowe i wsteczne. Najbliższym historycznie przykładem tych ostatnich może być przejmowanie przez szereg państw międzywojennej Europy — częściowo i w różnym stopniu — założeń i wzorów ustrojowych włoskiego faszyzmu, a potem i hitleryzmu¹⁷⁸. Recepcja ta objęła również tzw. ustawodawstwo rasowe. Dotyczyło to zwłaszcza państw satelitarnych Europy Środkowej (Rumunia, Węgry) w dobie drugiej wojny światowej, ale też i Włoch w tym czasie oraz Francji za rządów Vichy. Dla okresu po wybuchu wojny można przyjąć, że była to recepcja przymusowa, bo dokonywana pod presją III Rzeszy.

Częściej jednak spotykamy się z recepcją prawa w okresach rozwoju, kiedy była ona — i pozostaje nadal — istotną formą korzystania z dorobku światowej kultury prawniczej. Twórcza akceptacja systemów, instytucji, siatki pojęć, modeli stwarzała nieraz — a zapewne będzie stwarzała też w przyszłości — nowe wartości o nieprzemijającym znaczeniu.

Należy jednak przestrzec przed automatycznym tłumaczeniem przez recepcję, zapożyczenia czy wpływy podobieństw i analogii wynikających z równoległego rozwoju i ukształtowanych przezeń typowych instytucji, norm itp.¹⁷⁹ Stąd o recepcji i innych formach oddziaływania praw obcych mówić należy tylko wtedy, gdy istnienie ich jest zgodnie z zasadami heurystyki historycznej dowiedzione¹⁸⁰.

Znaczenie recepcji zmienia się w toku dziejów. W niektórych okresach odgrywała ona — tak jak i dziś — istotną rolę. Dlatego nie sposób — jak proponują niektórzy — określać ją jako czynnik drugorzędny w dziejach prawa. Nie jest ona jednak też zjawiskiem autonomicznym, skutkiem zastosowania „prawa imitacji” i nie widać by miała — jak to od czasów Raymonda Saleilles’a¹⁸¹ postuluje wielu zachodnich prawników—

¹⁷⁸ *Die Krise des Parlamentarismus in Ostmitteleuropa zwischen den beiden Weltkriegen*, pod red. H. E. Volkmanna, Marburg 1967; *Dyktatury w Europie środkowo-wschodniej 1918-1939* pod red. J. Żarnowskiego, Wrocław 1973, s. 233; A. J. Kamiński, *Faszyzm*, Warszawa 1971. Ten ostatni autor rozróżnia „naśladownictwa zupełne i naśladownictwa częściowe” (s. 197), ale przykładów pierwszego w zakresie swej tematyki nie wskazał.

¹⁷⁹ J. Bardach, *Metoda porównawcza w zastosowaniu do powszechnej historii państwa i prawa*, CPH, t. XIV, z. 2, 1962, s. 36 n.

¹⁸⁰ Dlatego przyznać trzeba na ogół rację J. Matuszewskiemu, *Normy recypowane i rodzime w Najstarszym Zwodzie prawa polskiego. Uwagi krytyczno-polemiczne* (CPH, t. XXII, z. 2, 1972, s. 187-224), gdy ogranicza zakres recepcji z prawa niemieckiego w Księdze Elbląskiej polemizując z książką K. Tischera, *Das älteste polnische Gewohnheitsrechtsbuch. Ein Beitrag zur historischen Rechtsvergleichung sowie zur Geschichte des Straf- und Verfahrensrechts*, Fryburg im Brisgau 1969, s. XV+107. Warto tu przypomnieć, że już R. Dareste, *Etudes d'histoire du droit*, Paryż 1889, s. 181-189 wykazał, że np. formuły benedykcyjne dla ordaliów zawarte w Księdze są wspólne dla całego chrześcijaństwa i odnajdują się w znanym zbiorze formuł Rosière’a.

¹⁸¹ R. Saleilles, *Conception et objet de la science du droit comparé*, 1er Congrès du Droit Comparé (1900), Paryż 1905, Procès-verbaux, t. I, s. 181 n.; ten-

-komparatystów — doprowadzić do stworzenia uniwersalnego systemu prawa ¹⁸².

Recepcje prawa, a także wyniki infiltracji, zapożyczeń itp. są przede wszystkim rezultatem określonych potrzeb i zmiierają do ich zaspokojenia. Stopień, w jakim udaje im się te zadania rozwiązać, decyduje o roli recepcji i zjawisk pokrewnych. Należy podkreślić, że recepcja prawa nie stanowi najczęściej, zwłaszcza jeśli odbywa się w jednym kręgu prawnym, przeciwieństwa jej autonomicznego rozwoju. Uzupełnia go wtedy i jest w stosunku do rodzimego prawa zjawiskiem komplementarnym. Czasem przecież prawo recypowane wstępuje w jego miejsce pozostawiając rodzimej twórczości prawnej funkcje uzupełniania i modyfikacji, zgodnie z potrzebami kraju recypującego. Dlatego też właściwe jest — z wyjątkiem przypadków wyraźnej dysharmonii — nie przeciwstawianie prawa recypowanego rodzimemu, ale traktowanie ich, z uwzględnieniem różnic genetycznych, jako części jednego systemu prawnego. Znajduje w tym wyraz podejście integracyjne. Nie ogranicza się wszakże do tego, bo rozpatruje także całość ustroju i prawa jako część kultury globalnej stanowiącej z kolei superstrukturę społecznego bytu ¹⁸³.

Juliusz Bardach (Warszawa)

LA RÉCEPTION DANS L'HISTOIRE DU DROIT ET DES INSTITUTIONS

Résumé

L'auteur envisage la réception comme un phénomène général dans le domaine de la culture. La réception du droit n'est qu'un élément dans ce monde où les échanges des idées, des modèles et des formes abondent. La réception du droit se distingue toutefois de la réception dans d'autres domaines par le fait qu'elle n'est

że, *La fonction juridique du droit comparé*, w: *Juristische Festgabe des Auslandes zu Josef Kohlers 60. Geburtstag*, Sztutgart 1909, s. 111 postulował utworzenie „droit commun de l'humanité civilisée”.

¹⁸² Po drugiej wojnie światowej H. C. Gutteridge, *Le droit comparé*, s. 219 dowodził, że podstawowym zadaniem komparatystyki jest unifikacja prawa przez recypowanie najlepszych wzorów. W tymże kierunku idą M. Sarfatti, *Le droit comparé en fonction de l'unification du droit*, „Revue Internationale de Droit Comparé”, R. III, 1951, s. 69-74, i Zajtay, *La réception* (1957), s. 707-713, gdzie też obfita literatura reprezentująca to stanowisko.

¹⁸³ Niektóre zagadnienia poruszone we wstępie i zakończeniu niniejszej rozprawy zostały omówione w moim artykule pt. *Pojęcie recepcji i jej zakres w historii państwa i prawa*, w: *Ars historica. Prace z dziejów powszechnych i Polski*. Wyd. Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, seria Historia nr 71, Poznań 1976, s. 91-99. Dokonane obecnie zmiany są m.in. wynikiem uwzględnienia uwag zwłaszcza ś.p. prof. M. Sczanieckiego i prof. K. Sójki-Zielińskiej, które zachowuję we wdzięcznej pamięci.

pas spontanée, mais qu'elle se produit par l'intermédiaire d'une autorité publique, soit par les juridictions, soit par la voie législative. En droit le terme de la „réception” est utilisé le plus souvent pour déterminer l'adoption des systèmes juridiques, des codes ou des institutions fondamentales étrangères. On oppose ainsi la réception aux emprunts des éléments particuliers, aussi qu'à des infiltrations ou aux influences — notions floues et peu précises quoique adéquates aux réalités existantes. D'autre part dans la littérature le terme „réception” est employé à côté des autres comme expansion, imitation, pénétration etc., souvent même d'une façon alternative.

En souhaitant d'aboutir à une distinction plus nette entre la réception et autres formes d'épanouissement des droits étrangers il faut tenir compte qu'une délimitation précise se heurte à beaucoup d'obstacles, qui la rendent souvent impossible. Ils proviennent entre autre du fait, que la réception elle aussi n'est jamais statique, mais s'opère d'une façon dynamique ce que préconise des changements, des adaptations, qui s'inscrivent dans la ligne d'évolution du régime ou bien du système juridique récipiendiaire. Chaque fois c'est la matière traitée qui nous indiquera quel mot sera le plus adéquat.

En s'occupant de la spécificité de réception du droit l'auteur indique que pour procéder à une investigation approfondie il faut tout d'abord établir une typologie de la réception. Pour en aboutir on doit tenir compte du caractère profondément rationaliste du droit. On admet généralement que toutes les races de l'humanité sont — au fond — dotées des mêmes règles du raisonnement ce que facilite le transfert des concepts, des conceptions et d'idées. Cette profonde unité de l'esprit humain, qui se manifeste à travers les siècles, les continents, les races et les nations, constitue la base de la réception du droit.

Le processus historique a abouti — comme on sait — que dans les différentes parties du monde se sont formées les civilisations hétérogènes aux niveaux variés. Cette diversité peut être toutefois réduite à un nombre limité des types qu'on peut lier avec différentes aires culturelles (*Kulturkreise*). Ensuite l'auteur étudie les divisions proposées dans la littérature et surtout les critères sur lesquelles elles se fondent en indiquant que ces critères sont marqués en majorité par une approche subjective. Pour palier à cet état des choses il propose de prendre comme point de départ les types des Etats conçus sur la base des formations socio-économiques. En analysant les formes de la réception dépassant une aire culturelle on peut observer — selon Claude Lévi-Strauss — soit une victoire du système reçu engendrant par conséquence le dépérissement du système originaire locale, soit la formation d'un amalgame englobant les éléments indigènes et adoptés. On ne doit pas ignorer aussi les cas du rejet de la réception, qui engendrent des solutions substitutives et jouent un rôle non négligeable dans les changements du droit, très évidents à l'époque contemporaine.

La problématique de la réception dans les sciences juridiques a été développée sur la base de quatre réceptions historiques dont chacune peut être examinée comme une sorte de „modèle réel”. Ces classiques de la réception — examinés par conséquent — sont: 1° la réception du droit romain dans l'antiquité; 2° la réception du droit romain (avec la glose) dans l'Europe du bas moyen-âge et au début des temps modernes; 3° la réception du Code Civil français en Europe du XIX^e siècle; 4° la réception du *Common Law* anglais par les États Unis d'Amérique du Nord après leur accès à l'indépendance. Sous nos yeux se produit aussi un processus d'une grande signification — celui de la réception dans le camp socialiste. L'auteur analyse chaque modèle de la réception en indiquant que la thèse de Paul Koschaker selon laquelle c'est le prestige d'une civilisation ou la puissance d'un Etat (*Machtfrage*), qui constituent les *causae efficientes* d'un système juridique déterminé, se trouve contrarié par les multiples exemples historiques. L'auteur insiste tout particulièrement sur le fait, que pour comprendre bien chaque cas de la réception il

faut le placer dans un contexte global contenant aussi bien les phénomènes politiques que ceux de la vie culturelle *sensu largo*.

Un chapitre entier est consacré à la classification des diverses formes dans lesquelles se manifeste la réception. L'auteur passe en revue la réception *in complexu* et la réception partielle, la réception *sensu stricto* et *sensu largo*, qu'il est souvent plus commode d'appeler — comme il était mentionné plus haut — infiltration, expansion, pénétration etc. Vont ensuite la réception forcée et volontaire, sélective et globale, accomplie par la voie de la pratique et par la législation, réception mûre opposée à la réception anticipée, directe et indirecte, la réception du droit judiciaire et celle du régime constitutionnel, réception de la terminologie et des notions juridiques. L'expansion et l'assimilation des doctrines politiques, qui quoique influent sur la forme de l'État et le système juridique, sont un phénomène métajuridique, qui exige une étude particulière.

En conclusion l'auteur souligne que la réception en droit est une des espèces d'assimilation des modèles étrangers, facteur essentiel dans l'histoire de la civilisation. Elle est avant tout le résultat des besoins concrets et elle vise à les satisfaire. Le processus complexe de la réception est — plus d'une fois — conditionné par le développement antérieur du pays récepteur. Dans ces cas la réception devient un élément complémentaire, tendant à accélérer les transformations du droit en cours. De ce point de vue la réception du droit, quand elle a lieu au sein d'une même aire culturelle et juridique, ne constitue pas l'antithèse à son développement autonome. Elle l'enrichit en laissant à la création juridique locale les possibilités de le compléter et modifier selon les besoins du pays récepteur. C'est pourquoi — sauf les cas des discordances évidentes — il convient de ne pas opposer le droit adopté au droit local, mais de les traiter comme parties d'un seul système, compte tenu des différences génétiques. Dans une telle approche se manifeste, à l'avis de l'auteur, la tendance intégrationniste, qui d'ailleurs consiste aussi dans l'examen des régimes politiques et systèmes juridiques en tant que parties de la culture globale, qui constitue, à son tour, la suprastructure de la vie sociale.