

I. ROZPRAWY

JOHN GILISSEN (Bruksela)

Historia porównawcza prawa a nauki historyczne i nauki prawne*

I. Wstęp: Doświadczenia Société Jean Bodin. II. Prawo porównawcze a historia porównawcza prawa. III. Historia ogólna a historia prawa i instytucji. IV. Historia prawa a historia porównawcza prawa. V. Powszechna historia prawa a historia porównawcza prawa.

I

W artykule ogłoszonym w 1962 r. Juliusz Bardach jasno przedstawił znaczenie, jakie dla lepszego poznania powszechnej historii prawa ma metoda porównawcza¹. Jako członek Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions przyczynił się wydatnie do rozwinięcia tej metody; dzięki niemu zwłaszcza instytucja ta nawiązała współpracę naukową z wieloma krajami Europy środkowej i wschodniej. Udział w pracach Société uczonych z krajów socjalistycznych wzrastał stopniowo, a spodziewać się należy, że w niedługim czasie ulegnie on dalszemu rozszerzeniu w związku z najbliższym kongresem Société, który odbędzie się w Warszawie, w maju 1976 r.

Zainteresowanie historią porównawczą prawa w krajach socjalistycz-

* Pierwsza wersja niniejszej pracy pod tytułem *Histoire comparée du droit — l'expérience de la Société Jean Bodin*, napisana została na życzenie prof. Mario Rotondi z Uniwersytetu w Mediolanie, dla wydawanej przezeń pracy zbiorowej zawierającej 42 studia na temat metody i celowości badań prawno-porównawczych, ogłoszonej pod tytułem *Buts et méthodes du droit comparée-Scopi e metodi del diritto comparato* w t. II *Inchieste di diritto comparato* (Milano-New York 1973). — Inna wersja tejże pracy w języku holenderskim ukaże się w *Liber Amicorum Leo Flam.* — Obecna wersja polska, rozszerzona, wprowadza szereg nowych ujęć, wykorzystując zwłaszcza studia opublikowane przez M. Rotondi. Artykuł obecny stanowi jedynie część pierwszą tej pracy, której część druga pt. *Metoda porównawcza w historii prawa* ukaże się w następnym zeszycie CPH.

¹ *Metoda porównawcza w historii państwa i prawa*, CPH, t. XIV, z. 2, 1962, s. 9 - 61.

nych wzrosło, jak się wydaje, szczególnie od 1960 r. — równolegle do rozwoju badań prawnoporównawczych. Dążenie do rozwijania badań przy zastosowaniu metody porównawczej w ramach powszechnodziejowych znalazło m. in. wyraz w szeregu spotkań specjalistów z krajów Europy wschodniej właśnie w latach 1960 i 1961².

Wiadomo, że badanie w zakresie historii powszechnej i historii porównawczej instytucji w możliwie szerokich ramach geograficznych i chronologicznych, godzi się najzupełniej z teorią marksowską ustroju gospodarczego, politycznego i prawnego. Właśnie w Związku Radzieckim i w państwach socjalistycznych powszechna historia państwa i prawa, jako odrębna dyscyplina historycznoprawna stanowi nawet jeden z przedmiotów nauczania na wydziałach prawa. Warto przypomnieć, że przecież dzieło Engelsa *O pochodzeniu rodziny, własności prywatnej i państwa* stanowi przykład zastosowania metody porównawczej w badaniu historii instytucji. Powszechnie wiadomo, że Engels napisał to dzieło w wykonaniu testamentu Marksa³, który znalazłszy w lekturze *Ancient Society* Lewis H. Morgana poparcie dla swej koncepcji materializmu historycznego objawił zamiar ogłoszenia badań amerykańskiego uczonego nad rodami Irokezów i porównania ich z rodami (*gentes*) Greków, Rzymian i Germanów. Pragnął więc sam posłużyć się metodą porównawczą historii i instytucji, którą po jego śmierci wiernie zastosował Engels.

W brulionach listów do Wiery Zassulicz, pisanych po francusku w Londynie, w marcu 1881 r., Karol Marks wypowiadał swe uwagi na temat historii gminy wiejskiej (*commune rurale*) u Germanów i porównywał ją do gminy wiejskiej w Rosji i w Azji⁴. Oto inny przykład stosowania historii porównawczej instytucji. Do niego właśnie nawiążą badania Société Jean Bodin w toku sesji w Warszawie, jako że przedmiotem jej będzie wla  nie historia porównawcza gminy wiejskiej.

Idea powołania do życia organizacji naukowej, która zajmowałby się

² Por. na ten temat: P. Horváth, *Die vergleichende Untersuchung der Rechtsentwicklung im Vordergrund der Rechtsgeschichte*, Acta Iuridica Academiae Scientiarum Hungariae, t. XII, 1970, s. 192 i n.

³ Przedmowa do pierwszego wydania dzieła Engelsa, którą cytuj   według nowego wydania francuskiego,   ditions Sociales, Paris 1972, s. 17.

⁴ Projekty listów og  szonych w aneksie do wyżej wskazanego wydania Engelsa, s. 330 - 6 (według Marx-Engels-Archiv, I, s. 335 - 8). Konkluzja Marksa wskazuje na mo  liwo  ci przysz  ego rozwoju wiejskiej gminy rosyjskiej: *Elle occupe une situation unique, sans pr  c  dent dans l'histoire. Seule en Europe elle est encore la forme organique, prédominante de la vie rurale d'un empire immense. La propriété commune du sol lui offre la base naturelle de l'appropriation collective [...] Elle peut graduellement supplanter l'agriculture parcellaire par l'agriculture combinée à l'aide des machines qu'invite la configuration physique du sol russe. Après avoir été préalablement mise en état normal dans sa forme présente, elle peut devenir le point de départ direct du système économique auquel tend la société moderne et faire peau neuve sans commencer par son suicide*. Ten tekst, mniej jak się wydaje znany, jest naprawdę proroczy.

badaniami w dziedzinie historii porównawczej prawa zrodziła się w latach 1933 i 1934 jako wynik współpracy dwóch profesorów uniwersytetu w Brukseli, Alexandre Ecka i Jacques Pirenne'a, z profesorem paryskiego wydziału prawa François Olivier-Martin. A. Eck specjalizował się w historii instytucji rosyjskich, a interesował się szczególnie podobieństwami i różnicami między instytucjami Europy wschodniej i zachodniej w średniowieczu, zwłaszcza zaś systemem feudalnym i narodzinami miast⁵. J. Pirenne natomiast zajmował się głównie historią prawa egipskiego⁶ i zapoznał z instytucjami, które wydały mu się podobne do instytucji średniowiecznej Europy. Obaj znaleźli u znakomitego znawcy średniowiecznych instytucji francuskich F. Olivier-Martina zrozumienie oraz poparcie dla planu zorganizowania zespołu dla badań porównawczych nad ogólnym rozwojem instytucji. W tymże okresie inny historyk belgijski Henri Pirenne (ojciec Jacquesa) dawał wyraz zrozumieniu dla historii porównawczej instytucji. On to w 1923 r. ogłosił krótkie studium o *Metodzie porównawczej w historii*, w którym wskazał historykom na potrzebę „wykrywania rysów ogólnych rozwoju powszechnego — przy różnorodnym rozwoju poszczególnych narodów” celem wyjaśnienia, dlaczego „pod tą samą datą różne ludy należą do różnych epok”.

W czerwcu 1935 r. odbyło się w Brukseli pierwsze zebranie organizującego się zespołu z udziałem dwudziestu znawców historii instytucji w różnych krajach i w różnych okresach. Na zebraniu tym zajmowano się stosunkami lennymi oraz immunitetami w aspekcie historyczno-porównawczym. Wtedy też podjęto decyzję założenia Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions. F. Olivier-Martin proponował związanie nowego towarzystwa naukowego z pamięcią wielkiego Jean Bodin, który w swych *Sześciu Księgach o Rzeczypospolitej* oraz w swym *Methodus ad facilem historiarum cognitionem* jako jeden z pierwszych stosował metodę porównawczą, porównując instytucje hebrajskie, greckie i rzymskie z instytucjami współczesnymi⁷.

Szczególne zainteresowanie większości założycieli Société dla instytucji lennych wpłynęło na wybór pierwszych tematów. Po pierwszym zebraniu w 1935 r., na którym zajmowano się więzami lennymi i immunitetami, w następnych latach omawiano kolejno: w 1936 r. — poddaństwo; w 1937 r. — własność podległą (*tenure*); w 1938 r. — domenę.

Po wojnie towarzystwo podjęło działalność w 1951 r. Po zgonie dwóch jego inicjatorów, F. Olivier-Martina w 1952 r. i A. Ecka w 1953 r., za-

⁵ Ogłosił on w 1933 r. poważne dzieło na temat rosyjskiego średniowiecza, nagrodzone przez Institut de France.

⁶ Trzy tomy *Histoire des Institutions du droit privé de l'ancien Empire Égyptien*, ukazały się w 1932, 1933 i 1935 r.

⁷ O roli tej metody w dziele Jean Bodin pisał wtedy właśnie jeden z uczniów F. Olivier-Martina — Jean Moreau-Reibel: *Jean Bodin et le droit public comparé dans ses rapports avec la philosophie de l'histoire*, thèse droit, Paris 1933.

proszony zostałem do objęcia po A. Ecku funkcji sekretarza generalnego. W ciągu dwudziestu lat, które już odtąd upłynęły, dążyłem pod przewodnictwem J. Pirenne'a, który był i moim mistrzem, do zachowania kierunku, który towarzystwu nadali jego założyciele. Nie ograniczano się już jednak odtąd tylko do średniowiecznego ustroju lennego, a na przedmiot prac Société starano się wybierać instytucje takie, które występowały i występują w większości dawnych i współczesnych cywilizacji. Wywołało to znaczne zwiększanie się liczby referatów i w konsekwencji i liczby uczestników na okresowych kongresach⁸. Większość badanych tematów miała też odtąd charakter bardziej uniwersalny. Tak więc trzy tematy odnoszące się szczególnie do nauk politycznych — „organizacja pokoju”, „monokracja” i „stosunki między rządzącymi i rządzonymi” dotyczyły zagadnień występujących zarówno w społeczeństwach pierwotnych, w starożytności, w średniowieczu europejskim, jak i w społeczeństwach nowożytnych i współczesnych. To samo powiedzieć można o trzech tematach z zakresu praw osobowych — „kobieta”, „dziecko”, „cudzoziemiec”, jak i o dwóch tematach odnoszących się zarówno do prawa prywatnego jak i sądownictwa — „dowód” i „gwarancje osobiste”. Inne rozpatrywane tematy nie miały w tym stopniu cech powszechności jako związane jedynie z okresami względnie zaawansowanego rozwoju gospodarczego — „miasta”, „targi”, „wielkie porty morskie” — względnie też z określoną formą rozwoju politycznego — „wielkie imperia”.

Metody pracy Société Jean Bodin w zasadzie nie uległy zmianie, niemniej w ciągu 40 lat działalności towarzystwa stosowano różne jej warianty w poszukiwaniu rozwiązań, które najlepiej prowadzić miały do celu.

1. Dokumentację podstawową dla każdego tematu tworzy większa lub mniejsza liczba monografii opracowanych w pierwszej fazie badań, a zajmujących się daną instytucją w danym kraju — w określonym czasie. Na przykład dla tematu „monokracja” opracowano wstępnie monografie na temat monokracji w Czarnej Afryce przed kolonizacją, w Kamerunie, w Bugandzie, u Inków, w starożytnym Egipcie, w Mezopotamii, u Hebrajczyków, w imperium rzymskim, w imperium bizantyńskim, w

⁸ Société zajmowała się dotąd następującymi tematami, którym poświęcono też kolejne tomy *Recueils de la Société Jean Bodin*: t. I, *Les liens de vassalité et les immunités* (Stosunki wasalskie i immunitety), wyd. 2, 1958; t. II, *Le servage* (Poddaństwo), wyd. 2, 1959; t. III, *La tenure* (własność podległa), 1938; t. IV, *Le domaine* (Domena feudalna), 1949; t. V, *La foire* (Targi), 1953; t. VI - VIII, *La ville* (Miasto), 1954/57; t. IX - X, *L'étranger* (Cudzoziemiec), 1958; t. XI - XIII, *La femme* (Kobieta), 1959/62; t. XIV - XV, *La paix* (Pokój), 1961/62; t. XVI - XIX, *La preuve* (Dowód) 1963/65; t. XX - XXI, *La monocratie* (Monokracja), 1969/70; t. XXII - XXVII, *Gouvernés et gouvernants* (Rządzeni i rządzący), 1965/68; t. XXVIII - XXX, *Les sûretés personnelles* (Gwarancje osobiste), 1969/74; t. XXXI, *Les grands empires* (Wielkie imperia), 1973, t. XXXII - XXXIV, *Les grandes escales* (Wielkie porty), 1972/74; t. XXXV - XXXIX, *L'enfant* (Dziecko) — w druku.

Islamie sunnickim, w starożytnych Indiach, w Chinach, w Kambodży, w Japonii, w Anglii, w Niemczech, Francji, Hiszpanii, Italii, Bułgarii, w Polsce, Rosji; w średniowieczu i w dobie nowożytnej. Następnie przygotowano kilka monografii traktujących przedmioty specjalne, np. ideę monokracji u myślicieli greckich, w doktrynie biblijnej, w dziele Jean Bodin, u protestantów francuskich w XVI i XVII w.

Początkowo liczba monografii dla poszczególnych tematów mogła ograniczać się i do dziesięciu, co uzasadnione było rodzajem badanego tematu; później liczba ich wzrastała w miarę wybierania tematów o bardziej powszechnym charakterze. Dla tematu „rządzący i rządzeni” zebrano się 90 monografii, a publikacja ich objęła 6 tomów *Recueils* (2800 stron).

2. Następną fazę stanowi opracowywanie studiów porównawczych na temat rozwoju badanej instytucji. Stosowano tu dwie metody: opracowywano bądź to syntezę całości od razu, bądź też najpierw syntezy częściowe, to znaczy studia porównawcze odnoszące się albo do większych okresów historii, albo do większych obszarów globu; a następnie dopiero redagowano syntezę ogólną.

Pierwszą metodą posłużył się z pożytkiem mój poprzednik A. Eck w swym studium o „poddaństwie” i o „własności podległej”⁹. Zastosowałem ją też sam kilkakrotnie w studiach porównawczych o „miastach”, o „targach”, o „pokoju” i o „cudzoziemcu”. Okazało się jednak, że dobry rezultat może też zapewnić uprzednie przeprowadzenie studiów porównawczych o mniej rozległych zakresach. Tak więc np. studium porównawcze o dowodach sądowych poprzedzone zostało pracami syntetycznymi na temat dowodów w prawach antycznych, w starożytnym Rzymie, w krajach Europy średniowiecznej, a prawach europejskich od XVI do początku XIX w., w prawach zachodnich w XIX i XX w., w krajach socjalistycznych. Podobną metodę zastosowano przy opracowaniu monokracji, stosunków między rządzącymi i rządzonymi, gwarancji osobistych. Syntezy ogólne mogły się więc tutaj oprzeć na syntezach częściowych, wykonanych już przez specjalistów. Zmniejsza to obawę o popełnienie błędu w interpretacji faktów lub idei — ale oczywiście jej nie wyklucza.

Doświadczenia nasze nabyte w ciągu 25 lat organizowania prac Société Jean Bodin pozwalają nam na sformułowanie pewnych uwag na temat stosowania metody porównawczej w historii prawa i instytucji. Najpierw więc, w niniejszej pierwszej części mej pracy spróbujemy określić stosunek historii porównawczej do innych dyscyplin historycznych oraz do dyscyplin prawnych. Druga część pracy, która zostanie ogłoszona w następnym zeszycie „Czasopisma Prawno-Historycznego”, poświęcona będzie głównie analizie metody porównawczej w zastosowaniu do historii prawa i instytucji.

⁹ Zauważyć trzeba, że o ile pierwsze syntezy były bardzo zwięzłe (4 strony), o tyle rozszerzały się one z czasem, by dojść do 130 stron.

II

Istotna różnica między prawem porównawczym a historią porównawczą tkwi w samym przedmiocie porównania. Nauka prawa porównawczego dąży do porównawczego poznania współczesnych systemów prawnych, porównuje więc to co jest statyczne. Natomiast historia porównawcza prawa bada ewolucję prawa w różnych krajach i w różnych okresach przeszłości — porównuje to co jest dynamiczne.

Ta różnica nie jest jednak absolutna, jako że i historia porównawcza prawa może zajmować się porównywaniem stanu prawa lub wybranych instytucji w dwóch lub więcej krajach w tym samym określonym w przeszłości czasie; w takim wypadku historyk nie zajmując się specjalnie ewolucją prawa w badanych krajach, porównuje jedynie to co jest statyczne. Jako przykład można wskazać na studium porównawcze instytucji przedstawicielskich we Francji i w Anglii koło 1300 r., albo też i na studium porównawcze tej samej instytucji w innym czasie w jednym i drugim kraju, jeżeli instytucja doszła tu i tam do tego samego stopnia rozwoju w innym czasie np. studium porównawcze systemu dowodów w rzymskim prawie klasycznym i w kodeksie Napoleona. Tego właśnie rodzaju studia porównawcze uprawiano często we Francji i w Belgii w początku XIX w. Większość też przedstawianych wówczas na wydziałach prawa miała za przedmiot określoną instytucję — w rzymskim prawie klasycznym i we współczesnym prawie francuskim. W istocie przedmiotem tych prac nie była wcale historia porównawcza instytucji, lecz raczej wyjaśnienie współczesnego systemu prawnego za pomocą prawa rzymskiego, które miało jakoby inspirować ustawodawcę.

Ale i z drugiej strony prawo porównawcze bynajmniej nie musi się ograniczać do porównawczego opisu instytucji w różnych krajach jedynie w ich aktualnym stanie. Komparatyści w pełni uświadamiają sobie płynny charakter prawa i instytucji. Wobec potrzeby wyjaśnienia przyczyn stwierdzonych podobieństw lub różnic czują się zmuszeni do sięgania do przeszłości, w każdym zaś razie do przeszłości najbliższej. Dynamizm prawa i instytucji nie może w ich badaniach ująć niedostrzeżony. Świadczy o tym na przykład jedna z najlepszych syntez prawa porównawczego, jaka się ukazała w ostatnich latach, dzieło prof. René D a v i d a *Les grands systèmes du droit contemporain*¹⁰, gdzie każdy rozdział poprzedzają szerokie wstępy historyczne, które wskazują na genezę i ewolucję badanych systemów prawnych. Jednak, mimo obu powyższych zastrzeżeń, zasadnicze znaczenie ma tu rozróżnienie porównania statystycznego i dynamicznego.

¹⁰ Paris 1964, wyd. 4, 1971. Wersja angielska: R. David, J. E. C. Brierley, *Major legal system in the world today. An introduction to the comparative study of law*, London 1968.

III

Historia prawa zmierza do podobnego celu jak ogólna nauka historii — do odtworzenia przeszłości w sposób możliwie doskonały i do jej wyjaśnienia w poszukiwaniu odpowiedzi na pytania stawiane wobec faktów historycznych: jak? i dlaczego?

Historia prawa interesuje się przeszłością w dziedzinie prawa. Biorąc za podstawę jedną z niezliczonych definicji prawa, która określa prawo jako „całością norm obowiązujących i opatrzonych sankcją, które regulują stosunki między człowiekiem i jemu podobnymi”¹¹, możemy powiedzieć, że historia prawa dąży do odtworzenia całości reguł obowiązujących i opatrzonych sankcją, które w przeszłości i w każdym okresie minionym normowały stosunki pomiędzy ludźmi we wszystkich grupach społecznych — oraz, że dąży ponadto do ustalania i wyjaśniania związków przyczynowych między normami, które mogły po sobie kolejno następować.

Historia instytucji zmierza do tego samego celu; podejmuje ona badania norm prawnych, które grupuje według ich funkcji społecznych bardziej lub mniej ustalonych. Nie ma tu potrzeby podejmowania dyskusji na temat samego pojęcia instytucji, która zbyt często przeciwstawia historyków i prawników¹². Dość często ogranicza się przedmiot historii instytucji do rozwoju samego tylko prawa publicznego — w przeciwstawieniu do historii prawa prywatnego i źródeł prawa. Dzieła poświęcone „historii prawa i instytucji” obejmują tym tytułem całość ewolucji prawa¹³, lecz instytucja jako coś ustalonego (*chose établie*) może mieć i szersze znaczenie, rozciągając się zarówno na dziedziny ekonomiczną, społeczną, religijną, kulturalną.

Definicja instytucji podana przez P. Roberta w jego *Dictionnaire de la langue française* wydaje się nam zadowalająca: „całością form i podstawowych struktur organizacji społecznych — w kształcie nadanym im przez ustawę lub prawo zwyczajowe danej grupy ludzkiej”¹⁴. Henri Capitant, od którego Robert wziął część swej definicji, precyzuje, że „instytucja może występować pod postacią osoby prawnej prawa publicznego (np. państwo, parlament) lub prawa prywatnego (np. spółka) lub też pojęcia prawnego (*régime légal*), takiego jak opieka, prze-

¹¹ H. Bekaert, *Introduction à l'étude du droit*, Bruxelles 1964, s. 31.

¹² Por. na przykład przez P. Ourliaca przeprowadzoną krytykę tez rozwiniętych przez J. Godechota w *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, Paris 1951 — w artykule: *L'objet de l'histoire des institutions*, *Revue Hist. de Droit Fr. et Étr.*, 1955, s. 282 - 93.

¹³ W języku niemieckim występuje różnica między *Rechtsgeschichte* i *Verfassungsgeschichte*. *Verfassung* określa raczej administrację społecznej grupy politycznej.

¹⁴ P. Robert, *Dictionnaire alphabétique et analytique de la langue française*, Paris 1960, v - o Institution I.

dawnienie, upadłość, wywłaszczenie na cele użyteczności publicznej etc.”¹⁵

Historia instytucji wyróżnia się w ten sposób od historii wydarzeń jak i od historii idei, doktryn. Oczywiście jednak historyk nie może odtworzyć rozwoju jakiejś instytucji bez znajomości historii wydarzeń i bez szerokiego uwzględnienia historii idei. Metoda porównawcza nie stanowi apanażu wyłącznie zastrzeżonego dla historii instytucji; może ją stosować również historia wydarzeń, jak i historia idei. Za klasyczny przykład posłużyć tu może studium porównawcze Rewolucji Francuskiej z 1789 r. i Rewolucji Październikowej z 1917 r., które stawiloby sobie za cel wyjaśnienie ich przyczyn, rozwoju i skutków. Innym przykładem to studium porównawcze nad genezą i ukształtowaniem się państw europejskich w IX - XI w., przeprowadzone na międzynarodowym kolokwium, zorganizowanym przez Instytut Historii Polskiej Akademii Nauk w 1965 r.¹⁶

W związku z tym kolokwium ujawniła się potrzeba odwołania się do pojęcia struktur jako niezbędnego dla prowadzenia badań historyczno-porównawczych: struktur globalnych w skali europejskiej, struktur gospodarczych, społecznych, politycznych, kulturalnych — a i regionalnych. W przedmowie do wydawnictwa „Aktów kongresowych” Aleksander Gieysztor pisze, że „realne i uchwytnie struktury historyczne [...] okazały się jedynym środkiem, który umożliwia dostrzeżenie tego co na polu naszych badań jest wspólne”¹⁷.

Oczywiście pojęcie struktury jest szersze i przede wszystkim bardziej ogólnikowe od pojęcia instytucji. I tak np. Marcel Pacaut w badaniach nad „strukturami politycznymi Europy Zachodniej” definiuje struktury jako „ukształtowanie i rozwój wszystkich czynników jakie wpływają na polityczne zachowanie się ludzi” (*formation et l'évolution de tous les éléments qui conditionnent le comportement politique des hommes*)¹⁸. A zresztą i my sami dla zdefiniowania instytucji¹⁹ odwołaliśmy się do pojęcia struktury, w każdym razie do pojęcia „podstawowej struktury organizacji społecznej”. Można więc postawić pytanie, czy porównawcza historia wydarzeń oparta na studium porównawczym struktur nie sprowadza się — choćby w części — do historii instytucji?

¹⁵ H. Capitant, *Vocabulaire juridique* [pod redakcją], Paris 1936, v - o *Institution*, definiuje ją jako *Ensemble de règles établies soit par le législateur, soit par les particuliers, en vue de la satisfaction d'intérêts collectifs ou privés*.

¹⁶ Akta kolokwium ogłoszone zostały pt. *L'Europe aux IX - XI-e siècles. Aux origines des États nationaux*, Warszawa 1968.

¹⁷ Ibidem, s. 8.

¹⁸ M. Pacaut, *Les structures politiques de l'Occident médiéval*, Paris 1969, Collection U, s. 5.

¹⁹ Por. wyżej definicję P. Roberta. Odległą jest nam myśl związania historii porównawczej prawa i instytucji z teoriami strukturalizmu tak szeroko rozwijanymi w nowszych pracach filozofów i socjologów. Przeciwnie, jesteśmy nadal przekonani, że pojęcie „struktur” jest zbyt ogólnikowe i nieprecyzyjne, by mogło ono służyć wartościowym analizom porównawczym.

Z drugiej strony tendencja „strukturalistyczna” zmierza do zapanowania i w dziedzinie prawa porównawczego. W oczach jej zwolenników strukturę instytucji należy porównywać pod kątem morfologii, to znaczy ich elementów składowych i ich form. Im przeciwstawiają się „funkcjonalisci”, którzy podchodzą do prawa porównawczego od strony analizy sytuacji faktycznych i którzy badają w jaki sposób konflikty są faktycznie rozwiązywane przez prawo w krajach poddanych odmiennym systemom prawnym²⁰. Przeciwieństwa między „strukturalistami” i „funkcjonalistami” można i podobnie dostrzec wśród historyków prawa zajmujących się historią porównawczą prawa. Mamy jednak przekonanie, że jeden i drugi typ analizy prawa i instytucji może i powinien występować w każdym badaniu historyczno-prawnym. Historyk prawa powinien przywiązywać wagę zarówno do norm i do form, jak i do rzeczywistości społecznej — do reguł faktycznie stosowanych i do zwyczajów.

Société Jean Bodin została powołana do życia dla „prowadzenia badań w dziedzinie historii instytucji”, co nie wyklucza bynajmniej badań porównawczych w zakresie historii prawa, w sensie ogólnej historii norm prawnych. Akcent został postawiony na instytucjach po prostu dlatego, że łatwiej jest porównywać normy prawne w ramach określonej struktury politycznej i społecznej, niż zajmować się całokształtem norm czy też jedną albo drugą normą — w izolacji. Toteż od 1935 r. przyjmowano jako tematy albo instytucje w wąskim rozumieniu instytucji politycznych (np. Monokracja, Imperia, Rządzący a rządzeni), albo instytucje w szerokim znaczeniu obejmując zarówno instytucje prawa prywatnego (np. stanowisko prawne Kobiety, Dziecka, Cudzoziemca), jak i instytucje ekonomiczne (np. Targi, Wielkie porty), albo też instytucje o charakterze mieszanym (np. Własność podległa, Poddanie, Pokój) — jako że większość badanych instytucji cechuje to, że są one równocześnie instytucjami politycznymi, prawnymi, ekonomicznymi i społecznymi.

Historia instytucji w szerokim ujęciu jest więc historią prawa opartą na analizie historycznej norm prawnych zestawianych według określonych funkcji i struktur społecznych (*histoire du droit construite sur base de l'analyse historique des règles juridiques groupées dans le cadre des fonctions et structures sociales établies*).

IV

Bardzo liczne prace historycznoprawne są studiami prawnoporównawczymi. Przedstawiając rozwój jakiegoś systemu prawnego historyk musi prowadzić badania nad różnymi jego fazami, bowiem nie uchwyciłby rozwoju gdyby nie porównywał sytuacji istniejącej w danym momencie

²⁰ S. Rozmaryn, *Les grandes controverses des méthodes du droit comparé*, s. 580 i n.



z sytuacjami dawniejszymi i późniejszymi. Tak więc wykład historii prawa rzymskiego polega na porównywaniu prawa ludu rzymskiego sprzed Prawa XI Tablic, prawa Republiki, Cesarstwa i Imperium Bizantyńskiego aż po VI w. — żeby ograniczyć się do wymienienia najważniejszych etapów rozwoju tego prawa. Studia nad dawnym prawem egipskim nie mogą polegać, jak sobie to zbyt często wyobrażano w XIX w., na zebraniu wszystkich danych historycznych dotyczących tego prawa i na skonstruowaniu na tej podstawie jednolitego systemu prawnego. Przeciwnie, jak to jasno wykazały badania Jacques Pirenne'a, historia prawa egipskiego obejmuje trzy wielkie cykle rozwojowe od społeczeństwa feudalnego przez społeczeństwo indywidualistyczne do potężnej centralistycznej monarchii ²¹.

Podobnie dla odtworzenia historii prawa w późnym średniowieczu historyk musi przeprowadzać porównania między systemami prawnymi w XII w., w XIII w. i w wiekach następnych. A przecież jeszcze i w ramach stuleci prawo ulegało zmianom i nieraz jego ewolucję śledzić trzeba w kolejnych nawet dziesięcioletnich etapach. Równocześnie zaś historyk prawa często stosować musi i metodę prawa porównawczego „statycznego”. Przecież na terenie ówczesnej Europy nigdzie nie występowały jednolite systemy prawne, wszędzie niemal dominowały natomiast liczne bardzo i różnorodne prawa zwyczajowe. Weźmy na przykład hrabstwo Flandrii. Nie ma tu prawie wcale norm prawnych, które obowiązywałyby na całym terenie hrabstwa; istnieją odmienne prawa dla każdego miasta (np. Brugia, Gandawa, Ostenda, Ypres, Lille, Douai etc.), dla każdej kasztelanii lub nawet jej części, a nawet dla poszczególnych seniorii ²². Historyk prawa flamandzkiego, który by chciał odtworzyć rozwój jakiejś normy prawnej od XII do XVIII w. musi stosować metodę porównawczą w sposób dwojaki: z jednej strony porównanie w czasie, z drugiej strony w przestrzeni — między różnymi prawami zwyczajowymi. Musi więc ustalić to co jest właściwe dla każdego ze stu flamandzkich praw zwyczajowych oraz to co było wspólne dla nich w kolejnych okresach przeszłości; musi się zająć kwestią wpływów, jakie jedne prawa wywierały na drugie, np. wpływy prawa miejskiego na prawa wiejskie, wielkich miast na miasta mniejsze oraz na wiejskie ośrodki. Natomiast zestawienie w jedną wielką całość wszystkich danych historycznoprawnych odnoszących się do Flandrii dałoby jedynie fałszywy obraz rzeczywistości.

²¹ J. Pirenne, *Introduction à l'histoire du droit égyptien*, Annales d'histoire du droit oriental, t. II, 1938, s. 11 - 62.

²² W hrabstwie Flandrii jeszcze w XVI w. istniało ponad 100 różnych praw zwyczajowych; liczba ich dawniej musiała być jeszcze wyższa. Por. J. Gilissen, *Les phases de la codification et de l'homologation des coutumes dans les XVII Provinces des Pays-Bas*; „Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis”, t. XVIII, 1950, s. 36 i n.

Podobne jak we Flandrii badania mogłyby być podjęte w większości innych krajów Europy, jak np. w Niemczech, Italii, Hiszpanii, a także i we Francji i Anglii — nawet jeżeli w krajach tych pod wpływem władzy królewskiej doszło do pewnego ujednolicenia prawa. Można tu również wskazać na przykład prawa w starożytnej Grecji. Nie było tam ogólnego prawa greckiego, istniały natomiast prawa licznych *poleis*. Odtworzenie historii prawa greckiego na podstawie materiału zaczerpniętego z prawa różnych *poleis* prowadzić musi do błędów. Historyk prawa greckiego — lub raczej praw greckich — powinien więc również porównywać ze sobą w czasie i przestrzeni różne bardziej lub mniej między sobą się różniące systemy prawne greckich *poleis*. To samo powiedzieć można o badaniach nad prawem względnie praprawem społeczeństw pierwotnych. Etnologia prawnicza stanowi w szerokim zakresie dziedzinę studiów porównawczych nad systemami prawnymi niezliczonych społeczeństw, które dotąd — względnie do niedawna — nie znały pisma.

Szczególnej ostrożności wymagają badania historyczne prawa w tych wielkich krajach, które, jak się sądzi, rychło dochodziły do jednolitego systemu prawnego (monizm), takich np. jak Starożytny Egipt czy Rzym, Francja czy Anglia. Jedność prawa jest w krajach tych bardziej pozorna niż nią była w rzeczywistości, a to albo dlatego, że jak np. w Egipcie lub Rzymie nic lub prawie nic nie wiemy o systemach prawnych, które mogły tam egzystować poza prawem państwowym, albo też dlatego, że historycy prawa w niektórych krajach te inne systemy prawne neglizowali²³.

Historyk prawa jest więc często zmuszony do prowadzenia badań porównawczych zarówno w czasie jak i w przestrzeni — nawet w wypadkach, gdy praca jego ogranicza się do badań odnoszących się do historii prawa w stosunkowo krótkim okresie — na ograniczonym terytorium.

V

Uwaga powyższa odnosi się oczywiście do tych uczonych, którzy pokusiliby się o napisanie historii powszechnej prawa. Ale faktem jest, jak bardzo dziwne mogłoby się to wydawać, że dotąd nie pojawiło się prawie żadne dzieło, które by ujmowało rozwój prawa w ramach powszechnodziejowych — ani w języku francuskim, ani też, chyba się nie mylę, w żadnym innym języku.

Historia prawa w XIX i nawet w XX w. zasklepiła się zbyt, zarówno o ile chodzi o badania, jak i o nauczanie uniwersyteckie, w ramach historii narodowej. Zwróciłem już jednak uwagę na to, że powszechna historia prawa wywołuje szczególne zainteresowania w krajach socjalis-

²³ Na ten temat por. studia ogłoszone w pracy *Le pluralisme juridique*, wyd. pod redakcją J. Gilissen a, Bruxelles 1972.

tycznych, gdzie dyscyplina ta stanowi przedmiot nauczania uniwersyteckiego i gdzie powstały, zwłaszcza w Związku Radzieckim i w Polsce, liczne już podręczniki dyscyplinie tej poświęcone. Na ogół jednak, poza tymi wyjątkami, podręczniki historii prawa są we wszystkich krajach podręcznikami historii prawa narodowego: *Deutsche Rechtsgeschichte* w Niemczech²⁴, *History of English Law* w Anglii, *Histoire du Droit Français* we Francji, *Storia del diritto italiano* we Włoszech itp. „Jest rzeczą zasmucającą, że historycy prawa we Francji w XIX i w naszym wieku ograniczali się do historii prawa francuskiego”; to nie my formułujemy ten zarzut, lecz René David w swych *Grands systèmes du droit contemporain*²⁵.

Ten swoisty „nacjonalizm” historyków prawa wywodzi się z poglądów, które panowały wśród prawników w XIX w. Niemiecka Historische Schule dobitnie podkreślała rolę świadomości ludu i narodu w tworzeniu się prawa. We Francji szkoła egzegetyczna dążyła do wykluczenia wszelkich wpływów historycznych, zwłaszcza zaś obcych, na wykładnię kodeksów. Przekonanie o doskonałości *common law* wykluczało w krajach anglosaskich powstanie jakiegokolwiek zainteresowania dla rozwoju praw obcych. Tytuły najnowszych, w krajach tych wydawanych, wielkich podręczników nie naruszają na ogół owej tradycji „nacjonalistycznej”²⁶.

²⁴ Wielki niemiecki słownik historii prawa *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, wydawany aktualnie przez A. Erlera, i E. Kaufmanna ogranicza się wyłącznie do historii prawa niemieckiego.

²⁵ R. David zauważa (s. 11), że „współczesne kontakty między historykami francuskimi i zagranicznymi szczęśliwie się rozszerzyły, szczególnie dzięki Société Jean Bodin”.

²⁶ Poza ramy narodowe wychodzą oczywiście programowo podręczniki „powszechnej historii państwa i prawa” w krajach socjalistycznych, a więc np. podręczniki radzieckie (4-tomowy z 1947 r.; 3-tomowy pod redakcją Z. M. Czerniłowskiego z lat 1949/61; 2-tomowy pod redakcją A. N. Gałanzy i O. A. Żidkova z lat 1963/69 — oraz polskie) 4-tomowy K. Koraniego z lat 1963/67; 1-tomowy J. Jaworskiego z 1960 r.; 1-tomowy M. Sczanieckiego z 1973 r). Dwa nowsze podręczniki niemieckie wyszły poza ramy narodowe. Wesenberg opublikował *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtentwicklung*, Lahr 1954. Aczkolwiek dzieło to jest ogólnikowe, a część odnosząca się do rozwoju prawa poza Niemcami ograniczona, zasługą tego małego podręcznika jest przedstawienie rozwoju prawa niemieckiego w ramach europejskich. Dzieło Franza Wieackera jest już innego formatu; jego *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen 1952, stanowi znakomitą syntezę prawa w Europie zachodniej od XVI w., lecz jak na to wskazuje tytuł, zajmuje się szczególnie historią prawa niemieckiego. — Nowy podręcznik holenderski P. Gerbenzon'a i N. E. Algra, *Voortgangh des Rechtes*, Groninger 1969, zawiera opis rozwoju prawa niderlandzkiego w ramach kultury Europy zachodniej, jako jeden z aspektów dziejów tej kultury. — Podręcznik polski Michała Sczanieckiego, *Powszechna historia państwa i prawa*, Warszawa 1973, zajmujący się głównie historią instytucji zawiera szersze wywody historyczno-porównawcze na temat rozwoju instytucji w głównych krajach Europy oraz w Stanach Zjednoczonych Ameryki.

Prawdziwa powszechna historia prawa powinna objąć zarówno wielkie dawne, jak i współczesne systemy prawne — nie tylko europejskie i amerykańskie, ale również azjatyckie, afrykańskie, indyjskie, chińskie, Islam. Wszystkie one powinny zajmować ważne miejsce w prawdziwie globalnym wykładzie rozwoju prawa²⁷.

Podczas gdy nauczanie (z wyjątkiem krajów socjalistycznych) oraz badania historycznoprawne ograniczają się na ogół do ram historii narodowej, to rzecz się ma odmiennie w innych dziedzinach historii, w historii gospodarczej, historii społecznej, historii kultury, a nawet i historii politycznej, gdzie od dawna bada się przeszłość w o wiele szerszych ramach geograficznych: historii Zachodu, historii Europy, historii powszechnej. Ogłaszano już liczne historie ludzkości, od początku po dzień dzisiejszy, czy to w postaci dzieł zbiorowych przy współpracy specjalistów z różnych dziedzin, czy też w postaci syntezy napisanej przez jednego autora²⁸.

Natomiast w dziedzinie historii prawa i instytucji syntezy ogólne są rzadkie, a istniejące już nie stanowią prawdziwych ujęć powszechnej historii prawa. Tak więc dzieło Seagle'a, *The Quest of Law*, wydane i w języku niemieckim pt. *Die Weltgeschichte des Rechts* zawiera jedynie wykład niektórych zjawisk w kształtowaniu się i rozwoju prawa²⁹. Bardziej jeszcze szczupłą zawartość materiałową posiada dzieło Henri Ducugisa *Les étapes du droit des origines à nos jours*³⁰.

Inny charakter ma książka naszego kolegi René Dekkersa *Le droit privé du peuple*³¹. Jako romanista i cywilista pragnął on dać obraz powszechnej historii prawa, ograniczając się jednak wyłącznie do prawa prywatnego. Podtytuł jego książki „*caracteres — des tinées — dominantes*” wskazuje na jej zakres i cel. W pierwszej części Dekkers daje charakterystykę zbyt niestety zwięzłą prawa 79 dawnych i współczesnych ludów. Następnie zajmuje się losami prawa prywatnego i daje schematyczny wykład głównych kierunków jego historycznego rozwoju; jest to istotnie synteza w skali powszechnej historii prawa prywatnego³².

²⁷ J. Bardach w wyżej wymienionym studium (por. przyp. 1) wyraża żal, że „Azja pozostaje prawie zawsze poza zasięgiem tej analizy” i że większość ujęć powszechnej historii prawa ogranicza się do zestawienia „historii narodowych obok siebie w jednym uniwersyteckim podręczniku”.

²⁸ Wskażmy tytułem przykładu na dzieło prezesa Société Jean Bodin, J. Pirrenne, *Les grands courants de l'histoire universelle*, 7 tomów, Neuchatel 1942 - 56. Tłumaczenia na język niemiecki, angielski, włoski, hiszpański i portugalski.

²⁹ W. Seagle, *The Quest of Law*, New York 1941; tłumaczenie niemieckie *Weltgeschichte des Rechts, Eine Einführung in die Probleme und Erscheinungsformen des Rechts*, wyd. 3, München 1967.

³⁰ Paris 1942.

³¹ Bruxelles 1953.

³² Historyk wyrazi jednak żal, że ta synteza, zresztą znakomita, liczy zaledwie 30 stron.

Część trzecia jest najważniejsza i najbardziej oryginalna. Dążąc do wydobycia z materiału historycznego głównych idei, autor usiłuje, jak sam się wyraża, „wskazać na korelacje które łączą lub przeciwstawiają sobie instytucje, względnie które wiążą je z ich środowiskiem”, w tej części autor „pragnie dać jakąś skalę wartości dostosowaną do określonych periodów (*fournir une échelle des valeurs périodiques*), uwolnić prawo od jego zahamowań narodowych celem dopatrzenia się jedynie myśli, zjawiska”³³. Dekkers pragnie więc wypracować „fenomenologię prawniczą, trwale opartą na faktach”, „filozofię historii porównawczej prawa”.

Dzieło Dekkersa stawia więc problem różnicy istniejącej między powszechną historią prawa a historią porównawczą prawa. Naszym zdaniem historia porównawcza jest czymś innym niż powszechna historia prawa; różne są cele i różne metody jednej i drugiej.

Powszechna historia prawa powinna przedstawić rozwój prawa w różnych częściach świata — od początku po dziś dzień. Chodzi więc przede wszystkim o wykład chronologiczny, który by pokazywał, w jaki sposób prawo rozwijało się kolejno w poszczególnych okresach starożytności, średniowiecza, czasów nowożytnych i współczesnych — w różnych krajach Europy i innych kontynentów. Celem tak pojętej powszechnej historii jest ustalenie kolejnych kształtów norm prawnych, badanych zarówno indywidualnie, jak i w ich całokształcie oraz badanie związków przyczynowych między ich kolejnymi formami, wpływów form dawniejszych na późniejsze, w tym samym lub w innych krajach, wreszcie wielkich prądów, które wpływały na rozwój prawa. Metoda jest podobna do metody historii prawa poszczególnych narodów; jest również podobna do metody opracowania syntezy powszechnej historii gospodarczej czy społecznej.

Porównawcza historia prawa w skali powszechnej dąży do innego celu i posługuje się inną metodą. Dąży do wskazania na podobieństwa i różnice w rozwoju prawa poszczególnych krajów w określonych okresach ich rozwoju. Nie może być związana ściśle chronologią, gdyż powinna porównywać ze sobą systemy prawne, które mimo że w różnych krajach występowały w różnym czasie, przecież należą do tego samego, jak to można nazwać, czasu socjologicznego.

Weźmy na przykład studium porównawcze na temat historii dowodów sądowych³⁴. Studium chronologiczne śledziłoby historię tej instytucji od starożytności po dzień dzisiejszy, wskazując na różne kierunki jej rozwoju, na wpływy prawa egipskiego czy klinowego na prawo greckie,

³³ Ibidem, s. 9 i n.

³⁴ *Recueils de la Société Jean Bodin*, t. I, wyd. 2, 1958. Pierwsze wydanie ukazało się w „Revue d'Institut de Sociologie de l'Université de Bruxelles”, t. XXII 1936, s. 7 - 118.

następnie na prawo rzymskie, z kolei na dekadencję systemu rzymskiego w prawie bizantyńskim jak i zachodnio-europejskim, następnie na nawrót wpływów prawa rzymskiego na prawo kanoniczne w XII i XIII w. i rozwój systemu dowodów w prawie rzymsko-kanonicznym w jednej części Europy, podczas gdy w innej jej części powstały inne systemy. — Studium historyczno-porównawcze natomiast polegałoby tu na poszukiwaniu wielkich systemów, które istniały i które istnieją jeszcze oraz na odkrywaniu różnic i podobieństw między nimi. I tak w ogólnych konkluzjach, które nasz kolega Jean Philippe Lévy opracował na podstawie prac przeprowadzonych przez Société Jean Bodin, wyróżnił on trzy typy dowodów³⁵:

Systemy dowodów nieracjonalnych, gdzie sędzia odwołuje się do orzeczenia istoty nadprzyrodzonej; spotykamy się z nimi zwłaszcza w społeczeństwach archaicznych i feudalnych.

Systemy swobodnej oceny dowodów, gdzie sędzia swobodnie ocenia dowody według własnego sumienia.

Systemy dowodów legalnych, gdzie ustawa, prawo zwyczajowe, doktryna albo jurysprudencja precyzują jaka jest siła dowodowa każdego rodzaju dowodu, a sędzia jest zobowiązany rozstrzygnąć sprawę w oparciu o to, co zostało legalnie ustalone.

Dążenie do typologii stanowi zatem element istotny w metodzie i celach historii porównawczej prawa; z porównywania należy wyprowadzać główne typy systemów, z którymi można — bez liczenia się z czasem chronologicznym — wiązać nieskończoną różnorodność norm. Typologia nie stanowi jednak jedynego celu historii porównawczej prawa. Cele te są bardziej zróżnicowane; można by je wiązać z następującymi pojęciami: z definicją, z elementami składowymi, z typologią, z głównymi liniami rozwojowymi.

Duże znaczenie ma ustalenie definicji takiej, która by miała walec dla wszystkich krajów i wszystkich czasów, i która umożliwiłaby prawnikom i historykom posługiwanie się tym samym terminem dla określenia tej samej instytucji. Chodzi tu o uniknięcie pojęć nieprecyzyjnych, tak często występujących w humanistyce. Wchodzi tu w grę problem terminologii, która górowałaby nad różnorodnością języków.

Definicja stanowi funkcję czynników składowych instytucji; należy więc uwypuklić elementy instytucji istotne i stałe — w odróżnieniu od elementów dodatkowych czy przypadkowych, które mogą pojawiać się nieregularnie w różnych krajach i w różnych czasach. Jednak analiza owych właśnie elementów dodatkowych powinna umożliwić odróżnienie różnych kształtów badanej instytucji, pewnej liczby jej ty-

³⁵ J. Ph. Lévy, *L'évolution de la preuve des origines à nos jours*, Recueils de la Société Jean Bodin, t. XVII, s. 9 - 70.

pów. W ten sposób można więc dojść do typologii, którą odnieść by można do wszystkich czasów nie wyłączając czasów współczesnych.

Wreszcie przemiany, jakich instytucja doznaje zarówno w swych elementach istotnych, jak i dodatkowych mogą zostać sprowadzone do pewnych wielkich linii rozwojowych (*grands courants*), do kilku dominant rozwoju. W ten sposób historia porównawcza prawa służy ostatecznie lepszemu opisowi i rozumieniu powszechnej historii prawa.