

To, czego literatura dotychczasowa nas uczy, czasami, a może nawet i często stanowi to, co my sami włożyliśmy w źródła. Wobec tego całkiem nowa rola przypaść musi naszemu stosunkowi do źródeł tutaj nas interesujących. W tym zakresie, w jakim mogę sobie przypisywać osobistą kompetencję, mogę tylko całkowicie i bez zastrzeżeń potwierdzić opinię Hellmanna, że nasz materiał źródłowy jest „nadzwyczajnie szczupły i przedstawiający rozmałą wartość, a którego przygotowanie pomimo wielu dokładnych i podziękowania godnych studiów w rozmaitych wypadkach jeszcze pozostawia coś do życzenia” (s. 243). To i inne czynniki powodują, że nie możemy co do państw słowiańskich na razie oczekiwać takich odpowiedzi, jak je może dać nauka co do niemieckiego średniowiecza (s. 244).

W rezultacie wypadła autorowi obraz bardzo niejednorodny. Na Rusi siada władza książąt dzięki wiecowi, a mimo drużyny. Natomiast w Czechach i Polsce widzi autor po staremu ustrój kasztelański, silną i arbitralną władzę książąt, opartą na drużynie. Nawet jeszcze i teoria rodowa odgrywa pewną rolę w tym obrazie, chociaż nieco stonowaną (autor zna z najnowszej literatury polskiej tylko artykuły Bar-d a c h a i A d a m u s a z Czasopisma Prawno-Historycznego, t. IV). Innymi słowy, nie wydaje się nam autor stać daleko od koncepcji, że władza książąt czeskich i polskich opierała się jedynie na czystej sile fizycznej drużyny. W każdym razie podkreśla wielokrotnie, że państwa te były władcze, chociaż ogólnie też zauważa, że nie mogło tam brakować też elementu pospólnego, czego nie pokazuje nam na konkretach, lecz dedukuje z ogólnej zasady, że „władztwo i pospólność nie stanowią wcale wzajemnie wykluczających się przeciwieństw, lecz są wzajemnie uzupełniającymi się porządkami” (s. 256).

Za najważniejszy wynik tej rozprawy uważam stwierdzenie, że nie mamy zupełnie żadnych wiadomości o sakralnym charakterze słowiańskiej monarchii, tak że źródła stwarzają złudzenie, jakby dopiero po przyjęciu chrześcijaństwa ono dopiero tworzyć poczyniło jakieś zaczątki „religion royale”, w ogóle ideologii monarchii. Zgodzić się należy z Hellmannem, że na pewno chrześcijańscy kronikarze przemilczali całkowicie wszelkie pozostałości pogańskich wierzeń, a w tym i dotyczących monarchii. Mimo to brak ten jest tak daleko idący, że (przynajmniej co do terenu polskiego) możemy przyjąć co najmniej wielką słabość słowiańskiego pogańskiego sakralizmu władzy księcia. Z tego z jednej strony należy wyciągnąć wnioski o stosunkowo wielkiej słabości monarchii słowiańskiej od jej początku, a z drugiej strony należy zwrócić naszą uwagę na tę całą, nader skomplikowaną problematykę uznać za zasługę wpływu ze strony przodującej na tym odcinku nauki niemieckiej. Lecz zauważyć należy, że Hellmann nie jest tu pierwszy.

JAN ADAMUS (Łódź)

Max Jörg Odenheimer, *Der christlich-kirchliche Anteil an der Verdrängung der mittelalterlichen Rechtsstruktur und an der Entstehung der Vorherrschaft des staatlich gesetzten Rechts im deutschen und französischen Rechtsgebiet. Ein Beitrag zur historischen Strukturanalyse der modernen kontinental-europäischen Rechtsordnungen*, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 46, Bazylea 1957, ss. XII+165.

Autor uważa omawianą pracę za przyczynek do historycznej analizy współczesnych kontynentalnoeuropejskich systemów prawnych. Zadaniem tych fragmentarycznych badań jest wyciągnięcie wniosków z ustaleń takich nauk empi-

rycznych, jak historia prawa i socjologia prawa i oparcie na nich konstrukcji filozoficznych.

Rozprawa dzieli się na dwie części. Część pierwsza poświęcona jest omówieniu najważniejszych przyczyn niechęci, jaka cechowała germańsko-średniowieczne prawo wobec prawa stanowionego (*Gesetzesfremdheit*). Część ta składa się z trzech rozdziałów.

W rozdziale I omawia Odenheimer tradycjonalizm w średniowiecznym prawie germańskim. Rozwijając słynną charakterystykę średniowiecznego prawa, którą Fritz Kern zamknął w dwóch zdaniach: „Prawo jest stare” i „Prawo jest dobre”, autor stwierdza, że średniowiecze cechuje tradycjonalistyczny pogląd na prawo, który da się wyrazić zdaniem: „Prawo jest dobre, jeżeli jest stare i dlatego, że jest stare”. Prawem więc jest to, co przodkowie przekazali jako prawo. Dla tradycjonalistycznej świadomości prawnej prawo takie jest zawsze dobre. Nie do pomyślenia jest zwątpienie w celowość czy sprawiedliwość prawa odziedziczonego po przodkach, gdyż nikt jeszcze wówczas nie próbuje oceniać prawa pozytywnego z punktu widzenia jakiegoś idealnego prawa.

Przez „średniowieczną strukturę prawną” (*mittelalterliche Rechtsstruktur*) rozumie Odenheimer supremację „prawa tradycyjnego”. Ponieważ prawem jest to, co przodkowie uważali za prawo, dla tradycjonalistycznej świadomości nie jest ono nigdy tworzone, ale jest przekazywane w formie już gotowej z pokolenia na pokolenie.

Pojęcie więc prawa zwyczajowego w znaczeniu teorii klasycznej, tj. wykształconej przez postglosatorów i kanonistów w nawiązaniu do prawa rzymskiego, nie odnosi się do prawa tradycyjnego. Ustalanie określonych warunków, którym ma czynić zadość norma, aby uchodzić za normę prawną, jest sprzeczne z istotą prawa tradycyjnego. Nie zwyczaj zatem jest dla prawa tradycyjnego konstytutywny, ale przekazanie przez przodków, które może przejawiać się w zwyczaju ale też może niekiedy nastąpić w inny sposób (np. za pośrednictwem dokumentów).

W okresie wyłącznego panowania prawa tradycyjnego nie znajdujemy więc żadnej teorii prawa zwyczajowego. Potrzeba jej zjawia się bowiem dopiero tam, gdzie przeważa już idea prawa stanowionego i gdzie trzeba znaleźć kryteria decydujące o tym, kiedy norma zwyczajowa ma być uznana za wiążącą normę prawną. Dla tradycjonalistycznego poglądu ważny jest raczej problem, w jaki sposób poznać od dawna już obowiązujące prawo i jak udowodnić jego istnienie. Ustalenie i udowodnienie prawa ma duże znaczenie przede wszystkim w procesie.

Najwięcej miejsca poświęca autor księgom prawnym jako środkowi poznania prawa tradycyjnego. Dochodzi on do wniosku, że w żadnym wypadku nie możemy już w księgach prawnych odnaleźć dziś czystego tradycjonalistycznego ujęcia prawa. W najlepszym bowiem razie jest ono tylko w nieznacznym stopniu pomieszane z rzymskimi i kanonicznymi elementami, a w najgorszym — jest ono już zupełnie przez nie wyparte. Pomimo tego księgi prawne, przynajmniej w swych początkach, są ściśle związane z prawem tradycyjnym i dlatego mogą stanowić źródło jego poznania. Jednak oparte na prawie rzymskim naukowe opracowanie prawa tradycyjnego szybko wypaczyło jego sens. Teraz dopiero prawo tradycyjne staje się dla romanizującej nauki „prawem zwyczajowym”. Wynika stąd upośledzenie jego wobec prawa stanowionego i skodyfikowanego. Utrwalenie na piśmie prawa tradycyjnego umożliwiło naukowe jego opracowanie. Szczególnie wyraźnie widoczne jest wypaczenie prawa tradycyjnego na niemieckim obszarze prawnym, gdzie w XIV i XV stuleciu wtargnięcie prawa rzymskiego nastąpiło na szerokim froncie przede wszystkim przez głosowanie ksiąg prawnych. Rozdział I kończy autor

stwierdzeniem, że w strukturalnym rozwoju tradycyjnego porządku prawnego ustawa jako źródło prawa, jako źródło tworzące dopiero prawo, nie odgrywała żadnej roli albo tylko rolę nieznaczną. Idea prawa stanowionego, za którą kryje się możliwość świadomego i planowego tworzenia i kształtowania prawa, była obca tradycjonalistycznej świadomości. Dlatego tradycjonalistyczny sposób myślenia stanowi jedną z najważniejszych przeszkód w rozwoju prawa stanowionego. Zdobyć przez to prawo dominującego stanowiska we współczesnym systemie prawnym było możliwe dopiero po przełamaniu tej przeszkody.

Rozdział II nosi tytuł „Feudalizm a prawo stanowione”. Odenheimer przez feudalizm rozumie rozbić władzy państwowej. Feudalizm nosi więc w sobie dążność do usamodzielnienia i prywatyzacji prawa zwierzchności. Pociąga to za sobą i ten skutek, że najwyższa i centralna władza państwowa nie może już mieć nieograniczonego wpływu na przeprowadzenie swego ustawodawstwa, albo że władza ustawodawcza sama również ulega decentralizacji. Ten stan rzeczy nie może oczywiście sprzyjać rozwojowi prawa stanowionego. Słusznie jednak autor podkreśla, że feudalizm zawiera w sobie warunki, które doprowadzą w końcu do jego przewyciężenia, gdyż nie jest systemem statycznym, ale dynamicznym, opanowanym przez walkę centralnej władzy państwowej z władzami partykularnymi. W walce tej prawo lenne odgrywa nader ważną, ale nie we wszystkich państwach jednakową rolę. Ponieważ we Francji i w Anglii służy ono monarchii do przewyciężenia sił odśrodkowych, tam też tylko mogło powstać centralne ustawodawstwo o szerokim zasięgu. W Niemczech i we Włoszech natomiast przyczyniło się ono do osłabienia władzy centralnej. W krajach tych tworzenie prawa mogło w zasadzie nastąpić jedynie w drodze umowy lub przywileju, typowych zresztą form feudalnych powstania prawa.

Po tych socjologicznych uwagach autor przechodzi do rozważań historycznych i bada wpływ feudalizmu na prawo stanowione na trzech przykładach¹: a) stanowiska szlachty czeskiej wobec *Maiestas Carolina*, b) państwa stanowego w Anglii i Niemczech, oraz c) średniowiecznej Francji.

Słusznie zauważa autor, że skoro dostrzega się wewnętrzne powinowactwo pomiędzy feudalizmem i zazwyczaj nieracjonalizowanym prawem — rozumiały się stąd prawie religijny entuzjazm rewolucji francuskiej dla prawa stanowionego. Przewyciężenie feudalizmu i przewaga prawa stanowionego w Niemczech i we Francji zbiegają się przeważnie w czasie. Można zatem feudalizm, podobnie jak tradycjonalistyczne poglądy na prawo, uznać za siłę hamującą rozwój prawa stanowionego.

W rozdziale III autor zajmuje się innym jeszcze czynnikiem, który wprowadzić nie może dorównać tym dwóm swym znaczeniem, ale przynajmniej do wynalezienia prasy drukarskiej musiał również odgrywać rolę hamującą rozwój prawa stanowionego, a mianowicie problemem technicznej publikacji prawa w średniowieczu. Wobec trudności w tej dziedzinie średniowieczny ustawodawca Rzeszy

¹ Autor nie uwzględnia działalności ustawodawczej królów germańskich. Jak wiadomo królowie burgundzcy, longobardzcy i wizygoccy mieli władzę ustawodawczą. Ustawy królewskie były zastosowaniem prawa szczepowego do poszczególnych przypadków. W edykcje z 614 r. musiał Chlotar przyrzec, że będą one zgodne z prawem szczepowym. Jeżeli prawo królewskie znalazło się w sprzeczności z prawem szczepowym, jak na przykład przy zakazie wroźdy, to — jak sądzi Mitteis — wynikało to z myśli, że monarchia powołana jest do wyprzedzania ludu w rozwijaniu prawa i wdrażania go do przyjęcia nowego, lepszego prawa. Por. H. Mitteis, *Der Staat des hohen Mittelalters*, wyd. 5, Weimar 1955, s. 33—34 i 46.

szukał często innych niż ustawa form stanowienia prawa. Formami takimi są przywileje, wyroki i umowy o znaczeniu normatywnym².

Ten rozdział kończy Odenheimer bardzo interesującym spostrzeżeniem, że trudności publikacyjne, z którymi musiał borykać się średniowieczny legislator, tłumaczą nam w pewnym stopniu, jak niebezpieczna jest skłonność historyków prawa do korzystania ze średniowiecznych ustaw jako wyłącznego źródła poznania dawnych stosunków prawnych. W średniowieczu bowiem prawodawstwo i rzeczywistość prawna często różnią się bardzo od siebie³.

Część druga rozprawy Odenheimera poświęcona jest zbadaniu udziału chrześcijaństwa i Kościoła w powstaniu przewagi prawa stanowionego we współczesnych kontynentalnoeuropejskich systemach prawnych. Część ta obejmuje pięć rozdziałów.

W rozdziale I autor przedstawia teoretyczne podstawy poruszanego problemu. Przeprowadza więc najpierw porównanie chrześcijańskiej i tradycjonalistycznej myśli. Obie są związane autorytetem, ale w chrześcijańsko-dogmatycznej myśli treść tego autorytetu znajduje swą legitymację nie w odwieczności ale w pochodzeniu z boskiego objawienia. W objawieniu więc myśl chrześcijańska znajduje miarę dla oceny wszystkich wyłaniających się przed nią problemów. Występuje to zwłaszcza w chrześcijańskiej doktrynie prawa zwyczajowego. Od czasu Tertuliana po nasze czasy katolickie prawo kościelne uważa za najważniejszą przesłankę prawnego obowiązywania zwyczaju jego *rationabilitas*, tj. zgodność jego z dogmatami Kościoła i z boskim objawieniem. Także prawo stanowione podlega wymogowi *rationabilitas*. Tradycjonalistyczne myślenie uznawało złe zwyczaje prawne co najwyżej za degenerację starego prawa. Mogły one być skorygowane przez jego odnowienie (*Wiederherstellung*). Nigdy jednak obowiązujące prawo nie było świadomie porównywane z prawem wyższym⁴. Dopiero teraz na gruncie chrześcijańskiej myśli powstaje pogląd, że stary zwyczaj traci swą moc obowiązującą, jeżeli jest on sprzeczny z objawieniem boskim lub z nauką Kościoła. „W ten sposób zostaje zburzona w swej najgłębszej treści podstawowa zasada tradycjonalistycznej koncepcji, według której prawem jest to, co przez przodków zostało przekazane jako prawo” (s. 43).

² Ciekawy pogląd na znaczenie prawa z 1220 r. (*Confoederatio cum principibus ecclesiasticis*) i prawa z 1231—1232 (*Statutum in favorem principum*) wypowiada Mitteis. Ustawy te spotkał taki sam los, co angielską Magna Carta z 1215 r. Pierwotnie pomyślane były one jedynie jako „prawo okolicznościowe”, ale historia wyposażyła je w znaczenie, którego nie mogli przewidzieć współcześni. Decydujący był ich umowny charakter, ich duch i zasada, nie zaś materialna treść poszczególnych postanowień. Mitteis słusznie stwierdza, że prawa te miały raczej symptomatyczny, a nie normatywny charakter. Okoliczność, że Rzesza zawierała ze swymi książętami umowy w formie ustaw, które miały niemalże charakter traktatów międzynarodowych, była znacznym krokiem na drodze do federalnego ukształtowania Rzeszy. Por. Mitteis, o. c., s. 351—352.

³ Także polskie materiały źródłowe świadczą często o niezgodności pomiędzy praktyką sądową a prawem stanowionym. O dysharmonii pomiędzy orzecznictwem sądów a Statutami Kazimierza Wielkiego por. np. S. Kutrzeba, *Mężobójstwo w prawie polskim XIV i XV w.*, Kraków 1907, s. 12—13, R. Taubenschlag, *Prawo karne polskiego średniowiecza*, Lwów 1934, s. 20—21, 24—25, 37—38 i 40—41.

⁴ Autor nie zwrócił uwagi na ciekawą definicję ustawy u Izydora, biskupa z Sewilli (VII w.): *Lex est constitutio populi, quam maiores natu cum plebibus sanxerunt. Erit lex honesta, iusta, possibilis secundum naturam, secundum consuetudinem patriae, loco temporisque conveniens (...) pro communi utilitate conscripta* (*Originum sive etymologiarum libri*, II, 10, w: J. P. Migne, *Patrologiae cursus completus*, Series Latina, t. 82, col. 342).

Chrześcijańska myśl ujmuje prawo przede wszystkim jako dzieło zwierzchności, które ma służyć świadomie pojętemu zadaniu. Oba elementy ściśle związane z myślą chrześcijańską, zasada prawa natury i zasada legislacyjna spowodowały, że trzeba było sprawdzać zgodność tak ustawodawstwa jak i zwyczaju mającego moc prawną z zasadami objawienia i prawem boskim.

W rozdziale II autor zajmuje się świeckim ustawodawstwem w czasach po-frankońskich i jego chrześcijańskimi i kościelnymi podstawami. Porusza on tutaj niesłychanie ważną sprawę rozróżniania dobrych i złych zwyczajów.

Przyjęcie chrześcijaństwa przez ludy germańskie doprowadziło do typowo chrześcijańskiego rozróżnienia pomiędzy zwyczajami odpowiadającymi przykazaniom bożym, a takimi, które odbiegają od nich, pomiędzy *consuetudines bonae, justae et rationabiles* a ich przeciwieństwem. Jak wiadomo, F. Olivier-Martin wskazał już w 1938 r. na konsekwencje, które monarchia francuska wyciągnęła z tego rozróżnienia, interweniując w celu obalenia *iniusta consuetudo*⁵.

W pewnym stopniu ustawodawstwo ordonansowe królów francuskich rozwinęło się z tego uchylania lub korygowania „złych zwyczajów”⁶.

Podobne procesy występują również w Niemczech⁷. Ale, jak twierdzi Odenheimer, źródła wymagają jeszcze dokładnego zbadania⁸.

Także „średniowieczny ruch pokoju” wykazuje pewien wpływ na rozwój prawa stanowionego. Walka z anarchią feudalną zwraca się przynajmniej początkowo przeciw instytucji procesowej, a mianowicie przeciw wróżdzie, rycerskiemu prawu samopomocy i ich zdegenerowanym formom. Kościół nie wahał się wkroczyć w prawo obowiązujące przez ustanawianie pokoju bożego (*treuga Dei*), ograniczającego prawo do wróżdy. Ten ruch pokoju doprowadził również i w dziedzinie

⁵ F. Olivier-Martin, *Le roi de France et les mauvaises coutumes au moyen âge*, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germ. Abt., t. LVIII, 1938, s. 108 n. Por. też R. Wehrle, *De la coutume dans le droit canonique*, Paryż 1928, s. 111—119 oraz 155—156.

⁶ E. Chénou, *Histoire générale du droit français public et privé des origines à 1815*, t. I, Paryż 1926, s. 519—520.

⁷ S. Brie, *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht. Eine historisch-dogmatische Untersuchung*, t. I: *Geschichtliche Grundlegung (bis zum Ausgang des Mittelalters)*, Wrocław 1899, s. 241—244. O orzekaniu przez angielski sąd królewski o słuszności zwyczaju (*reasonableness of custom*) por. C. K. Allen, *Law in the Making*, wyd. 6, Oksford 1958, s. 599—617 (Appendix I).

⁸ Także prawo polskie, pozbawiając mocy obowiązującej zwyczaje, kwalifikuje je jako „zgubne”, „szkodliwe”, „złe”, „przeciwne prawu”, „niedorzeczne”, „przewrotne”, „niesprawiedliwe” itd. Tak np. Statuty Kazimierza Wielkiego uchylają zwyczaje prawne określone jako *consuetudo permiciosa* (art. 5), *consuetudo prava* (art. 13), *consuetudo abusiva*, *consuetudo iuri contraria et absurda* (art. 54), *consuetudo iniquissima* (art. 64). (Por. L. Łysiak i S. Roman, *Polskie statuty ziemskie w redakcji najstarszych druków (Syntagmata)*, Wrocław—Kraków 1958, s. 65, 68, 85 i 88). Statut krakowsko-warszawski uchyla zwyczaje jako *consuetudo perversa* (art. 1) i *consuetudo damnosa* (art. 2). Por. tamże s. 118 i 119. Akt przywrócenia do Korony i przywilej ziemi gostyńskiej z 14 grudnia 1462 znosi zwyczaj skupywania córek z dóbr ojczystych przez braci stryjecznych jako *consuetudo ordinationis et legi divinae contraria* (por. *Starodawne prawo polskie pomniki*, t. I, s. 299; por. też VL, t. I, s. 277—278 *consuetudo contra omnem iuris, iustitiae et aequitatis communis rationem*); tamże, s. 378—379 — (*consuetudo iniqua*), VL, t. II, s. 1469 — „zwyczaje szkodliwe i prawu koronnemu przeciwne”, VL, t. VI, s. 465 — („zły przykład i zwyczaj”); *Corpus Juris Polonici*, t. III, s. 157 *consuetudo iniqua, consuetudo perniciosia*). Janko z Czarnkowa pisze o dziele ustawodawczym Kazimierza Wielkiego: ...*omnes consuetudines iuri et rationi dissonas abiciens*... (por. MPH, t. II, s. 624).

prawa świeckiego do bardzo ważnych aktów ustawodawczych w Niemczech i we Francji⁹.

Zwalczanie ruchów kacerskich (od XII stulecia) stanowiło przede wszystkim zadanie Kościoła, ale często zwracał się on do władzy świeckiej o pomoc. Tak więc zwalczanie herezji stanowi niekiedy jedną z przyczyn działalności ustawodawczej¹⁰. Wydaje się słuszne zastrzeżenie Odenheimera, że ten motyw pozostaje daleko w tyle za dwoma już omówionymi (tzn. rozróżnieniem dobrych i złych zwyczajów i ruchem pokoju).

W ten sposób jeszcze przed wtargnięciem działania prawa rzymskiego Kościół przez swoją ingerencję w prawo tradycyjne przygotował nie tylko w teorii, ale także i w praktyce grunt dla stanowienia prawa przez zwierzchność.

W rozdziale III, pt. „Skutki stanowiska ustawy w średniowiecznym prawie kościelnym”, zastanawia się autor nad rolą prawa stanowionego w średniowiecznym prawie kościelnym i kwestią wpływu tego prawa na stworzenie strukturalnej przewagi świeckiego prawa stanowionego. Rozwój sądów synodalnych (*Sendgerichte*) potwierdza jego wcześniejsze wywody o stosunku pomiędzy feudalizmem a prawem stanowionym. Pod naporem idei *Weistum* i feudalizmu załamało się w dziedzinie sądów synodalnych początkowe panowanie prawa stanowionego i pisanego. W czasach frankońskich i pofrankońskich hegemonia stanowionego prawa kościelnego musiała ponieść pewne straty, przede wszystkim wskutek sprawy kościołów prywatnych. Kościół prywatny dawał bowiem możliwość świeckiego władztwa nad Kościołem, a to najbardziej zagrażało powadze kościelnego prawa stanowionego i tym samym paraliżowało wpływ jego na świeckie prawo stanowione.

Prawo kanoniczne, rozwijające się wskutek reform gregoriańskich i sporu o inwestyturę, wypowiedziało walkę kościołom prywatnym oraz nabywalności stanowisk kościelnych (symonii). Chciało ono podporządkować sobie prawo świeckie. Środkami, którymi posługiwał się Kościół w tej walce, były: 1) nawrót do antycznego prawa kościelnego, *statuta sanctorum patrum* i *canonicae traditiones*, 2) naukowe opracowanie i zharmonizowanie tego prawa, aby mogło uczynić zadość potrzebom reformy, 3) rozbudowa papieskiego prymatu ustawodawczego. Prawo kościelne staje się w całokształcie swym prawem papieskim, to znaczy prawem najwyższego w świecie katolickim autorytetu.

Autor uważa, że tylko prawo rzymskie zbudzone właśnie w Bolonii do nowego życia mogło przeciwstawić tym założeniom program równowartościowy. Program ten wykazywał tendencję do cesarskiego absolutyzmu, przejawiającego się już w kodeksie Justyniana. Jedynie na podstawie prawa rzymskiego możliwe było

⁹ Warto zaznaczyć, że chrześcijańska koncepcja pokoju znalazła po raz pierwszy na Zachodzie swój wyraz w *Admonitio generalis* Karola Wielkiego z 789 r. Król powołując się na piąte przykazanie dekalogu, występuje przeciwko germańskiej wróżdzie i zakazuje m. in. *homicidia infra patriam ... nec causa ultionis nec avaritiae, nec latrocinandi* (*Admonitio generalis* 66 i 67, w: *Mon. Germ. Hist., Capitularia I*, s. 59). O znaczeniu tego prawodawstwa por. F. L. Ganshof, *Charlemagne, Speculum*, t. XXIV, 1949, s. 520 i n., oraz E. Ewig, *Zum christlichen Königsgedanken im Frühmittelalter* w: *Vorträge und Forschungen*, t. III: *Das Königtum. Seine geistigen und rechtlichen Grundlagen*, Lindau i Konstancja 1956, s. 63 i 68. Także instrukcje generalne dla missi z 802 i 805 r. wprowadzają bezwzględny zakaz wróżdy i polecają pokrzywdzonym przyjmować *wergeld* (por. *Mon. Germ. Hist., Capitularia I*, s. 97 i 123, oraz Ewig o. c., s. 68). Z czasów Hohenstaufów Odenheimer pominął *Landfrieden* z 1179 r. (por. *Mon. Germ. Hist., Constitutiones I*, s. 283).

¹⁰ Także nawracanie pogan może powodować wydawanie nowych praw. Por. na przykład wzmiankę Kroniki Wielkopolskiej o edyktie Bolesława Kędzierzawego dla podbitych ziem pruskich (MPH, t. II, s. 524—525).

przeciwstawienie prawa świeckiego jako prawa cesarskiego prawu papieskiemu. W ten sposób reformy gregoriańskie i papieskie dążenia do hegemonii pociągnęły za sobą nie tylko w politycznej, ale i w prawnej dziedzinie zburzenie porządku średniowiecznego. To naukowe opracowanie i rozbudowanie prymatu ustawodawczego niszczy starą i tworzy nową strukturę prawną. Nie jest to już stare, od przodków przejęte, ale nowe, wydane przez zwierzchność prawo.

Omówieniu tych zjawisk poświęca Odenheimer rozdział IV pt. „Antykuralna publicystyka a idea prawa stanowionego”. Autor zajmuje się w nim przenikniętą elementami prawnymi literaturą polemiczną teologiczną i filozoficzną, towarzyszącą wielkim zmaganiom pomiędzy kurią papieską i władzą świecką od XI do XIV stulecia¹¹. Omawia więc spór o inwestyturę, który po raz pierwszy ujawnił obraz cesarza jako źródła całego prawa, w oparciu o wpływ prawa rzymskiego i rzymskie wyobrażenie imperatora. Królewskie uprawnienie ustawodawcze jako istotny atrybut władzy państwowej bez porównania ostrzej występuje w pismach polemicznych publikowanych w związku ze sporem pomiędzy Filipem Pięknym i Bonifacym VIII. Projekt królewskiej odpowiedzi na bullę papieską *Ineffabilis amoris* zaczyna się od słów: *Antequam essent clerici rex Franciae habebat custodiam Regni sui et poterat statuta facere*. W tej literaturze polemicznej widoczne są wpływy prawa rzymskiego i na nowo odkrytych pism politycznych Arystotelesa. Również nie bez znaczenia jest okoliczność, że papieństwo rości sobie teraz pretensje do obli-gatoryjnego prawa aprobaty także i w sprawach świeckich — *in temporalibus*. Przeciw tym uroszczeniom bronią się przedstawiciele stronnictwa królewskiego. Anonimowy *Dialogus inter clericum et militem* łączy nawet uprawnienia ustawodawcze z ideą suwerenności. Zdolność do stanowienia prawa jest atrybutem tego, ponad którym *non est superior ullus*.

W czasie zatargu pomiędzy Ludwikiem Bawarskim a Janem XXII występuje Marsyliusz z Padwy, który w *Defensor pacis* po raz pierwszy w średniowieczu odróżnia władzę ustawodawczą od wykonawczej. Polemizując z Carlylem, Odenheimer stwierdza, że przez prawo rozumie *Defensor pacis* jedynie prawo stanowione przez ludzi. Tylko tym prawem związana jest władza wykonawcza (*pars principans*), nie zaś boskim czy naturalnym prawem, jak w chrześcijańskiej nauce o państwie, ani też prawem tradycyjnym, jak u Bractona lub w Asyzach Królestwa Jerozolimskiego. Ta różnica ma olbrzymie znaczenie dla stosunku monarchy do narodu.

Podczas gdy w zasięgu tradycjonalistycznego pojmowania prawa naród i panujący są zasadniczo równorzędni wobec prawa, gdyż wobec obu występuje ono jako coś już danego (*Gegebenes*), podczas gdy według chrześcijańskiej koncepcji¹² naród ma przynajmniej bierne prawo oporu wobec władcy naruszającego prawo boże, to według Marsyliusza z Padwy stosunek ten zmienia się całkowicie na korzyść narodu. Panujący jest związany prawem stanowionym przez naród. Jest on tylko organem i narzędziem w ręku narodu, który ze swej strony nie wydaje się bezwarunkowo związanym przez jakiekolwiek normy wyższego prawa.

¹¹ Wzajemnym stosunkiem papieństwa i cesarstwa zajmuje się T. Mayer w interesującej rozprawie, która ukazała się już po recenzowanym dziele Odenheimera. Por. T. Mayer, *Papstum und Kaisertum im hohen Mittelalter. Werden, Wesen und Auflösung einer Weltordnung. Ein kritischer Überblick*, Historische Zeitschrift, t. 187, 1959, s. 1—53.

¹² Autor pomija tutaj interesującą wypowiedź Izydora z Sewilli o podporządkowaniu monarchy własnym prawom: *Iusta est enim vocis eorum auctoritas, si quod populus prohibent, sibi licere non patiantur* (*Sententiarum sive de summo bono libri*, III, 51, 2, w: J. P. Migne, o. c., t. 83, col. 723).

To związanie panującego prawem stanowionym przez naród jest istotą konstytucyjnej funkcji tego prawa.

Ostatni rozdział (V) poświęcony jest przedstawieniu znaczenia udziału Kościoła w powstaniu strukturalnej przewagi prawa stanowionego we współczesnych kontynentalnoeuropejskich systemach prawnych.

Autor bardzo silnie podkreśla udział Kościoła w tych procesach. Jego zdaniem, był on dwojakiego rodzaju. Przede wszystkim Kościół działał jako wzór dzięki temu, że po raz pierwszy w średniowieczu próbował w swej organizacji wewnętrznej urzeczywistnić w szerokim zakresie ideę zwierzchności, która ustanawia prawa. Po wtóre — wpływ chrześcijański przyczyniał się do powstania przewagi prawa stanowionego także i przez to, że zastępował tradycyjalistyczny pogląd na prawo zupełnie odmiennym zapatrywaniem. Chrześcijański pogląd na prawo nie zastąpił jednak prawa przodków po prostu przez prawo zwierzchności. Pozwalał on wprowadzić jej tworzyć przez nowe ustawy nowe prawo lub zmieniać czy uchylać stare zwyczaje, ale tylko w ramach owego wyższego prawa, które ludzie mogą tylko uznać, ale nigdy nie mogą go zmienić. Odenheimer, który sam hołduje idei prawa natury, analizując znaczenie czynników, które doprowadziły do prymatu ustawy we współczesnym prawie, dochodzi do wniosku, że ta przewaga prawa stanowionego powstała historycznie na podstawie związania ustawodawcy prawem wyższym. Wszelkie inne czynniki, które obok chrześcijaństwa brały udział w powstaniu dominacji ustawy, poddały się też temu prawu wyższemu (nawet prawo rzymskie w postaci recypowanego Corpus Juris). Ten warunek utrzymał się przez całe średniowiecze, a później, przeważnie już w formie sekularyzowanej, działał do końca XVIII stulecia.

Przy stanowieniu prawa wskazanie na suwerenną wolę ustawodawcy wystarczy jedynie w wypadkach wyjątkowych. Może to mieć miejsce, kiedy ten ustawodawca (podobnie jak w koncepcji tradycyjalistycznej) jest „dobry” albo jest obdarzony charyzmatem. Tak więc na przykład *dumne car tel est notre plaisir* francuskich monarchów absolutnych można rozumieć, jak to wykazali już Marc Bloch i P. E. Schramm, jedynie na tle francuskiej mistyki królewskiej¹³. Poza tym jednak dla uzasadnienia autorytetu prawa stanowionego konieczne jest wskazanie na ideę lub prawo wyższe. „Prawo stanowione bowiem nie występuje jak tradycyjne, jako fakt, ale zgodnie ze swą istotą służy realizacji świadomości kształtowanej idei albo porządku życia (*Lebensordnung*)” (s. 82). Skoro brak tego warunku, wówczas, jak to się stało za czasów hitleryzmu, wyradza się ono i przekształca w powołne narzędzie w ręku sił politycznych i przez to traci swój autorytet wewnętrzny.

Na tym właśnie polega wykraczające poza przedstawione w pracy związki historyczne znaczenie udziału Kościoła w powstaniu przewagi prawa stanowionego. Kościół średniowieczny nie tylko popierał zdecydowanie powstanie tej dominacji, ale też nałożył jej natychmiast — konieczne przynajmniej w świadomości współczesnych — związanie i ograniczenie. Trzeba podkreślić, że podobny pogląd wypowiedział już Gierke¹⁴.

W ten sposób autor dochodzi do problemu ustawowego bezprawia i ponadustawowego prawa, problemu, który po klęsce hitleryzmu szeroko był dyskutowany w literaturze niemieckiej, szwajcarskiej, francuskiej i włoskiej (obszerne — chociaż nie wyczerpujące — zestawienie piśmiennictwa, s. 84—85). Zagadnieniu

¹³ Por. M. Bloch, *Les rois thaumaturges*, Strasburg 1924 i P. E. Schramm, *Der König von Frankreich*, t. I, Weimar 1939.

¹⁴ Por. O. Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, t. III, Berlin 1881, s. 609 i n.

temu poświęca też autor krótki ekskurs I (s. 151—153), w którym sumarycznie omawia poglądy od Cyserona do XVIII w. Ekskurs II poświęcony jest wpływowi tradycjonalizmu na prawo. Autor raz jeszcze podkreśla, że prawo tradycyjne jest formalistyczne i partykularne, nie zna też podziału na prawo pozytywne i idealne. Wskazuje on też na właściwą tradycjonalizmowi tendencję do tworzenia tzw. *legal myth*. Jest to wprowadzony przez Pollocka i Maitlanda¹⁵ termin oznaczający przypisywanie wydania praw osobom, które jako otoczone mitem założycieli państwa lub jako zasłużeni monarchowie przeszłości żyją nadal we wspomnieniach ludu.

Zupełnie niezrozumiałe jest wprowadzenie do pracy ekskursu III o trzech *coutumiers* XIII w. (*Conseil de Pierre de Fontaines, Livre de Justice et de Plet i Etablissements de Saint Louis*). Ekskurs ten nie wnosi nic nowego ponadto, co można przeczytać w każdym podręczniku historii prawa francuskiego.

Ostatni wreszcie ekskurs (IV) omawia krótko motywację średniowiecznego ustawodawstwa przez powołanie się na „dobro ogółu”. Słusznie stwierdza Odenheimer, iż to uzasadnienie praw „dobrem ogółu” tak często występuje w średniowieczu, że trudno wykazać dokładną genezę tej motywacji i wobec tego bezprzedmiotowa jest dyskusja nad jej pochodzeniem.

Autor zestawiał ciekawy materiał źródłowy i korzystał z wielką znajomością rzeczy z bogatej literatury. Rzuca się jednak w oczy nierówne opracowanie poszczególnych partii recenzowanej pracy. Obok bardzo erudycyjnych dociekań rażą liczne ustępy referujące znane już od dawna wyniki badań innych autorów (np. o *coutumiers*, s. 13—19 i 61—63) albo też zawierające powierzchowne tylko wywody (np. o nauce ojców Kościoła i doktrynie św. Tomasza z Akwinu, s. 43—45).

Sama koncepcja monografii jest bardzo ciekawa i zachęcająca do dalszych badań nad procesem stopniowego wypierania prawa zwyczajowego przez prawo stanowione i czynnikami, które odegrały tu decydującą rolę.

Nie da się zaprzeczyć, że Kościół i prawo kanoniczne w dużym stopniu wpływały na przebieg tego procesu. Już z uniwersalnego charakteru Kościoła wynikała niechęć jego do partykularnego prawa zwyczajowego. Autor jednak wyolbrzymia rolę Kościoła i tym samym nie zwraca należytej uwagi na inne czynniki. Urzeka go pewien schemat i każe mu zapomnieć nieraz całkowicie o stosunkach społecznych i politycznych, zmieniających się i decydujących w konkretnych warunkach o określonych uprawnieniach monarchy jako ustawodawcy, o odśrodkowych tendencjach feudałów, paraliżujących akcję zjednoczenia i utrudniających kształtowanie się ustroju państwa scentralizowanego. Tam zaś gdzie autor wspomina o tych czynnikach, traktuje je po macoszemu i przyznaje im tylko drugorzędną rolę.

Nie można zgodzić się z tezą Odenheimera o całkowitej niezmienności prawa tradycyjnego. Rozwój gospodarczy i społeczny wytwarza stopniowo nowe normy, które powoli uzupełniają, zmieniają lub wypierają stare zwyczaje prawne. Nie wydają się też przejrzyste i precyzyjne wywody o fikcyjnym tradycjonalistycznym tworzeniu prawa, przy którym — według autora — nowe w rzeczywistości prawo podawane jest jako stare albo jako przywrócenie starego prawa. Odenheimer nie potrafi dać przykładu takiego tworzenia prawa, zaznaczając, że wymagałoby to jeszcze zbadania materiałów źródłowych. Stwierdza tylko, że nie chodzi tu o *legal myth* ani też o tak częste w średniowieczu fałszowanie przywilejów i innych dokumentów i wyraża przypuszczenie, że fikcyjnie tylko tradycjonalistyczne tworzenie

¹⁵ F. Pollock i F. Maitland, *The History of English Law before the Time of Edward I*, t. I, Cambridge 1895, s. 42.

prawa musiało zapewne występować w codziennej praktyce, kiedy przy wymiarze sprawiedliwości wobec braku spisów prawa tradycyjnego układający *Weistum* i sędziowie łatwo identyfikowali własne poczucie prawa z prawem obiektywnie istniejącym.

Poważną wadą omawianego dzieła jest chaotyczność niektórych rozdziałów. Odenheimer rozpatruje obszernie różnorodne, mniej ważne zagadnienia, bardzo luźnie tylko związane z właściwą tematyką książki, naruszając proporcje w układzie materii i rozpraszając uwagę czytelnika. Wiele problemów można by było ująć znacznie zwięźle i precyzyjniej (np. pojęcie prawa tradycyjnego, które autor omawia wielokrotnie, nie szczędząc słów i powtarzając znane już czytelnikowi sformułowania).

Pragnę zwrócić uwagę na jeszcze jeden szczegół związany raczej z układem graficznym omawianej pracy. Umieszczenie przypisów na końcu książki utrudnia w dużym stopniu korzystanie z nich. Na takim rozczłonkowaniu tekstu i rozbudowie przypisów cierpi konstrukcja pracy oraz przejrzystość wywodów.

Powyższe uwagi krytyczne nie umniejszają niewątpliwie wartości tej interesującej rozprawy, która stwarza podstawy do dyskusji i zapewne pobudzi i naszych autorów do zwrócenia uwagi na zagadnienia niemal nie tknięte dotąd w naszym piśmiennictwie.

HENRYK GRAJEWSKI (Łódź)

Miroslav Boháček, *Processus iudiciarius secundum stilum Pragensem*, Akademiku Václavu Vojtíškovi k 75 narozeninám [pracovníci Archivu ČSAV, Praha 1958, s. 5—35].

W książce pamiątkowej, ogłoszonej w formie powielanego maszynopisu celem uczczenia 75 rocznicy urodzin członka Czeskosłowackiej Akademii Nauk Václava Vojtíška, wybitny romanista czeskosłowacki Mirosław Boháček ogłosił cenny artykuł poświęcony interesującemu pomnikowi średniowiecznej kanonistycznej literatury procesowej, którego tekst odkrył autor w rękopisie ongiś kapituły ołomunieckiej, dzisiaj przechowywanym w Archiwum Państwowym w Ołomuńcu pod sygnaturą C. O. 309. Ukazanie się tego artykułu jest dowodem wzrostu zainteresowań nauki krajów demokracji ludowej od lat leżącą odłogiem średniowieczną kanonistyką (na Węgrzech Michel Móra, w Czechosłowacji Jiří Kejř, W Polsce obok Jakuba Sawickiego i Adama Vetulaniego ostatnio Jan Baszkiewicz). Szczęśliwie zwycięża pogląd, że bez studium średniowiecznych pomników prawa rzymskiego i kanonicznego i obfitej dawnej literatury prawniczej nie potrafi się należycie zrozumieć i wyjaśnić szeregu węzłowych zagadnień europejskiego średniowiecza. Wprawdzie praca M. Boháčka powstała, zdaje się, na marginesie jego badań nad rozwojem prawa rzymskiego w Czechosłowacji, a to w związku z jego współpracą nad przygotowaniem wielkiej syntezy średniowiecznego prawa rzymskiego, w której biorą udział przedstawiciele niemal wszystkich krajów europejskich (z polskich uczonych do współpracy był zaproszony niedawno zmarły prof. Rafał Taubenschlag), niemniej da ona impuls do dalszych analogicznych studiów. Średniowieczna kanonistyka jest bowiem tak silnie zespolona z średniowieczną romanistyką, że poprawnie prowadzone studia nad jedną dyscypliną muszą oddziaływać na rozwój drugiej dyscypliny.

Pomnik odkryty przez prof. Boháčka wzbogaca przekazy znanego i omówionego