

Tomasz Giaro

Dogmatyka a historia prawa w polskiej tradycji romanistycznej

Prawo Kanoniczne : kwartalnik prawno-historyczny 37/3-4, 85-99

1994

Artykuł został zdigitalizowany i opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

TOMASZ GIARO

**DOGMATYKA A HISTORIA PRAWA W POLSKIEJ TRADYCJI
ROMANISTYCZNEJ**

1. Ciągłość a kontrast; „użyteczne dziś” a „ważne ongiś”.
2. Rozbrat historii prawa z jego dogmatyką w XIX wieku.
3. Polska tradycja romanistyczna epoki rozbiorowej.
4. Paradoksy romanistyki; próba ich przezwyciężenia.

1. W ostatnim okresie swej twórczości naukowej, szczególnie w pracy *Prawo rzymskie a współczesność*, Henryk Kupiszewski skłaniał się do poglądu, że historia prawa to nic innego niż badanie kultury prawnej w jej aspekcie historycznym. Wspomniana praca pozostawia na boku prawo jako system norm i kładzie nacisk na naukę i nauczanie prawa, które zdaniem Kupiszewskiego opierają się od czasów rzymskich do dziś na tych samych strukturach logicznych i ideałach etycznych¹. Koncepcja historii prawa jako historii kultury prawnej implikuje ujęcie prawa rzymskiego z jednej strony jako części kultury antycznej, a z drugiej – w tym zakresie, w jakim zostało ono przyswojone przez współczesną kulturę europejską – również jako części tej ostatniej². Ścisłej mówiąc, ponieważ „na kulturę prawną składają się dwa pierwiastki: tradycja i postęp”³, jest ono tej kultury komponentą tradycyjną.

Mniemanie, jakoby zadaniem historii prawa była przede wszystkim pielęgnacja tradycji, tego „co się odziedziczyło”, jest wśród historyków prawa, szczególnie prywatnego, bardzo rozpowszechnione. Sam Kupiszewski określa je jako „chyba zrozumiałe”⁴. Jest ono także – jako produkt Szkoły Historycznej⁵ – nienowe. Sto trzydzieści lat temu romanista warszawski Władysław Okęcki utożsamia w swym wykładzie inauguracyjnym w Szkole Głównej historię z tradycją: „Wszelkie prawo na wzór rzymskiego powinno być tradycyjne, a wszelki wykład prawny powinien na uwypatnienie tej tradycyjności być skierowany, czyli, że powinien być historyczny”⁶. Dawność, popularność, pozorna zrozumiałość tego mniemania nie mogą jednak

¹ *Prawo rzymskie a współczesność*, Warszawa 1988, s. 5 n.

² Tamże, s. 13, 215; tenże, *Continuità nel diritto*, Stud. Iurid. 12 (1985) s. 184.

³ Tenże, *Prawo rzymskie*, dz. cyt., s. 6.

⁴ Tamże; por. T. G i a r o, *Temi e prospettive della romanistica contemporanea*, Index 18 (1990) s. 453 nn.

⁵ H. M i t t e i s, *Die Rechtsgeschichte und das Problem der historischen Kontinuität*, Berlin 1947, s. 8, n.; A. S c h i a v o n e, *Storiografia e critica del diritto*, 1980, s. 18 nn.

⁶ *O wyborze metody do wykładu prawa rzymskiego*, Warszawa 1865, s. 33.

pokryć pewnej jego osobliwości: historyk nauki starożytnej, obyczaju średnio-wiecznego czy gospodarki wczesnokapitalistycznej nie domaga się przecież ich powrotu, ba, w innych dziedzinach prawa, szczególnie publicznego, pielęgnowania tak odległych tradycji nie uważa się za wartość samą w sobie.

A jednak historycy prawa uznają na ogół jego ontologiczną ciągłość za niezbędną legitymację nie tylko konkretnych programów badawczych, ale i całej dyscypliny⁷, tak jakby nie mogła się ona równie dobrze legitymować przez kontrast w stosunku do współczesności⁸. Jeśli wykład historyczno-prawny ma rozwijać kulturę, wrażliwość i wyobraźnię słuchaczy, to spełni on swą rolę tym lepiej, im bardziej przedstawiane prawo będzie od prawa obowiązującego odmienne. Preferowanie wątków kontynuowanych w porównaniu z wątkami przerwany, odróżniające zdaniem Puchty historię prawa od statycznego i bezpłodnego „antykwaryzmu”⁹, oznacza natomiast ujęcie dziejów prawa jako antycypacji stanu obecnego. Historiografia prawa sprowadza się do retrospektywnej dogmatyki, dzięki ewolucyjnemu charakterowi zmian mogącej się łudzić, że w dziejach prawa „wszystko już było” a dalszy jego rozwój wymaga tylko nieznacznej adaptacji do nowych potrzeb. Przyszłość prawa przedstawia się – z braku jego racjonalnej polityki – mgliście; żeby poznać jego stan obecny wystarczy śladem Savigny’ego zanurzyć się w przeszłość¹⁰. Trudno jednak oprzeć się wrażeniu, że owa historiografia prawa jako środek prawotwórstwa kontynuuje nie tyle pewne wątki jego dziejów, ile uprawiana już przez prawników rzymskich a następnie przez Szkołę Historyczną historiografię pragmatyczną, traktującą przeszłość jako skarbczyk wzorów do naśladowania¹¹.

Ten utylitarny sposób widzenia historii prawa wiąże się genetycznie z zadaniami praktycznymi Szkoły Historycznej i późniejszej Pandektystyki, obarczonych przygotowaniami do ogólnoniemieckiej kodyfikacji prawa cywilnego. Kupiszewski stawia go pod znakiem zapytania, pozytywnie oceniając „historyzując” romanistyki na przełomie w. XIX i XX. W jej wyniku bada się już nie tylko to, co „użyteczne dziś”, ale i to, co „ważne ongiś”¹². Tym niemniej romanista musi zawsze pamiętać, że koncentracja na

⁷ H. Izdebski, *Rewolucja a prawo w Europie w XX w.*, CPH 39.1 (1987) s. 157: „szczęśliwie dla perspektyw nauki historii prawa ciągłości poświęca się coraz więcej uwagi”; W. Litewski, *Römische Grundlagen der Schiedsgerichtsbarkeit nach der polnischen Zivilprozeßordnung*, Festschrift U.v. Lübtow, Berlin 1991, s. 94.

⁸ P. Caroni, *Die andere Evidenz der Rechtsgeschichte*, w: G. Arzt (red.), *Juristenausbildung als Denkmalpflege?*, Bern 1993, s. 46 nn., 48; D. Simon, *Kontinuitätsspinnerei*, RJ 2 (1983) s. 11 nn.

⁹ Por. M. Bretonne, *Storia del diritto romano*, Roma 1987, s. 16

¹⁰ Zob. D. Grimm, *Methode als Machtfaktor*, Festschrift H. Coing I, München 1982, s. 476 n.

¹¹ Por. T. Giaro, *Prawda dogmatyczna i „ponadczasowość” jurysprudencji rzymskiej*, CPH 40.1 (1988) s. 5 nn., 11 nn., 27 nn.

¹² *Prawo rzymskie* (uw. 1) s. 80; por. tenże, *Rozważania o własności rzymskiej*, CPH 36.2 (1984) s. 35.

tematyce „czysto historycznej”, nie znajdującej kontynuacji we współczesnej cywilistyce, jest źle widziana w praktycystycznym środowisku prawników, w którym „zdobycie pozycji dyscypliny historycznej” okazać się może „degradacją”¹³. Twierdzenie, że badając to, co ważne ongiś (a dziś już nieważne, ba, zapomniane) historia prawa w sposób pośredni uwypukla elementy postępu i innowacji, jest dla niej oczywiście kiepskim alibi, trudno bowiem być zaangażowanym w problemy współczesności wyłącznie *a silentio*.

Podobnie jak od innych dyscyplin środowisko prawnicze oczekuje od historii prawa namacalnych korzyści praktycznych. Biorąc to pod uwagę romanistyka, szczególnie niemiecka, usiłuje legitymować się poprzez dowód aktualnego, choć tylko subsydiarnego, obowiązywania prawa rzymskiego¹⁴. Niezbędność jego studium byłaby naturalnie – jak studium każdego prawa obowiązującego – bezdyskusyjna. Ponieważ jednak w roli dyscypliny pomocniczej cywilistyki narodowej romanistyka niemiecka nie zanotowała większych sukcesów, przydziela się jej ostatnio również inną rolę. Oczekuje się mianowicie, że w nowym wcieleniu historii prawa europejskiego potrafi ona wpłynąć na jego przyszłość, „europeizując” prawa narodowe i przyczyniając się w ten sposób do integracji prawnej Europy Zachodniej¹⁵.

Oczekiwanie te stawiają romanistykę jako dyscyplinę historyczną w dość szczególnej sytuacji. Od historii sztuki nie wymaga się przecież, by wyznaczała drogi dalszego rozwoju sztuki, od historii medycyny, by rozwiązywała aktualne problemy diagnozy i terapii, od historii odkryć geograficznych, by przyczyniała się do odkryć nowych. Anektowanie prawa rzymskiego dla idei europejskiej ma – przy całej zbożności zamiarów – tyle wspólnego z nauką historii prawa, co anektowanie go ongiś dla ideologii faszystowskiej¹⁶, nazistowskiej¹⁷, real socjalistycznej¹⁸ czy jakiegokolwiek innej. Pomijając dość oczywistą dyrektywę, by nie mieszać badań historycznych nad prawem rzymskim jako nad prawem świata antycznego z jednej strony i jako nad postawą nowożytnego *ius commune* z drugiej z rozważaniami

¹³ H. Kupiszewski, *Prawo rzymskie*, dz. cyt., s. 13.

¹⁴ Ostatnio w tym sensie R. Knüttel, *Rechtseinheit in Europa und römisches Recht*, ZEuP 2 (1994) s. 254 n., 262 nn.

¹⁵ O tych koncepcjach T. Giaro, *Europa und das Pandektenrecht*, RJ 12 (1993) s. 326 nn.; tenże, *Europäische Privatrechtsgeschichte*, *Ius commune* 21 (1994) s. 1 nn.

¹⁶ B. Biondi, *Romanità e fascismo*, *Annuario Università di Catania* 1929 s. 15 nn.; P. De Francisci, *Per il centenario del Digesto*, w: *Per il XIV Centenario della Codificazione Giustiniana*, Pavia 1934, s. 28 n.

¹⁷ Dane bibliograficzne: D. Simon, *Die deutsche Wissenschaft vom römischen Recht nach 1933*, w: M. Stollis (red.), *Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus*, Tübingen 1989, s. 161; M. Stollis, „*Fortschritte der Rechtsgeschichte*”, tamże, s. 177 nn.

¹⁸ M. Bartösek, *Rimské právo a socialistická společnost*, Praha 1966; M. Niziołek, *Über den Unterricht des römischen Rechtes in sozialistischen Staaten*, RIDA 16 (1969), s. 443 nn.; K. Rebro, *Socialistická spoločnosť a rímskoprávna kultúra*, Bratislava 1979.

prawnopolitycznymi nad integracją prawa europejskiego, trudno mieć nadzieję, że to, co nie sprawdziło się w skromniejszej skali narodowej, sprawdzi się w megaskali kontynentalnej. „Prawo europejskie”, określenie kolektywne zespołu cech tworzących wspólny mianownik kultury prawnej różnych tradycji narodowych i lokalnych, jest abstrakcją w jeszcze większym stopniu niż „prawo rzymskie”. Nie wydaje się np. praktycznie możliwe przedstawienie „historii wewnętrznej” prawa europejskiego, tzn. ewolucji jego dogmatyki, w sposób podobny jak to się czyni w odniesieniu do instytucji archaicznego, klasycznego i poklasycznego prawa rzymskiego.

Historia prawa nie może być oczywiście oderwana od aktualnej dogmatyki. Ma ona służyć „głębszemu zrozumieniu problemów współczesności” i pełnić „rolę inspirowaną w studium prawa obowiązującego”¹⁹. Jest ona jednak wśród nauk prawnych nauką podstawową, a nie stosowaną, charakteryzuje się zatem postawą nie aplikacyjną, lecz – użyjmy tu terminologii hermeneutycznej, mimo że imputuje ona historykowi swego rodzaju „Weltfremdheit” – kontemplacyjną²⁰. Nawet gdyby udało się jej bez reszty wyjaśnić, jak powstały pewne normy, instytucje i zasady prawne, wyjaśnienie to jako wyjaśnienie genetyczne nie przesądza kierunku przyszłego rozwoju. Pozwala ono jedynie „ocenić sytuację współczesną jaśniej i pewniej”²¹. Historycznie oświecony prawnik ma z pewnością *ceteris paribus* lepsze przesłanki do podjęcia rozsądnej decyzji niż prawo-histeryczny ignorant, lecz gwarancji, że decyzję taką podejmie, historia dać nie może. Wynika to z otwartego charakteru horyzontu przyszłości. Zdaje się, że tego zdania był Kupiszewski, skoro twierdził, że „jutro” przynosić będzie zawsze „nieznane”²².

2. Romanistykę uważa się na ogół za homogeniczną *scientific community*, scementowaną identycznymi zainteresowaniami naukowymi i interesami praktycznymi. Zapomina się przy tym o różnorodności regionalnych tradycji romanistycznych, które dopiero niedawno stały się przedmiotem badań naukowych²³. „Nicużyteczny” pogląd na rolę historii prawa nie jest osobistą własnością Kupiszewskiego, lecz należy do polskiej tradycji romanistycznej, zdeterminowanej przez dzieje prawa na ziemiach polskich w XIX w., kiedy to ostatecznie uformowały się nie tylko współczesne systemy prawa prywatnego, ale i system współczesnej nauki prawa²⁴. XVIII-wieczna historiografia

¹⁹ H. Kupiszewski, *Prawo rzymskie* (uw. 1) s. 7, 215.

²⁰ F. Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte* I, München 1988, s. 35 n.; E. Betti, *Diritto Metodo Ermeneutica*, Milano 1991, s. 581 nn.

²¹ J. Herrmann, *Historische Ansätze für die europäische Privatrechtsangleichung*, Paderborn 1963, s. 5.

²² *Prawo rzymskie* dz. cyt., s. 217.

²³ A. Schiavone, *Un'identità perduta*, w: tenże (red.), *Stato e cultura giuridica in Italia*, Roma 1990, s. 275 nn.; R. Ogorek, *Rechtsgeschichte*, w: Simon (red.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik*, Frankfurt 1994 s. 16 nn.; P. Caroni, *Die Schweizer Romanistik im 19. Jhd.*, ZNR 16 (1994) s. 243 nn.

²⁴ T. Giaro, *Privatrechtsgeschichte* (uw. 15) s. 5 nn.

historiografia prawa, pragmatyczna i nienaukowa tak w Polsce jak na Zachodzie Europy, stawiała sobie za cel „przedstawienie stanu prawnego istniejącego w chwili pisania dzieła, a ponieważ prawo to nie było skodyfikowane, lecz narastało z biegiem wieków, stare przepisy uważano za równoznaczne z nowszymi... nie rozumiejąc przemian, jakim prawo... uległo w ciągu wieków”²⁵. Jeśli kodyfikacyjna pozytywizacja prawa prywatnego wszędzie zmuszała do otwarcia oczu na jego historyczność²⁶, to dla Polski stanowiła ona w tym względzie cenzurę jeszcze wyraźniejszą niż dla Zachodu. Tam bowiem kodyfikacja oznaczała syntezę prawa rzymsko-powszechnego i narodowego, podczas gdy tu oktrojowano prawo obce *in cruda radice*: z jednej strony prawo rzymskie nie było tu przedmiotem recepcji, a z drugiej dawne prawo polskie zostało przez zaborców zignorowane. Trafnie zaznacza Kupiszewski, że określenie narzucenia Polsce praw zaborczych mianem recepcji jest pojęciowym nadużyciem²⁷.

Zastąpienie Pandektów jako jednolitej dla całej Europy *ratio scripta* przez kodeksy cywilne zrelatywizowało generalnie wyobrażenie o mocy i podstawie obowiązywania prawa prywatnego, rozumianego odąd jako prawo pozytywne. W Polsce centralnej skutek ten wzmocniła dodatkowo okoliczność, że teren ów stał się *melting pot* rozmaitych praw obcych. Nawet u młodego romanisty, jakim był w dniu swego wykładu inauguracyjnego Okęcki, ton relatywistyczno-sceptyczny pobrzmiewa bardzo wyraźnie: nie ma ani „absolutnej prawdy” ani w ogóle „nic absolutnie doskonałego”²⁸. Oktrojowany Księstwu Warszawskiemu w r. 1808 Kodeks Napoleona natrafił początkowo na opór szlachty i duchowieństwa, którym udało się wyłączyć jego zastosowanie w stosunkach między panem a chłopem i sprowadzić małżeństwa cywilne i rozwody do martwej litery²⁹. W latach 1818-1830 Kodeks poddany został również formalnej nowelizacji w zakresie prawa osobowego, małżeńskiego, ksiąg wieczystych i hipoteki, przy czym całą księgę I zastąpiono prawem polskim³⁰. Trudno zatem zgodzić się z Coingiem, że w Polsce centralnej po prostu „obowiązywał” Kodeks Napoleona³¹; obowiązywało tam raczej prawo cywilne „francusko-polskie”³², uzupełnione później przez prawo rosyjskie. Doktryna i orzecznictwo

²⁵ A. Vetulani, *Dzieje historii prawa w Polsce*, Kraków 1948, s. 6.

²⁶ Zdaniem A. Schiavone (uw. 5) s. 22 n. szansa historyzacji nie została jednak przez romanistykę wykorzystana.

²⁷ H. Kupiszewski, *Rafal Taubenschlag – historyk prawa*, CPH 38.1 (1986) s. 136.

²⁸ W. Okęcki, dz. cyt. (uw. 6) s. 2, 15.

²⁹ K. Sójka-Zielińska, w: J. Bardach (red.), *Historia państwa i prawa Polski III*, Warszawa 1981, s. 132, 138 n., 142, 149.

³⁰ K. Sójka-Zielińska, dz. cyt., s. 493 nn.

³¹ *Europäisches Privatrecht II*, München 1989, s. 13; tenże, *Die Privatrechtswissenschaft im 19. Jhd.*, Opladen 1991, s. 19.

³² Z. Nagórski, *Codification of Civil Law*, w: *Studies in Polish and Comparative Law*, London 1945, s. 54; Ż. Radwańska, *Aperçu historique*, w: J. Wasilkowski (red.), *Droit civil polonais*, Wrocław 1975, s. 7.

polskie inspirowały się koncepcjami francuskimi³³, jednak wyroki paryskiego Sądu Kasacyjnego nie miały na terenach polskich mocy prawnej.

W zaborze rosyjskim prawo i sądownictwo polskie zachowało się formalnie „najotwarciej i najdłużej”³⁴. W innych zaborach stosowanie praw obcych natrafiało na trudności natury głównie faktycznej. W Galicji aż do połowy XIX w. przeniesienie własności nieruchomości odbywało się według starego prawa polskiego³⁵, a i później – również po wydaniu w r. 1871 austriackiej ustawy hipotecznej – wśród chłopów rozpowszechniony był obrót poza-księgowy, co w świetle prawa austriackiego powodowało konieczność ochrony publicjańskiej. Koncepcję tę, forsowaną od r. 1907 przez Fryderyka Zolla młodszego, prawo i orzecznictwo austriackie jednak konsekwentnie ignorowało³⁶, a przyjął ją dopiero w r. 1921 polski Sąd Najwyższy³⁷. Problem ten nie był jednak specyficznym problemem związanym z oktrojowaniem prawa obcego: Zoll nalegał na legalizację ochrony publicjańskiej również pod rządami prawa polskiego po II wojnie światowej³⁸.

Fakt, że kodyfikacje cywilne obowiązujące na terytorium polskim były kodyfikacjami obcymi, umożliwił tu precyzyjniejsze niż na Zachodzie Europy rozróżnienie historii i dogmatyki prawa. Historia prawa była historią prawa ojczystego o rodowodzie przeważnie słowiańskim, dogmatyka była dogmatyką narzuconego prawa obcego o rodowodzie romanistycznym. Niechęć wobec tego ostatniego – co prawda szybko malejąca w stosunku do Kodeksu Napoleona, a w okresie autonomii galicyjskiej również w stosunku do ABGB – była postawą patriotyczną. Prawo obowiązujące, któremu poświęcano tyle tylko uwagi, ile było niezbędnie konieczne, było domeną ludzi skromnych duchem. Najlepsze siły absorbowala historia, z jednej strony prawa polskiego i praw słowiańskich, z drugiej strony prawa rzymskiego i praw antycznych³⁹.

Badanie przeszłości ustroju i prawa Polski, których ciągłość została w ewidentny sposób przerwana, musiało mieć siłą rzeczy charakter teoretyczno-kontemplacyjny⁴⁰. Polsky historycy prawa mogli więc przyswoić sobie ideologię Szkoły Historycznej wolną od zadań praktycznych, jakie obciążały

³³ K. S ó j k a - Z i e l i ń s k a, *Wielkie kodyfikacje cywilne XIX wieku*, Warszawa 1973, s. 157.

³⁴ W. S o b o c i ń s k i, *Sąd i prawo w Polsce pod zaborami*, PiP 2 (1967) s. 221 nn.

³⁵ S. G r o d z i s k i, w: *Historia III* (uw. 29) s. 752, 760 n.

³⁶ Zob. tymienniej K. G r z y b o w s k i, w: J. Bardach (red.), *Historia państwa i prawa Polski IV*, Warszawa 1982, s. 443.

³⁷ J. G w i a z d o m o r s k i, *Szkola teologiczna*, w: M. Patkaniowski (red.), *Studia z dziejów Wydziału Prawa UJ*, Kraków 1964, s. 292.

³⁸ *Petytoryjna ochrona posiadania prawnego*, Przegląd notarialny 7-8 (1947) s. 22.

³⁹ S. G r z y b o w s k i, *La scienza del diritto nell'ultimo secolo: Polonia*, w: M. Rotondi (red.), *La science du droit au cours du dernier siècle*, Padova 1976, s. 524 nn.

⁴⁰ W. M. B a r t e l, *Nauki prawne*, w: B. Suchodolski (red.), *Historia nauki polskiej III*, Wrocław 1977, s. 801.

ją w Niemczech. Rolę romanistyki rozumiano w Księstwie Warszawskim i Królestwie Polskim na sposób raczej propedeutyczny⁴¹ niż aplikacyjny, skoro pod rządami Kodeksu Napoleona wykładano w Warszawie prawo rzymskie wedle podręczników niemieckich Bacha, Woltaera, Hellfelda i Haubolda⁴². Gdy w Niemczech twierdzenie Savigny'ego, jakoby prawo rzymskie stało się wskutek recepcji wyrazem niemieckiego ducha narodowego, spowodowało w stosunkach z germanistami wiele złej krwi, w pozostałych krajach Europy, na które promieniowała ta Szkoła⁴³, badania prawa rodzimego i rzymskiego rozwijały się w harmonijnej koegzystencji. Późniejszy znawca praw słowiańskich Waclaw Aleksander Maciejowski nie tylko rozpoczął swą działalność na Uniwersytecie Warszawskim od wykładów prawa rzymskiego, lecz także opublikował w r. 1820 *Principia iuris romani*, drugi polski podręcznik romanistyczny po zaledwie kilka lat wcześniejszych *Lineamenta iuris romani* J. W. Bandtkiego⁴⁴.

Sformułowana z perspektywy Monarchii Habsburskiej teza, jakoby rozkwit badań nad prawami słowiańskimi stanowił reakcję na nacjonalizm germanistyki niemieckiej, która po reformie Thuna-Hohensteina w r. 1855 opanowała również Austrię⁴⁵, jest przesadna. Jeden z duchownych ojców Szkoły Historycznej Herder wręcz idealizował Słowiańszczyznę, a Savigny zachęcał Maciejowskiego, który był jego słuchaczem w latach 1817-1818, do badania historii praw słowiańskich⁴⁶. Popularność sławistycznej odnogi Szkoły Historycznej odpowiadała oczywiście wolnościowym dążeniom Słowian, a podporządkowanie badań historyczno-prawnych celom praktycznym zgodne było z duchem czasu. W płaszczyźnie polityki międzynarodowej wydana po raz pierwszy w latach 1832-1835 a po raz drugi w roku 1856 *Historia prawodawstw słowiańskich* Maciejowskiego podbudowywała naukowo ideę konfederacji ludów słowiańskich⁴⁷, ale i w płaszczyźnie narodowej polityki prawa była ona równie aplikatywna jak germanistyka niemiecka. Ponieważ przy reformie prawa cywilnego Królestwa Polskiego myślano o sięgnięciu do tradycji dawnego prawa polskiego, „znajomość przeszłości miała umożliwić ustawodawcy” – Maciejowskiego powołano w roku 1820 do odpowiedzialnej Komisji ustawodawczej – „tworzenie prawa z ducha narodowego”⁴⁸.

⁴¹ W. Wołodkiewicz, *Rzymskie korzenie współczesnego prawa cywilnego*, Warszawa 1978, s. 24 n.

⁴² J. Kodrębski, *Prawo rzymskie w Polsce XIX wieku*, Łódź 1990, s. 61, 65 n.

⁴³ H. Thie me, *Die deutsche Historische Rechtsschule Savignys und ihre ausländischen Jüger*, Acta Facultatis Juridicae Univ. Comenianaee 1968, s. 259 nn.; T. G i a r o, (uw. 15) s. 328.

⁴⁴ J. Kodrębski, dz. cyt., s. 78, 83 nn.

⁴⁵ H. B a l t l, *Die österreichische Rechtsgeschichte*, Festschrift H. Lentze, Innsbruck – München 1969, s. 35 nn.

⁴⁶ J. B a r d a c h, *Einleitung*, w: W. A. Maciejowski, *Slavische Rechtsgeschichte I*, Vaduz 1978, s. 3 n.

⁴⁷ J. B a r d a c h, dz. cyt., 6 n.

⁴⁸ Tamże, s. 9.

3. W dalszym ciągu skupimy się na polskiej romanistyce, a przede wszystkim na jej enuncjacjach programowo-metodologicznych. Rozgraniczenie dogmatyki od historii nie mogło ominąć i tej dyscypliny, tym bardziej, że brak recepcji czynił ją odporną na mit o identyczności prawa prywatnego od antyku do kodyfikacji XIX w. Prawo rzymskie nigdy nie było dla Polski przeżyta realnością prawną, lecz tylko nabytym dobrem kultury, jak filologia i archeologia klasyczna czy historia starożytna. Przyjeliśmy je późno, z drugiej ręki i w już „zhistoryzowanej” postaci, jako podstawę kodeksów zachodnioeuropejskich. Spotykane niegdyś w XIX-wiecznej Polsce, np. już u Bandtkiego czy później u F. Maciejowskiego, „utilitarystyczne” uzasadnienia celowości studium prawa rzymskiego⁴⁹ mają zawsze „pośredni”, pomocniczy i drugorzędny charakter.

Jeśli romanistyka krakowska, a poniekąd i cała romanistyka polska, rozpoczyna się od Zolla starszego, to rozpoczyna się ona od razu jako dyscyplina historyczna. Takie jej ujęcie stanowi jedną z cech pozwalających – niezależnie od języka produkcji naukowej – mówić o romanistyce polskiej doby rozbiorowej⁵⁰. Sytuację tej typowo uniwersyteckiej dyscypliny należy rozpatrzeć oddzielnie dla poszczególnych zaborów. W zaborze pruskim, później niemieckim, uniwersytety nie istniały. W zaborze rosyjskim Warszawa i Wilno funkcjonowały tylko do represji polistopadowych w r. 1831. W latach 1862-1869 działała w Warszawie Szkoła Główna, a po jej likwidacji w toku represji postyczniowych już tylko Uniwersytet Cesarski.

Absolwent Uniwersytetu w Heidelbergu Okęcki szuka w swym wykładzie inauguracyjnym w Szkole Głównej złotego środka między metodami „niemiecką” i „francuską”⁵¹. „Wyobrażenie, że na prawo rzymskie można się zapatrywać jakoby na prawo chociażby pomocniczo obowiązujące”, uznaje on przy tym za „zupełnie błędne”. Skrzywiło ono „niepospolicie” obraz prawa rzymskiego w czasach nowożytnych, a i dziś jeszcze Niemcy dotknięte są „plagą niezliczonych kontrowersji... wpływających z podciągania wypadków przez źródła nie przewidzianych pod reguły w nichże zawarte”⁵². Pod hasłem „Zostawmy dziecinne te zboczenia Niemcom!” odrzuca Okęcki romanistykę aplikacyjną⁵³, skompromitowaną przez potępionych już piórem Savigny’ego Komentatorów⁵⁴, do których przyrównuje Pandektystów: „Te same... swary drobiazgowo, ta sama metoda ciężka i niesmaczna, to samo upodobanie w kontrowersjach *de lana caprina* i w przepisywaniu... dzieł dawniejszych”⁵⁵. Prawo rzymskie należy uprawiać

⁴⁹ J. K o d r ę b s k i, dz. cyt., s. 75 nn., 198.

⁵⁰ R. T a u b e n s c h l a g, *Gli studi di diritto romano in Polonia nel sec. XX*, w: *Gli studi romani nel mondo III*, Roma 1936, s. 249.

⁵¹ *O wyhorze* (uw. 6) s. 23 nn., 28 nn.

⁵² Wszystkie cytaty tamże, s. 30 nn.

⁵³ Tamże, s. 27 nn.; cytat s. 32.

⁵⁴ Tamże, s. 13 nn., 16.

⁵⁵ Tamże, s. 28.

bez „żadnych celów ubocznych”, wyłącznie ze względu na jego „wewnętrzna doskonałość”, której Okęcki dopatruje się za Savignym w metodzie prawników rzymskich⁵⁶.

Zwolniony ze służby po rusyfikacji Szkoły Głównej już w r. 1869 Okęcki nie zdążył zdobyć laurów naukowych⁵⁷, jednak również najwybitniejszy z romanistów warszawskich, Teodor Dydyński, profesor w latach 1866-1909, reprezentował tendencję jednoznacznie historyczną. Mimo studiów najpierw w Berlinie, a następnie w Heidelbergu u Vangerova (1860-1864), trudno określić go jako „dość typowego przedstawiciela ówczesnej niemieckiej nauki romanistycznej, przeniesionego na grunt polski”⁵⁸. Dydyński odrzucał praktyczne ukierunkowanie Pandektystyki. Jego zainteresowanie podręcznikiem Gaiusa, rękopisami *Instytucji* justyniańskich (*Beiträge zur handschriftlichen Überlieferung der justinianischen Rechtsquellen*)⁵⁹ i inne prace źródłoznawcze⁶⁰ mówią same za siebie.

Przy okazji omawiania zaboru rosyjskiego nie sposób pominąć urodzonego w r. 1867 na Witebszczyźnie Leona Petrażyckiego, w latach 1898-1917 profesora encyklopedii prawa w Petersburgu, a w latach 1918-1931 socjologii w Warszawie. Często uważany bądź za rosyjskiego teoretyka prawa⁶¹, bądź za niemieckiego pandektystę⁶² był Petrażycki wielokulturowo uformowanym Polakiem, którego prace powstałe podczas pobytu w Berlinie w latach 1890-1896 i bezpośrednio potem w Rosji⁶³ należą do najbardziej radykalnych a zarazem metodologicznie ugruntowanych krytyk pandektystycznego modelu tworzenia prawa w oparciu o jego historię i dogmatykę. Kamieniem węgielnym petrażyckańskiej polityki prawa jest nie tylko jej oddzielenie od historii i dogmatyki, lecz i precyzyjne rozgraniczenie tych dwóch ostatnich⁶⁴.

W porównaniu z pozostałymi zaborami historia prawa na uniwersytetach galicyjskich, w Krakowie i we Lwowie, kwitła. Jednak w przeciwieństwie do zaboru rosyjskiego, gdzie spore wpływy zdobyła sławistyczna gałąź Szkoły Historycznej, historię prawa reprezentowała tu przede wszystkim romanistyka, główny przedmiot studiów po reformie Thuna⁶⁵. Ze względu na jej ścisły związek z cywilistyką austriacką „pandektyzacja” tej ostatniej⁶⁶

⁵⁶ Tamże, s. 32.

⁵⁷ Zbyt surowo ocenia go J. K o d r ę b s k i, *Prawo* (uw. 42) s. 190 nn.

⁵⁸ Tak jednak J. K o d r ę b s k i, dz. cyt., s. 200.

⁵⁹ Tom I, Berlin 1891; bardzo krytyczna recenzja: E. S e c k e l, *Krit. Vierteljahresschr.* 36 (1894) s. 378 nn.

⁶⁰ Dostrzega je też J. K o d r ę b s k i, dz. cyt., s. 210 nn., 212.

⁶¹ N. L u h m a n n, *Rechtssoziologie*, 3 wyd., Opladen 1987, s. 28.

⁶² J. Ph. L é v y, *Les impenses dotales en droit romain classique*, Paris 1937, s. 48.

⁶³ Przede wszystkim *Die Lehre vom Einkommen* II, Berlin 1895 i *Wstęp do nauki polityki prawa*, Warszawa 1968.

⁶⁴ T. G i a r o, *La Civilpolitik di Petrażycki*, Index (w druku).

⁶⁵ J. K o d r ę b s k i, dz. cyt., s. 249.

⁶⁶ Por. o niej T. G i a r o *Privatrechtsgeschichte* (uw. 15) s. 7.

oznaczała – w połączeniu z niewiele późniejszą repolonizacją uniwersytetów galicyjskich – obsadzenie katedr romanistycznych profesorami polskimi wykształconymi w Niemczech.

Praktyczystyczny Uniwersytet Lwowski był początkowo raczej kuźnią funkcjonariuszy Cesarsko-Królewskiej Monarchii niż terenem dyskusji metodologicznych o właściwej metodzie badań i wykładu prawa rzymskiego⁶⁷. Pierwsi tamtejsi romanisci polscy Józefat Zielonacki i Ferdynand Źródłowski są typowymi kontynuatorami tradycji pandektystycznej⁶⁸, Leon Piniński odżegnuje się od niej raczej tylko formalnie⁶⁹, a jego uczeń Marcei Chłamtacz operuje co prawda ostrym rozróżnieniem prawa klasycznego i justyniańskiego, lecz historycznego dystansu między prawem rzymskim a współczesnym nie dostrzega⁷⁰.

Polskie *credo* metodologiczne znalazło jednak i we Lwowie swego wyznawcę w osobie Leonarda Piętaka: „Prawo rzymskie powinno być przedmiotem nauki niezależnie od tego, czy, gdzie i kiedy uznano je za prawo obowiązujące”, ma ono bowiem „dla każdego narodu... znaczenie jednego z pierwiastków nowożytnej cywilizacji”⁷¹. Wobec skromności dorobku Piętaka za pierwszego postpandektystycznego romanistę lwowskiego można jednak uznać dopiero ucznia Pernice Ignacego Koschembahra-Łyskowskiego⁷², profesora we Lwowie w latach 1900-1915. Aktualność prawa rzymskiego rozumiał Koschembahr funkcjonalnie: w cywilistyce miało ono być środkiem wykładni prawa pozytywnego⁷³, w komparatyście – kryterium porównawczym⁷⁴.

Romanistyka Uniwersytetu Jagiellońskiego stawiała problemy metodologiczne już od początku repolonizacji. Uczeń Esmarcha Fryderyk Zoll senior, profesor w latach 1862-1906, uprawiał również cywilistykę, jednak opowiadał się za ścisłym rozdzieleniem obu dziedzin. W pracy o *wykładach prawa rzymskiego i obowiązującego prawa cywilnego z r. 1873* twierdzi on, że istnienie ABGB pozbawia niemiecką metodę pandektystyczną sensu na obszarach obowiązywania tego kodeksu⁷⁵. Zoll wykładał zatem początkowo

⁶⁷ J. K o d r ę b s k i, dz. cyt., s. 229, 249.

⁶⁸ W. O s u c h o w s k i, *Nowe kierunki badań romanistycznych w Polsce*, w: *Studia* (uw. 37) s. 262 n.; J. K o d r ę b s k i, dz. cyt., s. 231 nn.

⁶⁹ J. K o d r ę b s k i, dz. cyt., s. 244 nn.

⁷⁰ R. T a u b e n s c h l a g, *Studi* (uw. 50) s. 14 nn.; A. V e r t u l a n i, *Dzieje* (uw. 25) 39; W. O s u c h o w s k i, *M. Chłamtacz*, CPH 2 (1949) s. 503 nn.

⁷¹ *Prawo spadkowe rzymskie* I, Lwów 1882, VIII; W. W o ł o d k i e w i c z, *Korzenie* (uw. 41) s. 28 n.; J. K o d r ę b s k i, dz. cyt., s. 241 nn.

⁷² W. W o ł o d k i e w i c z, *Ignacy Koschembahr-Łyskowski*, w: I. Biezuńska-Małoś (red.), *W kręgu wielkich humanistów*, Warszawa 1991, s. 18.

⁷³ *Zur Stellung des römischen Rechts im ABGB*, Festschrift zur Jahrhundertfeier des ABGB I, Wien 1911, s. 226 nn., 250 nn.

⁷⁴ *Le rôle du droit romain pour le droit comparé*, Recueil E. Lambert I, Paris 1938, s. 259.

⁷⁵ M. P a t k a n i o w s k i, *Dzieje Wydziału Prawa UJ*, Kraków 1964, s. 327 nn.; W. W o ł o d k i e w i c z, *Korzenie* (uw. 41) s. 27 n.; S. G r o d z i s k i, *Nauki prawne*, w: *Historia* (uw. 40) IV. 3, Wrocław 1987, s. 955.

„czyste” prawo rzymskie, pod którym rozumiał prawo *Corpus Iuris*, a więc statycznie ujętą dogmatykę prawa justyniańskiego; później zwrócił się w kierunku diachronicznie rozumianej historii⁷⁶.

Również jego następcą Stanisław Wróblewski, który w latach 1884-1888 studiował w Berlinie u Goldschmidta, Ecka i Pernice, nie jest typowym pandektystą, mimo że w swym programie wykładów z r. 1894 uznaje on Windscheida za „wartościowszego” od Paulusa⁷⁷. Wróblewski łączy metody historyczną i dogmatyczną⁷⁸, z pewną przewagą tej ostatniej⁷⁹, lecz nie w sensie spłaszczenia perspektywy historycznej przez akcentowanie elementów niezmiennych od starożytności do dziś. Prawo rzymskie stanowi dla Wróblewskiego podstawę prawa współczesnego, ale podkreśla on też i dystans, „drogę”, którą pojęcia prawne „od czasów rzymskich do dni obecnych przebyły”⁸⁰.

4. Dopiero przedstawienie całej tej drogi umożliwiłoby „bezszwowe” połączenie przeszłości ze współczesnością, historii z dogmatyką. Jednak shistoryzowana romanistyka – *exemplum* lipska szkoła L. Mitteis⁸¹, drugiego obok Wróblewskiego mistrza Rafała Taubenschlaga – zmierza raczej w kierunku odwrotnym, interesując się nie tyle nowożytną „Wirkungsgeschichte” prawa rzymskiego, ile jego interakcjami z innymi prawami antycznymi, szczególnie z prawem hellenistycznego Egiptu. Przy całym pandektyzmie swego warsztatu pojęciowego idzie Taubenschlag wyraźnie w kierunku jeszcze „czystszej” historii prawa, w tym sensie, że jego wycieczki na teren dogmatyki prawa obowiązującego mają charakter zupełnie przypadkowy⁸².

Jest to typowe dla całej polskiej romanistyki okresu międzywojennego, kiedy to odrodzone państwo podejmuje i częściowo realizuje decyzję zastąpienia kodeksów odziedziczonych po epoce rozbiorów nowym prawem polskim. Więż romanistyki z cywilistyką rozluźnia się wtedy jeszcze bardziej. Rozdzielenie katedr cywilistycznych i romanistycznych stanowi co prawda w Polsce tradycję XIX-wieczną, jednak gdy wówczas uczeni uprawiający obie dziedziny, jak Zoll starszy czy Wróblewski, nie należeli do rzadkości, romanisci okresu międzywojennego⁸³ uprawiają dogmatykę prawa obowią-

⁷⁶ W. Osuchowski, *Nowe kierunki* (uw. 68) s. 262.

⁷⁷ M. Patkaniowski, dz. cyt., s. 331.

⁷⁸ Tamże; J. Söndel, *Stanisław Wróblewski jako romanista*, *Krakowskie Studia Prawnicze* 23 (1990) s. 168 nn.

⁷⁹ W. Wołodkiewicz, *Stanisław Wróblewski – kodyfikator*, *Krakowskie Studia Prawnicze* 23 (1990) s. 148 nn.

⁸⁰ *Zarys wykładu prawa rzymskiego I*, Kraków 1916, s. 215.

⁸¹ Por. o niej H. Kupiszewski, *Prawo rzymskie* (uw. 1) s. 82 nn.; tenże, *Rafał Taubenschlag* (uw. 27) s. 112 n.

⁸² H. Kupiszewski, *Rafał Taubenschlag*, dz. cyt., s. 125 nn.

⁸³ R. Taubenschlag (uw. 50) s. 249 nn.; A. Vetulani (uw. 25) s. 40 nn.

zującego tylko ubocznie⁸⁴, a największy z nich Adolf Berger – *nota bene* często uznawany błędnie za Niemca⁸⁵ – nie jest nawet „okazjonalnym” cywilistą. Inauguruje on umiarkowane stanowisko w kwestii interpolacji, które charakteryzować będzie odąd romanistykę polską⁸⁶.

Po zmianach politycznych w wyniku II wojny światowej i po przeprowadzonej w duchu „socjalistycznym” kodyfikacji prawa cywilnego z r. 1964 idea prawa rzymskiego jako dyscypliny aplikacyjnej odnotowała dalszą stratę terenu, szczególnie w obliczu panującej teorii marksistowskiej, wedle której tradycyjne normy i instytucje prawne zmieniają swą treść w nowym kontekście ustrojowym⁸⁷. W walce z przesądem, że prawo rzymskie stanowi „burżuazyjny przeżytek” romanistyka tego okresu⁸⁸ zwraca co prawda uwagę, na „rzymskie korzenie” również i socjalistycznego prawa cywilnego⁸⁹, są to jednak badania o charakterze historyczno-teoretycznym, mające dla dogmatyki i praktyki prawa cywilnego niewiele większe znaczenie niż, dajmy na to, badania nad wpływem prawa babilońskiego na prawo rzymskie.

Zarówno Edward Gintowt, Borys Łapicki i Waław Osuchowski, którzy rozpoczęli działalność romanistyczną już w okresie międzywojennym, jak Kazimierz Kolańczyk, Adam Wiliński i Henryk Kupiszewski, którzy rozpoczęli ją po wojnie, to nie prawnicy, lecz historycy prawa, których współpraca z cywilistami ma charakter wyłącznie dydaktyczny⁹⁰. Szczególnie uczeń Taubenschlaga Kupiszewski, który z papirologa prawniczego stał się romanistą, a z czasem uniwersalnym historykiem prawa, rozważającym związane z międzyepokową misją prawa rzymskiego problemy kultury prawno-etycznej, poniósł w ten sposób większe zasługi dla kształcenia prawników polskich niż gdyby udowodniał „stosowalność” prawa rzymskiego na takim czy innym odcinku polskiego prawa cywilnego.

⁸⁴ Przykłady M. Kuryłowicza, *Historia i współczesność prawa rzymskiego*, Lublin 1984, s. 105 n. należą duchowo do epoki rozbiorów.

⁸⁵ B. Santalucia, *I libri opinionum di Ulpiano II*, Milano 1971, s. 103; nawet u Söndla (uw. 88) s. 168 jest on „uczonym zagranicznym”, lecz zob. J. Modrzejewski, *Iura* 13 (1962) s. 207 nn.

⁸⁶ A. Berger, *L'indirizzo odierno degli studi di diritto romano*, Rivista critica di scienze sociali 2 (1915) s. 1 nn.; B. Łapicki, *Uwagi o kryzysie nauki prawa rzymskiego*, Warszawa 1936; W. Osuchowski, *De l'importance des scolies aux Basiliques pour la connaissance de la genèse du Digeste*, AIC 4 (1971) s. 183 nn.

⁸⁷ M. Szotáczky, *Le problème de la continuité et discontinuité dans l'évolution du droit*, AIC 4 (1971) s. 36 nn.

⁸⁸ H. Kupiszewski, *Prawo rzymskie w 25-leciu PRL*, Sprawozd. z Prac Wyd. I PAN 3-4 (1970) s. 51 nn.; J. Söndel, *Polnische Romanistik in den vergangenen 35 Jahren*, ZNUJ 86 (1980) s. 133 nn.

⁸⁹ Por. T. Giaro, *Europa* (uw. 15) s. 343 n.

⁹⁰ W. Osuchowski, *Program studiów uniwersyteckich w zakresie prawa rzymskiego*, CPH 18.1 (1966) s. 279 nn.; A. Wiliński, *Das Problem einer didaktischen Zusammenarbeit von Romanisten und Zivilisten*, Acta Univ. Szeged. 17 (1970) s. 343 nn.

Na ten paradoksalny skutek tendencji aplikacyjnej w romanistyce zwrócił uwagę już Okęcki: „Kierunek ten im praktyczniejszy na pozór, tem w gruncie rzeczy jest bezużyteczniejszy, i przeciwnie: im więcej stanowisko, z którego na prawo rzymskie zapatrywać się będziemy, wyższe będzie i idealniejsze..., w tym samym stosunku i praktycznie z niego korzyści się wzmogą”⁹¹. Ów paradoks Okęckiego potwierdza się również od strony cywilistyki. Im bardziej praktycystyczny obiera ona kurs, tym mniej – widać to na przykładzie szkół egezygetycznych francuskiej i austriackiej pierwszej połowy XIX w. – potrzebuje ona historii, a w szczególności romanistyki⁹².

Trudno więc sądzić, by silenie się tej ostatniej na bezpośrednią przydatność praktyczną przyniosło jej pozytywne efekty „samozachowawcze”. Rola dziejowa prawa rzymskiego wiąże się oczywiście z jego dogmatyką, traktowaną do w. XIX włącznie jako *non plus ultra* prawniczego kunsztu. W sposób niemalże instynktowny dążą zatem romanisci do zachowania związku z dogmatyką prawa obowiązującego, starając się dostarczać „historycznych przyczynków” do dzisiejszych instytucji prawnych. Lecz mimo że historii dogmatyki pojętej jako rekonstrukcja prawa obowiązującego w przeszłości nic nie stoi na przeszkodzie, dyscyplina ta różni się zasadniczo od dogmatyki aktualnej. Kategorie tej ostatniej stanowią dla historii tylko każdorazowo falsyfikowalne schematy heurystyczne, które w toku badania historycznego zastępuje się kategoriami lepiej odpowiadającymi prawu antycznemu. W tym sensie podkreślał Kupiszewski zarówno dokonania badaczy, którzy „odpandektyzowali” prawa greckie i hellenistyczne⁹³, jak i konieczność dalszej pracy w tym kierunku.

W miarę postępów depandektyzacji romanistyka oddala się naturalnie od dogmatyki praktycznej, której nie może służyć wiążącymi schematami interpretacyjnymi prawa obowiązującego. Lepszym aliansem dla romanistyki okazuje się w tej sytuacji dogmatyka teoretyczna⁹⁴, a może po prostu teoria prawa⁹⁵. Perspektywa teoretyczna nieobca jest zresztą polskiej tradycji romanistyki. Już profesor Szkoły Głównej J. Kasznica broniąc programu nauczania na Wydziale Prawa przed zarzutem przeładowania go prawem rzymskim, wskazywał na to, że daje ono „gruntowne wykształcenie teoretyczne”⁹⁶. W tym zakresie romanistyka ma pełne prawo badać – odwrotnie niż

⁹¹ O wyborze (uw. 6) s. 16.

⁹² H. Kupiszewski, *Prawo* (uw. 1) s. 91 nn.; T. Giaro, *Temi* (uw. 4) s. 455.

⁹³ *Prawo rzymskie w 25-leciu* (uw. 88) s. 52; *Prawo rzymskie a współczesność* (uw. 1) s. 86 n.; *Taubenschlag* (uw. 27) s. 129, 152. Tak też E. Betti (uw. 20) s. 582.

⁹⁴ O dogmatyce teoretycznej i praktycznej K. Wikström, *What is Historical Legal Dogmatics?* ARSP-Bh. 52 (1993) s. 168 n.

⁹⁵ R. Ogorek (uw. 23) s. 31; T. Giaro, *L'argumentation dogmatique et l'argumentation scientifique*, RJ 13 (1994) s. 285.

⁹⁶ W. Wołodkiewicz, *Korzenie* (uw. 41) s. 26; J. Kodrębski, *Prawo* (uw. 42) s. 185. „Wartości teoretyczno-historyczne” prawa rzymskiego wysuwa na czoło również najnowsza doktryna, szczególnie M. Kuryłowicz (uw. 84) s. 117 nn.

przewiduje to jej wersja aplikacyjna – instytucje dziś już zamarłe. „Antykwarem” takich badań jest tylko pozorny: w rzeczywistości przyczyniają się one do wzbogacenia fenomenologii cywilistycznej, zatem do rozszerzenia granic „możliwych światów” dogmatyki⁹⁷, a mogą także przynieść i pośrednie korzyści praktyczne, kiedy instytucje zamarłe powracają w nowym kontekście do życia⁹⁸.

Praca niniejsza nie ma na celu propagandy polskiej, „nieużytecznej” wizji prawa rzymskiego jako nie tyle prawa obowiązującego, ile elementu kultury prawnej. Również i ta wizja jest poniekąd paradoksalna, prawo rzymskie weszło bowiem w krwioobieg kultury europejskiej właśnie dlatego, że przez stulecia uznawano je za prawo obowiązujące. Co więcej, powstaje pytanie, czy ujęcie konsekwentnie kulturalno-teoretyczne romanistyki jest w ogóle możliwe. Rozumiane jako twór kultury w oderwaniu od jego obowiązywania w określonym kontekście społecznym byłoby prawo rzymskie czystym konstruktem intelektualnym należącym wyłącznie do popeerowskiego „trzeciego świata”. Kupiszewski podkreślał, że romanistyka powinna badać przede wszystkim myśl prawniczą⁹⁹, powinna być zatem raczej historią dogmatyki niż dogmatyka historyczna, jednak nie dopatrywał się sprzeczności między aspektem teoretycznym i praktycznym romanistyki. W swym bilansie pierwszego ćwierćwiecza powojennego podkreślał on z jednej strony znaczenie teoretyczne prac Wołodkiewicza o źródłach zobowiązań, a z drugiej aktualność pracy Sondla o przechowaniu, ze względu na to, że dzisiejszy depozyt sądowy pochodzi „w prostej linii” od rzymskiego *depositum sequestre*, a dzisiejsze wkłady oszczędnościowe – od *depositum irregulare*¹⁰⁰.

Zakończmy więc nie tyle wiążącym morałem, ile minimum morału. Jeśli romanistyka chce wejść w trzecie tysiąclecie jako dyscyplina żywotna, musi ona być dyscypliną wszechstronną. Pierwszym tego warunkiem jest, by przestała się ona łudzić, że znajdzie szczęście w wyłącznym związku z dogmatyką praktyczną. Związek ten sprowadziłby historiografię prawa rzymskiego do jego szczegółowej techniczno-dogmatycznej rekonstrukcji, przeprowadzanej dokładnie w ten sposób, w jaki dogmatyk z istniejącego materiału normatywnego rekonstruuje prawo aktualnie obowiązujące. Historyk stałby się zwróconym w przeszłość dogmatykiem, reprodukcją – co gorsza – dogmatykę, którą z punktu widzenia ewolucyjnego należałoby uznać za embrionalną. Okazja do postawienia pod adresem systemu prawnego pytań, których dogmatyka nie jest w stanie postawić, a które

⁹⁷ H. J. Wolff, *Der Rechtshistoriker und die Privatrechtsdogmatik*, w: Festschrift F. v. Hippel, Tübingen 1967, s. 704 nn.; T. Giaro, *Betrachtungen eines trotzigten Konservativen*, RJ 7 (1988) s. 19 n.

⁹⁸ H. J. Wolff, dz. cyt., 707 nn.; T. Giaro, *Privatrechtsgeschichte* (uw. 15) s. 37.

⁹⁹ Tak już *Prawo rzymskie w 25-leciu* (uw. 88) s. 66; *Rozważania o własności* (uw. 12) s. 53; *Prawo rzymskie* (uw. 1) s. 89.

¹⁰⁰ *Prawo rzymskie w 25-leciu*, s. 58 n., 66.

historia jako nauka podstawowa prawoznawstwa postawić powinna, pozostałaby niewykorzystana. Należy mieć nadzieję, że wizja ta się nie ziści.

Dogmatik und Geschichte in der Tradition polnischer Romanistik

Rechtshistoriker schenken vornehmlich, wenn nicht ausschließlich, denjenigen Rechtsinstituten ihr Interesse, die eine Fortsetzung im geltenden Recht finden. Diese Kontinuitätsideologie, die bereits auf die deutsche Historische Rechtsschule zurückgeht, erhält aktuell Impulse von der Ankündigung des neuen europäischen Privatrechts auf der Grundlage des alten römischen. Eine solche, in Deutschland sehr verbreitete, Ideologie degradiert die Privatrechtsgeschichte zu einer applikativ-selektiven Traditionspflege.

Die polnische Romanistik bildete sich unter ganz anderen Bedingungen heraus. Die Kontinuität des altpolnischen Rechts, das keine bemerkenswerten romanistischen Einflüsse aufweist, brach infolge der Teilungen Polens zusammen. Auf diese historische Gegebenheit geht die präzise Trennung zwischen Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte zurück. Die erstere war eine Dogmatik des geltenden fremdem Rechts romanistischen Ursprungs, die letztere eine Geschichte des nicht mehr geltenden einheimischen Rechts slawischen Ursprungs.

Mithin nahm Polen das römische Recht spät, aus zweiter Hand und in einer bereits „historisierten“ Gestalt als Grundlage des kodifizierten Zivilrechts auf. Dementsprechend war die Legitimation des romanistischen Studiums in Polen traditionell nicht-utilitaristisch und blieb dies in erhöhtem Maß zwischen den beiden Weltkriegen, als Polen die westeuropäischen Kodifikationen durch ein neues Privatrecht zu ersetzen begann, und nach dem 2. Weltkrieg, als das überkommene Zivilrecht durch „sozialistische“ Prinzipien überlagert wurde.