

PAWEŁ WIĄZEK
Uniwersytet Wrocławski

O powołaniu naszych czasów do ustawodawstwa: konsolidacja, unifikacja, korektura czy kodyfikacja? Polemiki wokół *ponderabiliów* w sporze o reformę prawa sądowego u schyłku osiemnastowiecznej Rzeczypospolitej

Naturalnym punktem wyjścia każdej poważnej rozprawy, dysertacji czy naukowej dysputy winno być sprecyzowanie podstawowych pojęć w celu uniknięcia nieporozumień terminologicznych. Brak choćby próby podjęcia podobnego wyzwania, niezależnie od ewentualnych kontrowersji, dyskredytuje badacza pragnącego przedstawić wyniki własnych eksploracji szerszemu gronu potencjalnych odbiorców. Jest to szczególnie istotne w wypadku licznych, znaczeniowych rozbieżności, interpretacyjnych wątpliwości i asocjacyjnej różnorodności, dotyczących fundamentalnych i kluczowych (z punktu widzenia prowadzonego wywodu) konstrukcji werbalnych. A tak niewątpliwie jest w wypadku takich pojęć (w kontekście języka prawniczego), jak: konsolidacja, unifikacja, korektura, a zwłaszcza kodyfikacja czy kodeks.

Dążenia do ujednoczenia oraz pewnej systematyzacji istniejących norm i przepisów dostrzegają uczeni orientaliści już w starożytnej Mezopotamii, Egipcie, Judei, w Chinach, Persji, Indiach, a także w Grecji i Rzymie okresu archaicznego. Samo pojęcie kodeksu pojawiło się, co do czego istnieje zasadnicza zbieżność stanowisk, w okresie późniejszym, w epoce rzymskiego prawa poklasykowanego. Nie oznaczało to jednak zaistnienia kodyfikacji jako świadomej działalności prawotwórczej. Wielce kontrowersyjne byłoby określenie tych zbiorów pochodzących ze starożytnej epoki mianem kodeksów, zwłaszcza w ścisłym,

współczesnym tego słowa znaczeniu. Przede wszystkim ograniczony był stopień, w jakim uwzględniały one element nowości rozwiązań. Petryfikując w istocie ustalone zwyczaje i prawa zwyczajowe, miały charakter fragmentaryczny¹. Taki stan rzeczy utrzymywał się w następnych stuleciach dziejów prawa. Zarówno w średniowieczu, jak i w czasach późniejszych (w istocie aż do XVIII wieku), nie istniała w pełni świadoma działalność kodyfikacyjna w naszym, tj. współczesnym rozumieniu. Samym terminem „kodeks”, który był w powszechnym użyciu od średniowiecza, posługiwano się jeszcze w początkach XIX stulecia w sposób dość swobodny. Pod pojęciem tym skrywano projekty i prospekty kodyfikacyjne, zbiory praw, w tym zbiory prywatne, zbiory orzeczeń sądowych czy wreszcie prace i rozprawy komentatorskie².

Pojęcie kodeksu, dość jednolicie zdefiniowane i upowszechnione w europejskiej tradycji terminologii prawniczej XIX i XX wieku, już w epoce feudalnej zasadniczo różniło się od zbioru prawa. Zawierający przepisy jednego działu (gałęzi) prawa, mający moc prawa obowiązującego na podstawie decyzji ustawodawcy, kodeks sporządzany był zwykle na bazie norm i przepisów prawa dotychczas obowiązującego, ale z możliwością tworzenia norm *ex nihilo*, a jego systematyka („porządne uszykowanie”) była wyrazem refleksji teoretycznej, często przedmiotem dyskusji i sporów ideowych³.

Okres średniowiecza w ogóle nie sprzyjał idei kodyfikacji⁴. Żaden z powstałych wtedy kodeksów nie stanowił w pełni zwartej całości⁵. Systematyka ich opierała się na kryterium charakteru źródeł prawa, bo kryterium podziału według gałęzi wprowadziło dopiero oświecenie. Mimo wysokich wymagań, jakie stawiali technicy ustawodawczej uczeni juryści, język prawniczy średniowiecznych kodeksów pozostawiał wiele do życzenia. Miał on charakter deskryptywny i analityczny; cechowała go obrazowość i symbolika. Sensualizm ujęć dominował nad

¹ L. Górnicki, *Prawo cywilne w pracach Komisji Kodyfikacyjnej Rzeczypospolitej Polskiej w latach 1919–1939*, Wrocław 2000, s. 60.

² S. Salmonowicz, *Narodziny nowoczesnej myśli kodyfikacyjnej w Europie*, CPH 1977, z. 1, s. 82.

³ Tak (z czym trudno się nie zgodzić) E. Borkowska-Bagińska, *Polska w Europie. Refleksje nad europejską kulturą prawną*, [w:] G. Bałtruszajtys, *Prawo wczoraj i dziś. Studia dedykowane profesor Katarzynie Sójce-Zielińskiej*, Warszawa 2000, s. 64–65; zob. także: K. Sójka-Zielińska, *Wielkie kodyfikacje cywilne XIX wieku*, Warszawa 1973; K. Sójka-Zielińska, *Rola prawa rzymskiego w pracach kodyfikacyjnych wieku Oświecenia*, CPH, t. 27, 1975, z. 1.

⁴ Partykularyzm interesów oraz stanowa struktura społeczna, jak też będące ich odzwierciedleniem partykularyzm i stanowość prawa, okazywały się trudną do pokonania barierą. Tendencje centralizacyjne i unifikacyjne reprezentowała władza państwowa. Odnotować też wypada znaczne wpływy kanonistyki postulującej idee kodyfikacji i udział duchowieństwa w pracach kodyfikacyjnych zainicjowanych przez władców; H. Grajewski, *Z zagadnień ideologii prawodawstwa w trzynastym stuleciu*, CPH 1962, z. 2, s. 220.

⁵ J. Baszkiewicz, A. Wójtowicz, *Z zagadnień ideologii ustawodawczej wieków średnich*, CPH 1974, z. 1, s. 24.

pojęciami ogólnymi, nie sprzyjał syntezie. Głównym celem spisywania kodeksów było uporządkowanie dotychczasowych przepisów⁶.

Wspólną dla państw Europy cechą stanu prawa sądowego była tendencja rozwojowa źródeł jego poznania; opisać ją można lapidarnie jako drogę od spisu (zbioru) prawa do kodeksu. Powszechnie tworzone w dobie średniowiecza spisy praw, zlecane przez władców, często z inicjatywy prywatnej — praktyków wymiaru sprawiedliwości, uczonych prawników albo urzędników — zawierały normy i przepisy już (i tylko) obowiązujące, porządkowały je, redagowały w funkcjonującym w życiu prawnym języku, niekiedy „oczyszczały” z wzajemnych sprzeczności i systematyzowały w sposób odległy od standardów i kanonów prawa współczesnego. Zbiory mogły uzyskać sankcję monarszą, ale i bez niej były stosowane w praktyce wymiaru sprawiedliwości⁷.

Zainteresowanie sztuką tworzenia prawa wyrosło na podłożu humanizmu, wreszcie idee kodyfikacyjne Hugo Grocjusza, Samuela Pufendorfa czy Gottfrieda W. Leibniza, zaowocowały znanymi kodyfikacjami XVI stulecia, od których pod względem techniki prawodawczej nie odbiegały kodeksy XVII wieku, określane z reguły mianem ordynacji — ordonansów. Unikano w nich wyraźnie wprowadzania nowych rozwiązań, gdyż dawność prawa stanowiła jego atut.

Nowoczesne rozumienie kodyfikacji pojawiło się dopiero w XVIII stuleciu i przetrwało aż do dzisiaj, choć wiek XIX odbiegł w znacznym stopniu od charakterystycznej dla oświecenia doktryny praw natury jako podstawy wszelkiego prawodawstwa i kodyfikacji. Te dwa stulecia stworzyły podstawy nowoczesnej systematyki kodeksów i techniki kodyfikacyjnej. W takim to znaczeniu zapoczątkował stosowanie terminu „kodyfikacja” Jeremy Bentham, twórca *A General View of a Complete Code of Laws*, który — nie definiując jednakże pojęcia kodyfikacji — odróżnił stanowienie kodeksów regulujących określoną dziedzinę w sposób kompleksowy, od stanowienia zwykłych praw, obejmujących wybraną przez ustawodawcę węższą sferę ludzkiej aktywności⁸.

Odmienne, znacznie węższe rozumienie kodyfikacji niż w kontynentalnej Europie, wykształciło się w Anglii. W angielskim języku prawniczym kodyfikacja oznaczała zebranie w jednym akcie prawnym orzecznictwa, ewentualnie wraz z uzupełnieniami i modyfikacjami ustawowymi. Jeżeli dany tekst prawny skupia,

⁶ L. Górnicki, *op. cit.*, s. 62. S. Salmonowicz twierdzi, że średniowieczne kodeksy miały na celu przede wszystkim ułatwienie procesu poznania prawa, a nie jego reformę czy unifikację, choć mogły do tego prowadzić; S. Salmonowicz, *Narodziny...*, s. 80 nn.; zob. także S. Salmonowicz, *Od Justyniana do Kodeksu Napoleona, Rozważania nad problematyką i terminologią zbiorów prawnych feudalnej Europy*, CPH 1969, z. 1, s. 187, 194.

⁷ Moc prawna zbiorów po dziś dzień pozostaje kwestią nie w pełni zbadaną, pozostawiającą wiele wątpliwości i kontrowersji.

⁸ L. Górnicki, *op. cit.*, s. 63.

a także nowelizuje dawniejsze przepisy ustawowe, nie jest on kodyfikacją, ale konsolidacją⁹.

Niejednokrotnie zwracano już uwagę, że w literaturze przedmiotu rozważania dotyczące samej terminologii zbiorów praw nie są obszerne¹⁰. Przyjmuje się, że wynika to w dużej mierze z niedostatku refleksji odnoszących się do klasyfikowania pojęć procesu ustawodawczego oraz braku przepływu informacji i wzajemnego korzystania z wyników badań historyków i teoretyków prawa. Większość autorów, choć widzi potrzebę ustalenia jednolitej terminologii — także z uwagi na konieczność definiowania coraz powszechniej używanych w naukach prawnych terminów dekodyfikacja czy rekodyfikacja — nie podejmuje próby skonstruowania definicji kodyfikacji. Przyczyną tego stanu rzeczy jest w dużej mierze trudność tego typu przedsięwzięcia oraz dyskusyjność przedstawianych propozycji¹¹.

W światowej literaturze samo pojęcie kodyfikacji niejednokrotnie rodzi spory, wywołując liczne polemiki nie tylko z uwagi na konstruowanie samej definicji, lecz także temporalne granice tego zjawiska. W pełni zrozumiałe wydaje się to, że nie sposób ustalić jednolitego jego rozumienia dla wszystkich epok, gdyż pojęcia jurydyczne mają charakter dynamiczny¹². Dość powszechnie ogranicza się problematykę kodyfikacji do wieku XVIII, XIX i późniejszych, nie uwzględniając przy tym zarówno przyczyn i celów, jakim przyświecać miało tworzenie zbiorów prawnych, jak i progresu samej techniki prawodawczej¹³.

W refleksji nad historią kodyfikacji i myśli kodyfikacyjnej nie można jednak uchylić się od próby zdefiniowania podstawowych pojęć, np. zbioru prawa i kodeksu. To oczywisty zabieg badawczy ułatwiający „komunikację” różnych dyscyplin prawoznawstwa. Historycy prawa niewiele miejsca poświęcają formułowaniu (według Maxa Webera) tzw. pojęć typologicznych, czy to w postaci typów idealnych (wyłącznie modelowych), czy też empirycznych¹⁴. Opisują zwykle (czasem rekonstruują) treść przepisów, badają ich źródła (często w kontekście zapożyczeń czy recepcji), intelektualne i polityczne zaplecze twórcy (twórców),

⁹ H. Izdebski, *Kodyfikacje cywilne XX wieku, cz.1. Kodyfikacja, jako instrument reformy prawa*, CPH 1990, z. 1–2, s. 147.

¹⁰ Z reguły zagadnienie terminologii zbiorów praw traktowane jest marginesowo nie tylko w studiach poświęconych poszczególnym kodyfikacjom, lecz także w syntezach historii prawa. Por.: H. Conrad, *Deutsche Rechtsgeschichte der Neuzeit bis 1806*, Karlsruhe 1966, s. 282 nn.; F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen 1952, s. 197 nn.

¹¹ S. Grzybowski podnosi w swych rozważaniach, iż wszelkie próby zdefiniowania nie przynoszą zadowalających rezultatów; por. S. Grzybowski, *Les Lumières et les ombres de la codification à l'avenir prochain*, Archivum Iuridicum Cracoviense, vol. II, 1969, s. 84.

¹² L. Górnicki, *op. cit.*, s. 60.

¹³ W. Szafrąński, *Pojęcie kodyfikacji w ujęciu historycznym*, [w:] *Prawo wobec wyzwań współczesności*, t. 2, P. Wiliński (red.), Poznań 2005, s. 107–113.

¹⁴ O funkcjach pojęć typologicznych i potrzebie ich formułowania przez historyków prawa zob. W. Uruszczak, *Europejskie kodeksy prawa doby renesansu*, CPH, t. 40, 1988, z. 1, s. 61 nn.

analizując też elementy techniki legislacyjnej (język, systematykę, tryb prac kodyfikacyjnych)¹⁵.

Niewątpliwie ważną i niezwykle interesującą próbę skonstruowania definicji (typu idealnego) pojęcia kodeksu, próbę osadzenia w kontekście historycznym, podjął w latach 60. XX wieku belgijski historyk prawa, Jacques Vanderlinden. Na reprezentatywnej próbie blisko stu zbiorów i kodeksów wspomniany autor wiekopomnej *Koncepcji kodeksu w Europie Zachodniej od XIII do XIX wieku* sformułował katalog wspólnych cech kodeksu, w odniesieniu do jego treści, form i cech (przymiotów). Kodeks jest więc, jak stwierdził, zbiorem powiązanych z sobą i niesprzecznych (treściowo) przepisów, obejmujących całą gałąź prawa albo istotną ich część. Cechą kodeksu jest nadto moc obowiązującego prawa oraz przymioty umożliwiające poznanie prawa (kompletność), jasna struktura wewnętrzna, „poręczność”, a także koherencja wewnętrzna treści norm¹⁶.

Wśród innych opracowań tej problematyki warto wymienić wcześniejszą pracę Stena Gagnera. Szwedzki uczyony nie stworzył własnej definicji kodyfikacji, ograniczając się do wskazania różnicy pomiędzy terminem „ustawodawstwo” (*Gesetzgebung*) a nowszym wyrażeniem „kodyfikacja” (*Kodifikation*)¹⁷. Analogiczne poglądy prezentował Mario Enrico Viora¹⁸, przeciwstawiając pojęciu „konsolidacja” określenie „kodyfikacja”, podkreślając jednocześnie, że często konsolidacja stanowiła pierwszy etap kodyfikacji. Giovanni Tarello¹⁹ czy Csaba Varga²⁰ koncentrowali w swych pracach uwagę raczej na rozwoju myśli kodyfikacyjnej i kodyfikacji, a ich ewentualne rozważania definicji kodyfikacji dotyczyły określenia specyficznych cech procesu zmierzającego do powstania zbioru prawa. Termin „kodyfikacja” w tych deliberacjach przeciwstawiany jest pojęciu konsolidacji czy unifikacji, rozumianych jako zbieranie dotychczas obowiązujących przepisów prawnych. Historycznie rzecz ujmując, zunifikowanie praw (choćby w dawnej Rzeczypospolitej) oznaczało ujednoczenie zwyczajów, skodyfikowanie zaś — spisanie ich w kodeksie²¹. Należałoby uznać, że kodyfikacja zawiera w sobie unifikację; że unifikację traktować należy jako element składowy albo etap kodyfikacji. Można zunifikować prawo, nie dokonując jego kodyfikacji. Zawsze

¹⁵ E. Borkowska-Bagieńska, *Między zbiorem a kodeksem. Refleksje o kodyfikacji i myśli kodyfikacyjnej oświecenia*, [w:] *Historia Integra. Księga pamiątkowa ofiarowana prof. Stanisławowi Salmonowiczowi w siedemdziesięciolecie urodzin*, J. Dygała, G. Górski, D. Janicka, R. Łaszewski (red.), Toruń 2001 [cyt. dalej: E. Borkowska-Bagieńska, *Między zbiorem...*], s. 92.

¹⁶ J. Vanderlinden, *Le concept de code en Europe occidentale du XIIIe au XIXe siècle. Essai de definition*, „Études d’histoire et d’ethnologie juridiques” Bruxelles 1967.

¹⁷ S. Gagner, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, Upsala 1960, s. 109 nn.

¹⁸ M.E. Viora, *Consolidazioni e codificazioni*, Torino 1967, s. 25.

¹⁹ G. Tarello, *Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII*, Genova 1973, s. 17.

²⁰ C. Varga, *Utopi og Kodifikation. Utopier om rationalitet under udviklingen af kodifikationsideen*, a także *Historisches Wesen und aktuelle Bedeutung der Kodifikation*, [w:] *idem, Rechtsphilosophische Aufsätze*, Budapest 1994, s. 62–63 i 77.

²¹ L. Górnicki, *op. cit.*, s. 68.

będziemy mieli do czynienia tylko z unifikacją, jeżeli brak jest spełnienia założeń i wymogów ogólnych przynależnych zabiegom kodyfikacyjnym²².

Csaba Varga dokonał jednocześnie licznych klasyfikacji (w dużej mierze są to propozycje dotyczące współczesnych kodyfikacji), uważając za najistotniejsze podzielenie kodyfikacji na ekstensywne (kwantytatywne) i intensywne (kwalitatywne)²³.

Felix Ermacora podjął interesującą próbę zdefiniowania, przedstawienia i skonfrontowania obu podstawowych pojęć, tj. znaczenia zarówno terminu „kodyfikacja”, jak i „kodeks”. Przez pierwsze (w szerszym znaczeniu) pojmuje promulgację źródła prawa pisanego, która obejmuje dziedzinę (gałąź) prawną bardziej lub mniej ogólnie. Natomiast kodeksem określa zbiór mający następujące cechy: systematyczny, syntetyczny, fachowy, ogólny i ostatecznie bazujący na akcie ustawodawczym²⁴.

W kontekście rozważań nad pojęciem kodyfikacji warto zwrócić uwagę na prace Barbary Dölemeyer²⁵ i Armina Wolfa²⁶, traktujące o rozwoju procesu kodyfikacyjnego od epoki nowożytnej do dnia dzisiejszego, a także dzieło *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte* pod redakcją Helmuta Coinga²⁷, będące w przedmiocie interesującej nas problematyki syntezy dziejów myśli kodyfikacyjnej i pomników prawnych poszczególnych państw²⁸.

Wśród polskich historyków prawa rozważania terminologiczne poświęcone kodyfikacji i kodeksowi prowadzili: Stefan Grzybowski, Stanisław Salmonowicz, Katarzyna Sójka-Zielińska, Waław Uruszczak i Ewa Borkowska-Bagińska.

Stefan Grzybowski nie przedstawił własnej definicji kodeksu, ale zarysował przebieg dyskusji nad terminologią kodyfikacji, głównie w krajach *common law*. Określając przesłanki i postulaty kodyfikacyjne, podkreślał trudności w uznaniu konkretnego pomnika prawa za kodeks ze względu nie tyle na występowanie właściwych cech kodeksu (np. jasność, zwiezłość, kompletność), ile stopień ich nasilenia²⁹.

²² *Ibidem*.

²³ C. Varga, *Types of Codification in codificational Development* (= „Acta Iuridica Academiae Scientiarum Hungaricae” 19), Budapest 1977, s. 31.

²⁴ F. Ermacora, *Les problèmes de la codification à la lumière des expériences et situations actuelles*, [w:] *Rapports Généraux au VI-ème Congrès International de droit compare*, Bruxelles 1964, s. 225 i 227.

²⁵ B. Dölemeyer, *Zivilrechtliche Kodifikationen in Europa im 19. Jahrhundert*, „Law in History” I, 2000, s. 117–130.

²⁶ A. Wolf, *Gesetzgebung und Kodifikationen*, [w:] *Die Renaissance der Wissenschaften*, V.P. Weimar (red.), Zürich 1981, s. 143 nn.

²⁷ *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, H. Coing (red.), t. 2 i 3.

²⁸ W. Szafrński, *Kodeks Stanisława Augusta*, Poznań 2007, s. 18–20.

²⁹ *Ibidem*, s. 20–21.

S. Salmonowicz sformułował własną definicję kodeksu w europejskiej kulturze prawnej. Według jego koncepcji kodeks to „zbiór przepisów prawa o charakterze większej całości, mający moc prawa obowiązującego na mocy samoistnego aktu prawnego”³⁰.

W. Uruszczak w artykule o kodeksach doby renesansu podkreślił, że pojęcie „kodeks i kodyfikacje należą do grupy pojęć o historycznie zmiennej treści”, podobnie jak np. państwo, sejm, ustawa. Przyjął, iż kodeks to „pisany zbiór prawa (księga), komunikujący treść norm prawnych, obejmujący całość lub znaczną część systemu prawa danego państwa, uznany na mocy aktu ustawodawczego *ex lege* lub zwyczaju *ex consuetudine* za obowiązujące źródło (poznania) prawa”³¹. Wedle krakowskiego znawcy kodyfikacji epoki feudalnej rangę kodeksu miały prywatne spisy prawa zwyczajowego, np. *Sachsenspiegel* czy księga prawa zwyczajowego Normandii.

Katarzyna Sójka-Zielińska wskazała na dwojakiego rodzaju rozumienie w literaturze terminu „kodyfikacja”: pierwsze — ogólne — jako każdą próbę zebrania, ułożenia, opracowania materii prawnej w pewną całość, z którymi mamy do czynienia od starożytności do dzisiaj³², drugie — będące definicją kodyfikacji *sensu stricto*, pojmowaną nie tylko jako proces zebrania pewnej materii prawnej w jednolity zbiór, lecz także opracowanie systematycznie i metodycznie uporządkowanego zbioru prawa, będącego samoobowiązującym źródłem norm³³. Rozważając problematykę unifikacji czy konsolidacji, podkreśliła (obok systematyzacji) ich znaczenie jako możliwego celu kodyfikacji.

Według Ewy Borkowskiej-Bagińskiej kodeks zaś to zbiór usystematyzowanych (wedle określonego kryterium) przepisów i norm, regulujących wyczerpująco jedną gałąź prawa (nawet jeśli jest to prawo materialne i procesowe), mający moc prawa obowiązującego mocą decyzji ustawodawcy, który tworzy go, czerpiąc nie tylko z dotychczas obowiązujących przepisów, ale też budując je *ex nihilo*³⁴.

W historii kodyfikacji i myśli kodyfikacyjnej w Polsce przedrozbiorowej za szczególnie ważne uznawane są czasy stanisławowskie. Spośród dwu wielkich inicjatyw kodyfikacyjnych *Zbiór Praw Sądowych* Andrzeja Zamoyskiego mieścił się jeszcze w kręgu typowego dla Europy feudalnej spisu prawa obowiązującego, choć był też próbą „przemycenia” nowych instytucji i rozwiązań. Wszystkie elementy definicji kodeksu³⁵ wypełniał — a ściślej: wypełniałby — *Kodeks Stani-*

³⁰ S. Salmonowicz, *Kodyfikacje i myśl kodyfikacyjna XVII i XVIII w.*, [w:] *Dzieje kodyfikacji prawa. Materiały na konferencję historyków prawa w Karpaczu*, Poznań 1974, s. 144; S. Salmonowicz, *Narodziny nowożytnej myśli kodyfikacyjnej w Europie*, t. 19, 1971, s. 18.

³¹ W. Uruszczak, *op. cit.*, s. 61.

³² K. Sójka-Zielińska, *Über der modernen Kodifikationsbegriff*, [w:] *Velke Kodifikace*, t. 1, Praha 1989.

³³ *Ibidem*, s. 25.

³⁴ E. Borkowska-Bagińska, *Między zbiorem...*, s. 93.

³⁵ Według E. Borkowskiej-Bagińskiej.

sława Augusta, choć nie uzyskał nigdy postaci artykułowanego źródła (poznania) prawa³⁶.

W literaturze niejednokrotnie zwracano już uwagę na szczególnie konserwatywny praktyki legislacyjnej I Rzeczypospolitej, na wyjątkowo silnie zakorzenione przekonanie o stabilności prawa, jako istotnym spoiwie wielonarodowego państwa, o powszechności postawy obywateli dawnych epok przekonanych, że im starsze prawo, tym większe jego poważanie, tym większy autorytet. Tradycjonalizm ten, kultywowany przez wieki, w istocie po kres niepodległego bytu państwowego u schyłku XVIII stulecia, nie przybierał przecież jednak tak radykalnych i ortodoksyjnych zarazem form proceduralnych, jakie — symbolicznie nieco — przypisywane bywają obyczajom starożytnego Tarentu³⁷.

Tradycja i postęp w prawie oraz ich wzajemne relacje mają już w literaturze jakże bogatą, barwną i kwiecistą narrację. Parnasem intelektualnej treści w poetyckiej niemal szacie słownej trąci choćby wywód Remigiusza Sobańskiego, ze zniewalającą niemal swadą opiewający harmonijną koegzystencję tych dwóch pierwiastków:

Tradycja i postęp to jednak pozornie jedynie pojęcia przeciwstawne; doskonała *ars legesferendi* wymaga wzajemnego ich wyważenia. Dopiero ono tworzy dojrzałą, odpowiedzialną, a przede wszystkim realną perspektywę kreowania prawa przylegającego do wymogów życia, a dzięki temu nader żywotnego. Trudno oprzeć się przekonaniu, że dopiero prawo tworzone ze świadomością tej uniwersalnej prawdy ma szansę zająć trwałe miejsce w historii prawa, będąc jednocześnie wyrazem mądrości przodków oraz rozeznania i roztropności jego twórców. W ten sposób przekazuje ono bowiem z pokolenia na pokolenie kanon mądrości ludzkiej. Nawiązując do trzech tradycji umysłowych, spoczywających u początków cywilizacji europejskiej, mianowicie do greckiego rozróżnienia prawdy i fałszu, judeochrześcijańskiego rozróżnienia dobra i zła oraz do rzymskiego realizmu, wypracowano narzędzia tworzenia racjonalnego, słusznego prawa³⁸.

Prawo cechuje się znaczną dozą konserwatywności. Stanowione prawo jest zorientowane na przyszłość, zawiera reguły przyszłych zachowań. Implikuje to trwałość prawa, co tym samym każe nie lekceważyć prawa dotychczasowego i stwarza domniemanie ciągłości prawa. Nie znaczy to, by autorytet przodków

³⁶ E. Borkowska-Bagieńska, *Między zbiorem...*, s. 93.

³⁷ A. Stelmachowski, za H. Kupiszewskim, przywołuje taki oto przykład praktyki legislacyjnej antycznego, greckiego miasta: „gdy obywatel na zgromadzeniu ludowym składał wniosek o zmianę istniejącego prawa, budowano szubienicę, zakładano mu stryczek i... jeżeli wniosek nie został przyjęty — wieszano go”; por. A. Stelmachowski, *Problem stabilności prawa*, [w:] *Prawo i ład społeczny. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Annie Turskiej*, G. Polkowska (red.), Warszawa 2000, s. 21–22.

³⁸ R. Sobański, *Słuszość w prawie*, „Państwo i Prawo” 56, 2001, z. 8 (666), s. 4.

ważył więcej niż rozum, oznacza natomiast, że nie wolno lekceważyć, ani co gorsza przekreślać z góry i generalnie rozumu przodków oraz powstałych dzięki niemu zasad i sposobów radzenia sobie z problemami. Respekt dla tradycji to nie nieugięte trwanie przy dawnym i dotychczasowym, lecz krytyczna i kreatywna recepcja tego, co ongiś się sprawdziło. Korzystając z wiedzy i doświadczenia przodków, uzyskuje się punkt widzenia ułatwiający ocenę sytuacji, potrzeb i środków zaradczych.

Prawo jest zjawiskiem historycznym, zdarzyć się więc może, że nie nadażą za przemianami, ciągłość staje się ciężarem, a respekt dla tradycji czyni ślepy m na wymogi czasu, zaś argument „zawsze tak było” może wyhamowywać konieczny rozwój. Trudno byłoby zaprzeczyć, że prawo musi podlegać zmianom, historia prawa to właśnie dzieje tych zmian, bo cechy niezmienności przypisuje się tylko prawu Bożemu³⁹.

Harmonia nie stoi bynajmniej w sprzeczności z dynamiką tych relacji, lecz wprost przeciwnie, jak słusznie dowodzi przywołany, złotousty luminarz, zalecający jednak ostrożność i brak pochopności w działaniach na rzecz kreowania nowej rzeczywistości prawnej:

Zmian prawa winno się jednak dokonywać z rozwagą i tylko wtedy, gdy ich potrzeba jest bezsporna. Zmiany wymagają uzasadnienia, ciężar dowodu spoczywa na podmiocie proponującym zmiany: kto chce zmienić prawo, winien wykazać, że ma do zaproponowania lepsze instytucje czy normy⁴⁰.

Oprócz od dawna przypisywanych prawu ról, wyznaczonych takimi pojęciami, jak: pokój, wolność, równość czy sprawiedliwość, na pewnym etapie cywilizacyjnego progresu obciążono je funkcją narzędzia rozwoju gospodarczego i społecznego. Ta stymulująca i promująca rozwój rola prawa zaznaczyła się szczególnie intensywnie w czasach nowożytnych⁴¹.

Potrzeba reformy prawa jako czynnika regulującego i stymulującego przemiany stosunków gospodarczych i społecznych oraz środka przebudowy i unowocześnienia państwa, odczuwana była szczególnie intensywnie w dziejach dawnej Polski właśnie w początkach czasów stanisławowskich. Wyrażały ją konstytucje sejmów z lat 60. XVIII wieku⁴² oraz sejmu rozbiorowego z lat 1773–1775, zale-

³⁹ R. Sobański, *Niezmienność i historyczność prawa w Kościele: prawo Boże i prawo ludzkie*, „Prawo Kanoniczne” 40, 1997, nr 1–2, s. 23–44.

⁴⁰ R. Sobański, *Uwagi o tradycji w prawie*, „Z dziejów prawa” 1 (9), Katowice 2008 [cyt. dalej: R. Sobański, *Uwagi o tradycji...*], s. 14.

⁴¹ *Ibidem*, s. 13.

⁴² *Volumina Legum* [cyt. dalej: VL], t. VII, s. 711; sejm w roku 1768 wyznaczył komisję do sporządzenia projektu korektury praw.

cające niezrealizowaną w praktyce korekturę i „opisanie prawa”⁴³. Wreszcie sejm w roku 1776⁴⁴ podjął uchwałę o powołaniu zespołu do przygotowania zbioru praw sądowych⁴⁵. Uzasadnieniem królewskiego projektu sporządzenia zbioru praw sądowych, mającego „powszechnie w całej ojczyźnie za regułę służyć”, były szkodliwości wynikające „z wielości, ciemnoty, wzajemnych przeciwności i różnych niedokładności praw”. Istotne jest to, że projektowany *Zbiór* — co podkreślono — winien zachować dotychczasowe prawa jedynie w takim zakresie, w jakim nie pozostawałyby one w sprzeczności „zamierzonemu przez nas ulepszeniu sprawiedliwości”, a generalna dyrektywa nakazywała „ażeby sprawiedliwość naturalną” traktować zawsze „*pro primo obiecto*”⁴⁶.

Stwierdzenie, że kodyfikatorzy nie są związani prawami dotąd obowiązującymi i mogą zachować z nich tylko te, które uznają za potrzebne dla „ulepszenia sprawiedliwości”, zawierało upoważnienie do zmiany praw niezgodnych z naturalną sprawiedliwością i potrzebami narodu. Jednocześnie materiały wczesnego etapu prac kodyfikacyjnych dowodzą powszechnego w doktrynie kodyfikacyjnej XVIII wieku przekonania o potrzebie wykorzystania obowiązującego prawa jako podstawowego tworzywa dla powstającego kodeksu oraz potrzebie ostrożności i rozwagi przy odstępowaniu od „zwyczajów starodawnych”⁴⁷.

Idea reformy prawa w państwie, jej założenia, kierunek, treść, charakter, następnie przebieg prowadzonych prac legislacyjnych i wreszcie efekt, tj. owoc podjętych działań reformatorskich, w stopniu co najmniej znaczącym warunkowane i determinowane są stanem kultury prawnej społeczeństwa. Na pojęcie to składa się wiele koegzystujących elementów szeroko rozumianej rzeczywistości, wzajemnie się uzupełniających. Do grupy tych kreatywnych czynników w interesującym nas kontekście należą niewątpliwie: doktryna filozoficzna i myśl prawnicza oraz istniejący stan prawa łącznie ze stopniem jego znajomości, uporządko-

⁴³ Zob. A. Ohanowicz, Z. Radwański, *Ostatnia próba kodyfikacji prawa cywilnego w Rzeczypospolitej szlacheckiej. Kodeks Stanisława Augusta*, PiP 1952, z. 11 (81), s. 658.

⁴⁴ Na 13 sesji, w dn. 11 września tego roku.

⁴⁵ Por. E. Borkowska-Bagieńska, „*Zbiór praw sądowych*” *Andrzeja Zamoyskiego*, Poznań 1986, [cyt. dalej: E. Borkowska-Bagieńska, „*Zbiór praw sądowych*”...], s. 51–52.

⁴⁶ VL, t. VIII, s. 875.

⁴⁷ O potrzebie ostrożnego postępowania w odmianie dawnych praw pisał obszernie H. Kołłątaj w listach do A. Zamoyskiego, porównując materiał prawny do domu: „Dom to jest stary, do przedstawienia z tych samych materiałów, uważnie i umiejętnie rozbierać go należy”, AGAD, Arch. Zam. 1777, s. 12 oraz Bibl. Czart., rkps 916, s. 146–158. K. Opałek w referacie *Monteskiusz w Polsce*, [w:] *Monteskiusz i jego dzieło*, J. Bardel, K. Grzybowski (red.), Wrocław 1956, s. 255–256 dowodził, że uchwała sejmowa, powierzająca Zamoyskiemu dzieło opracowania zbioru praw, kładła nacisk na zachowanie prawa dotąd obowiązującego i niewielkie jego zmiany. Ze stanowiskiem K. Opałka polemizował w dyskusji nad referatem B. Leśnodorski. K. Sójka-Zielińska na podstawie analizy konstytucji z 1776 r. stwierdziła, że *Zbiór* miał być „nową, przebudowaną od podstaw strukturą”; K. Sójka-Zielińska, *Kodyfikacje wieku Oświecenia*, [w:] *Dzieje kodyfikacji prawa. Materiały na konferencję historyków prawa w Karpaczu*, b.m.w. 1974, s. 150; por. E. Borkowska-Bagieńska, „*Zbiór praw sądowych*”..., s. 53.

wania i umiejętności komentowania. Kulturę prawną społeczeństwa tworzą nadto — związane z rozwojem nauki i dydaktyki prawa — umiejętności formułowania i interpretowania przepisów, także świadomość założeń systematyki prawa, jak również stan języka narodowego, szczególnie języka prawnego i prawniczego⁴⁸.

Pośród tematów wielkiego publicznego dyskursu Wieku Świeł niewątpliwie istotne miejsce zajmowała problematyka prawna. Było to konsekwencją rozpowszechnionego i ugruntowanego przekonania o szczególnej roli prawa w dziele zmiany istniejących i krytycznie ocenianych stosunków społecznych, gospodarczych i politycznych. Potrzeba naprawy prawa artykułowana była w osiemnastowiecznej Rzeczypospolitej już w czasach saskich; inną rzeczą jest, że zgłaszane wówczas postulaty dotyczyły stosunkowo wąskiej grupy spraw, zwłaszcza z zakresu organizacji i funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości, procesu sądowego i prawa spadkowego⁴⁹. „Światopogląd prawniczy” epoki i przekonanie, że zasadniczym czynnikiem postępu społecznego jest generalna reforma prawa, a formą jej realizacji winna być kodyfikacja, to poglądy znane i głoszone także w osiemnastowiecznej Polsce, jednak opinie o zakresie reformy prawa były dość zróżnicowane⁵⁰.

W myśli prawnej polskiego oświecenia dominowało początkowo przekonanie, że reforma prawa polskiego powinna polegać na przywróceniu skuteczności dawnych praw, ich spisaniu, wyjaśnieniu i oczyszczeniu z niesprawiedliwych naleciałości oraz zapewnieniu ścisłego ich przestrzegania. W drugiej połowie lat 70. XVIII wieku, w związku z podjęciem prac nad *Zbiorem Praw Sądowych*, zaczęła kształtować się i rozwijać myśl o potrzebie stworzenia nowego porządku prawnego, choć zbudowanego z materiału dotąd obowiązującego, lecz oczyszczonego ze sprzeczności z „naturalną sprawiedliwością”. W trakcie prac nad projektem tzw. Kodeksu Zamoyskiego i bezpośrednio po ich zakończeniu problem „dawne, czy nowe prawo” był przedmiotem publicystyki i dyskusji. Idea reformy prawa sądowego w Rzeczypospolitej doby prac nad *Zbiorem Praw Sądowych* wyrażana była potrzebą umiarkowanych zmian, polegających na ostrożnym wprowadzaniu „nowości pożytecznych” przy założeniu, że dawne prawo stanowić będzie podstawę prac legislacyjnych⁵¹. Oficjalny stosunek twórców Kodeksu Zamoyskiego do prawa obowiązującego wyrażały anonimowe *Reguły fundamentalne do stanowienia prawa* oraz *Początki najpierwsze do prawodawstwa*. Ich anonimowy autor pisał, że celem prawa jest „szczęśliwość powszechna narodu i szczęśliwość obywateli” oraz zaprowadzenie porządku między obywatelem a rządem i między obywatelami. Prawa zamieszczone w kodeksie „powinny się przychylić względnie

⁴⁸ Szerzej o roli i znaczeniu kultury prawnej społeczeństwa zob. S. Salmonowicz, *Europejskie kodyfikacje karne (XVI–XIX w.)*, SP 1973, z. 38, s. 166 nn. oraz Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980, s. 385 nn.

⁴⁹ Zob. J. Michalski, *Studia nad reformą sądownictwa i prawa sądowego w XVIII w.*, cz. 1, Wrocław-Warszawa 1959, s. 33.

⁵⁰ Por. S. Salmonowicz, *Narodziny nowożytnej myśli kodyfikacyjnej...*, s. 84 nn.

⁵¹ Por. E. Borkowska-Bagieńska, „*Zbiór praw sądowych*”..., s. 60.

do obyczajów krajowych”, a źródłami ich winny być „statut dawny i konstytucje sejmowe”, uzupełnione Statutem Litewskim, eksceptami mazowieckimi, prawem chełmińskim i mazowieckim, a „jeśli i te nie wystarczą” — prawem zagranicznym, głównie rzymskim⁵².

Wątek powrotu do dawnego prawa w opinii nauki stanowił często „werbalne manewry, za którymi tkwiły dążenia do rzeczywistej reformy praw” i „pożądany kostium historyczny”⁵³. Niezmiennosc norm — ideał średniowiecznej myśli prawniczej — stanowiła również cechę sarmackiej kultury prawnej. Była ona związana z kultem i afirmacją dawnego prawa, a argument dawności był argumentem pozytywnym jeszcze i w drugiej połowie XVIII wieku⁵⁴.

Niezależnie od umiarkowania i kompromisowości w pracach nad *Zbiorem praw sądowych* dostrzec można wyraźne zerwanie polskiej myśli prawniczej z „tradycjonalnością treściową”, polegającą na afirmowaniu tego, co dawne, ze względu na dawność właśnie. Tradycjonalność treściowa w pracach nad projektem ustąpiła tradycjonalności formalnej, polegającej na afirmowaniu dawnego prawa ze względu na jego treść, a nie fakt dawności⁵⁵.

Potrzeba kodyfikacji prawa w Polsce uświadamiana była wyraźnie, choć motywy podjęcia dzieła były różne, a spodziewane efekty — zróżnicowane⁵⁶. Historycznie najdawniejszy był związek prac kodyfikacyjnych z procesem porządkowania oraz unifikacją prawa. W Polsce, wobec braku oficjalnego zbioru prawa sądowego, w warunkach narastania potrzeby oparcia się na prawie spisanim, ta motywacja miała charakter powszechny. Sytuację łagodziła *Volumina Legum* z inwentarzami ułatwiającymi korzystanie ze zbioru chronologicznego konstytucji sejmowych, ale *Volumina* dostarczały tylko materiału do poznania prawa. Były zbiorem nieusystematyzowanym i nie spełniały postulatu unifikacji prawa, podobnie jak spisy prywatne i zbiory o charakterze kompilacyjnym, niemające mocy prawnej, choć w praktyce wymiaru sprawiedliwości powszechnie stosowane⁵⁷.

Istotną cechą myśli oświeceniowej, nie tylko myśli politycznej i prawnej, konstатовaną powszechnie przez jej badaczy, był jej reformatorski charakter, dążenie do racjonalnego przekształcenia rzeczywistości w duchu utylitaryzmu, tj. w sposób użyteczny i dla jednostki, i dla całego społeczeństwa, i dla państwa⁵⁸.

Program zachodnioeuropejskiej myśli oświeceniowej i przedmiot społeczne-go dyskursu skierowany był (najogólniej rzecz ujmując) przeciw państwu abso-

⁵² *Reguły fundamentalne do stanowienia prawa*, Bibl. Czart., rkps 700, s. 1189–1193; *Początki najpierwsze do prawodawstwa*, Bibl. Czart. rkps 916, s. 176.

⁵³ Por. S. Salmonowicz, *Od Justyniana do Kodeksu Napoleona...*, s. 195.

⁵⁴ E. Borkowska-Bagieńska, „*Zbiór praw sądowych*”..., s. 61.

⁵⁵ O pojęciu tradycjonalności treściowej i formalnej zob. J. Szacki, *Tradycja. Przegląd problematyki*, Warszawa 1971.

⁵⁶ Zob. S. Salmonowicz, *Kodyfikacje i myśl kodyfikacyjna...*, s. 144.

⁵⁷ E. Borkowska-Bagieńska, „*Zbiór praw sądowych*”..., s. 62.

⁵⁸ E. Borkowska-Bagieńska, *Między zbiorem...*, s. 87.

lutnemu, jego ustrojowi i niehumanitarnemu prawu. Myśl polska i polskie debaty skierowane były nie przeciwko silnemu państwu, ale w kierunku jego naprawy, przez wzmocnienie struktur ustrojowych oraz reformę prawa sądowego⁵⁹.

I zachodnioeuropejska, i polska myśl epoki uznawały prawo za ważny instrument w procesie reform państwa, jego gospodarki, społeczeństwa i kultury (np. edukacji). Oparte w większości na ideach „sprawiedliwości naturalnej” prawo publiczne i sądowe wiązać miało zarówno podmioty prawa publicznego (króla, urzędników), jak i jednostki — obywateli. Ta „naturalna sprawiedliwość” była pojęciem różnie definiowanym. W polskiej myśli oświeceniowej ważne było jej utylitarne traktowanie i różne, w zależności od ekipy politycznej (reformatorskiej), definiowanie⁶⁰.

Różne były też w europejskiej myśli XVIII wieku poglądy na temat sposobów tworzenia prawa, roli władcy w procesie legislacyjnym oraz przydatności prawa rzymskiego i zwyczajowego w dziele jego reformy. W myśli francuskiej, angielskiej i włoskiej, wcześniej i silniej niż w Polsce, pojawił się np. postulat gruntownej reformy prawa, zwłaszcza prawa karnego, oraz postulat jego kodyfikacji. Prawo tworzone przez ustawodawcę *ex nihilo*, w oderwaniu od przepisów i norm dotychczas obowiązujących, winno w sposób wyczerpujący, jasny, zwięzły i dobrze usystematyzowany normować podstawowe działy prawa publicznego w kodeksach⁶¹.

Specyfiką polskiej myśli czasów stanisławowskich było ostrożniejsze, niż w myśli zachodnioeuropejskiej formułowanie postulatów co do sposobów reformy prawa sądowego, zakresu prac kodyfikacyjnych i „tworzywa” projektowanych kodeksów. Pierwszy okres inicjatyw legislacyjnych czasów stanisławowskich (*vide*: prace nad *Zbiorem Praw Sądowych* Andrzeja Zamoyskiego) cechowała wyraźna powściągliwość co do zakresu zmiany i reformy prawa. W dotychczasowej polskiej myśli prawniczej dominowało dość wyraźnie przekonanie, że reforma prawa w Rzeczypospolitej powinna polegać na przywróceniu skuteczności

⁵⁹ *Ibidem*, s. 87.

⁶⁰ Zob. J. Jedlicki, *Jakiej cywilizacji Polacy potrzebują*, Warszawa 1988, s. 19 nn., E. Borkowska-Bagińska, *Refleksje o związkach polskiej myśli politycznej z myślą zachodnioeuropejską w kresie Oświecenia* [w:] *Studia z historii państwa, prawa i idei*, A. Korbowicz, H. Olszewski (red.), Lublin 1997, s. 46 nn.

⁶¹ Znamienny paradoks europejskiej myśli kodyfikacyjnej doby oświecenia to fakt, iż jeden z głównych jej twórców i najwybitniejszych teoretyków — Jeremy Bentham — wywodził się z anglosaskiej, a nie kontynentalnej kultury prawnej, z kultury prawnej opartej na prawotwórczym precedensie, a nie literze ustawy, jako podstawowym źródle prawa. To z tym właśnie angielskim prawnikiem i filozofem z reguły wiąże się ideę utylitaryzmu, mającą stanowić fundament polityki państwa, funkcjonowania społeczeństwa oraz podstawę tworzonego, doskonałego w zamyśle prawa. Por. E. Rostworowski, *Historia powszechna. Wiek XVIII*, Warszawa 1977, s. 992; H. Olszewski, M. Zmierzczak, *Historia doktryn politycznych i prawnych*, Poznań 1994, s. 227 nn.

dawnych praw, ich spisaniu, wyjaśnieniu i „oczyszczeniu” z niesprawiedliwych naleciałości, a także na zapewnieniu ścisłego ich przestrzegania⁶².

Postulat i potrzebę stworzenia nowego porządku prawnego zbudowanego nie (jak we współczesnej myśli kodyfikacyjnej) *ex nihilo*, a z przepisów już obowiązujących, „oczyszczonych” z elementów sprzecznych z „naturalną sprawiedliwością”, sformułowano w takim kształcie po raz pierwszy w dziejach dawnej Rzeczypospolitej bodaj w latach 70. XVIII wieku, podczas prac nad projektem *Zbioru Praw Sądowych*. Postulat taki zawarty został w uzasadnieniu projektu króla na sejm 1776 roku, który powierzał Andrzejowi Zamoyskiemu sporządzenie zbioru praw sądowych, mającego „powszechnie w całej ojczyźnie za regułę służyć”. Uzasadnienie zalecało Zamoyskiemu: „[...] ażeby sprawiedliwość naturalną biorąc zawsze *pro primo obiecto*, nie przywiązywał się *indesistentur* do żadnej z dawnych legislatur, ale żeby zważając naturę okoliczności, w których się naród nasz znajduje i obyczaje onego, to wszystko *in fornando Novo Codice* z dawnych praw zachował, cokolwiek zamierzonemu przez nas ulepszeniu sprawiedliwości nie znajdzie przeciwnym”⁶³.

Sformułowanie o niezwiązaniu kodyfikatorów prawem dotychczas obowiązującym zawierało, jak można sądzić z zamierzeń króla i zachowanych materiałów z prac zespołu, szerokie uprawnienie co do „tworzenia” zbioru.

Cytowana wyżej mowa króla na posiedzeniu sejmu zawierała co prawda postulat uwzględnienia w miarę możliwości dotychczasowych przywilejów szlachty, Statutu Łaskiego z 1506 roku i III Statutu Litewskiego z 1588, ale też sugerowała wyraźnie potrzebę poprawy położenia „stanów uciskanych”⁶⁴.

Podjęcie przez sejm w 1776 roku uchwały o powierzeniu Zamoyskiemu dzieła kodyfikacji prawa spotkało się z żywą reakcją opinii publicznej. Korespondencja wpływająca do zespołu, który ekskanclerz powołał, publicystyka oraz dyskusje na sejmikach stanowią ważne źródło poznania oczekiwań społecznych w trakcie prac oraz opinii o zbiorze po jego wydrukowaniu w 1778 roku⁶⁵. Ich analiza pozwala na stwierdzenie, że opinie były zróżnicowane, choć generalnie dość zachowawcze. Nawet wypowiedzi luminarzy polskiego oświecenia, prezentowane w trakcie prac nad *Zbiorem Praw Sądowych*, wyrażają postawę pewnego przywiązania do dotychczasowych instytucji prawnych, niechęć do zasadniczej ich zmiany oraz poglądy, że „tworzywem” nowego kodeksu winny być przepisy i normy już obowiązujące. Kwestia podstaw materiałowych *Zbioru* i problem: „dawne czy nowe prawo?” — należały do najczęściej poruszanych i najżywiej dyskutowanych tematów myśli kodyfikacyjnej lat 70. Pozostawała ona w kręgu poglądów charakterystycznych dla ówczesnego polskiego oświecenia, którego

⁶² Por. J. Michalski, *op. cit.*; E. Borkowska-Bagińska, *Między zbiorem...*, s. 89.

⁶³ E. Borkowska-Bagińska, *Między zbiorem...*, s. 89.

⁶⁴ *Diariusz sejmu 1777 r.*, Bibl. Kórnicka, rkps 1357, f. 83 i 85.

⁶⁵ E. Borkowska-Bagińska, *Między zbiorem...*, s. 90.

reprezentantem był m.in. Stanisław Konarski. W traktacie *O skutecznym rad sposobie* prezentował pogląd o potrzebie ostrożnego zmieniania prawa⁶⁶.

Opinię jego powtórzył Hugo Kołłątaj w listach przesłanych Zamoyskiemu we wczesnym etapie prac kodyfikacyjnych. Pisał, porównując system prawny państwa do domu: „Dom to jest stary, do przestawienia z tychże samych materiałów, uważnie i umiejętnie rozbiierać go należy”⁶⁷.

Podobny był tembr całej publicystyki związanej z pracami kodyfikacyjnymi. Nawet ta wyraźnie reformatorska prezentowała pogląd, że „lepsze małe defekta w zwyczajowym już prawie”, niż zamieszanie wprowadzeniem nowych rozwiązań⁶⁸ — pogląd pozostający w zgodzie z tradycjonalizmem szlachty polskiej. Trudno jest jednoznacznie odpowiedzieć na pytanie, jakie było podłoże takiego tradycjonalizmu. J. Szackiego dystynkcja między tradycjonalizmem treściowym a formalnym wydaje się bardzo użyteczna w próbie wyjaśniania źródeł takiego umiarkowanego tradycjonalizmu, reprezentowanego również w środowisku oświeceniowych elit polskich. Należy uznać, że był on (w latach 60. i 70.) zarówno treściowy, jak i formalny⁶⁹.

Reformatorzy polscy tego okresu przekonani byli co do wartości polskich tradycji ustrojowych i prawno-sądowych. Dostrzegali i krytykowali ich mankamenty, a nawet wynaturzenia i braki, ale przywiązani byli do tradycji republikańskiej. Cenili stare instytucje ustroju politycznego i społecznego (stanowość, demokratyczne formy parlamentaryzmu, wolną elekcję i wolności⁷⁰ szlacheckie) oraz dawne, nieskodyfikowane prawo sądowe. Wątek powrotu do dawnego prawa, w myśli kodyfikacyjnej lat 70., miał różne źródła. Stanowił zabieg taktyczny i świadczył o realistycznej postawie kodyfikatorów. Trafnie oceniali oni zachowawcze postawy mas szlacheckich, dla których niezmiennosc instytucji i norm prawnych stanowiły ideał i cechę sarmackiej kultury prawnej. Była ona związana z afirmacją dawnego prawa.

⁶⁶ Zob. W. Konopczyński, *Stanisław Konarski*, Warszawa 1926; *idem*, *Polscy pisarze polityczni XVIII w.*, Warszawa 1966; por. także K. Opalek, *Oświecenie*, [w:] *Historia nauki polskiej*, t. 2, Wrocław-Warszawa-Kraków 1970.

⁶⁷ AGAD, Arch. Zamoyskich 1777, s. 12. O listach tych szerzej: W. Konopczyński, *Pierwsze pismo polityczne Kołłątaja*, „Tygodnik Powszechny” 1951, r. VII, nr 17.

⁶⁸ Autorstwa prominentnego członka zespołu kodyfikacyjnego *Reguły fundamentalne do stanowienia praw z 1776 r.* wyraźnie stwierdzały, że podstawą *Zbioru* winny być przepisy prawa polskiego, a dopiero, gdy okażą się niewystarczające, czerpać należy z praw litewskich, mazowieckich, a nawet zagranicznych. Bibl. Czartoryskich, rkps. 700, s. 1189–1190.

⁶⁹ E. Borkowska-Bagieńska, *Między zbiorem...*, s. 91.

⁷⁰ Wolność w myśli kodyfikacyjnej związanej ze *Zbiorem* definiowana była jako stan podporządkowania prawu. J. Wybicki w *Myślach politycznych o wolności cywilnej* (Poznań 1775, 1776) odróżniał wolność cywilną od politycznej, propagując troskę państwa o ich zapewnienie. Analizy treści listów dokonał E. Roztworowski, *Myśli polityczne Józefa Wybickiego, czyli droga od konfederacji barskiej do obiadów czwartkowych. Wiek Oświecenia*, t. 1, Warszawa 1978.

Argument dawności był jeszcze w drugiej połowie XVIII wieku argumentem pozytywnym, choć autor tekstu *O nowościach politycznych*, diskutowanego w zespole twórców *Zbioru Praw* w grudniu 1777 roku krytycznie oceniał „zawziętość tych, którzy lubo poznają defekt w zwyczajach starodawnych, przecież ich złożyć i odstąpić nie chcą tego samego, że są dawnymi”. Ten sam anonimowy autor, wyrażając aprobatę nowości, które „pożyteczne są w powszechności”, stwierdzał też, że „równość polityczna sama bez pomocy prawa wniędzie do kraju” i zalecał ostrożność w zmianie prawa dotychczas obowiązującego i tworzenie *Zbioru* nie *ex nihilo*, tylko z przepisów ustanowionych przez ustawodawcę⁷¹.

Jeśli pominąć bliżej nieweryfikowalne informacje o wydanych przez pierwszych historycznych władców Polski, Mieszka I i Bolesława Chrobrego, statutach przeciwko wielożeństwu i łamaniu postów, historyczne początki ustawodawstwa polskiego datują się dopiero na wiek XII i XIII. Tak jak i w innych państwach Europy, pierwsze akty ustawodawcze przybierały postać przywilejów, wydawanych przez władców polskich zrazu instytucjom kościelnym, a z kolei osobom świeckim. Z XIII wieku pochodzą pierwsze przywileje generalne (1228, 1291 rok), które nie uzyskały jednak trwałej mocy prawnej⁷².

W polskiej literaturze historycznoprawnej niemal w kategoriach dogmatu traktowany jest pogląd uznający, że aż do XIV wieku prawo polskie powszechne pozostawało niemal wyłącznie prawem zwyczajowym. Zmiana nastąpiła dopiero w czasach Kazimierza Wielkiego. Monarcha ten, którego wielką historyczną zasługą było umocnienie państwa dopiero co wyprowadzonego z rozbitcia dzielnicowego, odniósł też poważne zasługi w dziedzinie ustawodawstwa. Z jego imieniem związane są bowiem najstarsze ustawy dawnego prawa polskiego, zwane popularnie Statutami Kazimierza Wielkiego. Wraz z późniejszymi dodatkami, połączone w jeden zwód, liczyły 150 artykułów, stanowiąc pierwszą polską „kodyfikację” prawa⁷³.

Trudno polemizować z faktami. Działalność prawodawcza kolejnych władców Polski nie była zbyt obfita, a ich dziełem były przede wszystkim przywileje generalne nadane szlachcie, które tworzyły trzon polskiego prawa publicznego. Z kolei w sferę prawa prywatnego sięgały statuty⁷⁴, które władcy polscy (od początków XV wieku) wydawali na sejmach walnych na żądanie przybyłej tam szlachty. Istotnie. Dopiero wykształcenie się w pełni sejmu walnego jako reprezentacji stanowej Królestwa, zwoływanego niemal corocznie począwszy

⁷¹ Bibl. Czartoryskich, rkps 916, s. 185–187.

⁷² W. Uruszczak, *Zwyczaj a ustawa w staropolskiej myśli prawniczej*, [w:] J. Ciągwa, T. Opas, *Z historii państwa, prawa, miast i Polonii. Prace ofiarowane Profesorowi Władysławowi Ćwikowi w czterdziestolecie Jego pracy twórczej*, Rzeszów 1998, [cyt. dalej: W. Uruszczak, *Zwyczaj a ustawa...*], s. 263.

⁷³ Por. *ibidem*, s. 264.

⁷⁴ Statuty: krakowski z 1421 r., warki z 1423 r., piotrkowski z 1447 r., opatowiecki z 1474 r.; por. W. Uruszczak, *Zwyczaj a ustawa...*, s. 264.

od 1493 roku, wpłynęło niewątpliwie przyspieszająco na rozwój ilościowy ustawodawstwa i wzrost jego roli prawotwórczej. Sejm uchwalał tzw. konstytucje (*constitutiones*). Zgodnie z postanowieniem sejmu radomskiego z 1505 roku były one efektem wspólnej woli króla, rady królewskiej (zwanej od lat 30. XVI wieku — senatem) oraz posłów reprezentujących wspólnoty szlachty poszczególnych województw i ziem (*nuntii terrestres, nunti terrarium*)⁷⁵.

U schyłku średniowiecza i u progu czasów nowożytnych ogólny stan prawa nie był zadowalający. Rozproszone statuty i przywileje ziemskie pozostawały przeważnie nieznanne ogółowi szlachty, czemu nie były w stanie przeciwdziałać prywatne przedsięwzięcia spisywania prawa, znane z XV wieku. Wobec głębi i powagi problemu zaczęły pojawiać się nawet radykalne i utopijne propozycje zastąpienia prawa polskiego prawem rzymskim⁷⁶.

Pierwszym przedsięwzięciem w zakresie kodyfikacji prawa polskiego był tak zwany Statut Łaskiego wydany w 1506 roku. Był to oficjalny, drukowany zbiór prawa polskiego pisanego, sporządzony na żądanie sejmu radomskiego przez kanclerza Jana Łaskiego⁷⁷. Zbiór ten zawierał także dwa niewielkie zwody prawa zwyczajowego ziemi krakowskiej (*Consuetudines Terre Cracoviensis* oraz *Processus iuris*), które zatwierdzone wraz z całym statutem przez króla Aleksandra zyskały rangę *consuetudines in scriptis redactae*. W samym Statucie Łaskiego umieszczona została także zachęta adresowana do poszczególnych województw i ziem, aby na wolnych kartach zbioru wpisywać teksty zwyczajów miejscowych po uprzednim sprawdzeniu ich przez kancelarię królewską i zatwierdzeniu przez samego króla⁷⁸.

Statut Łaskiego zapoczątkował akcję kodyfikacji prawa polskiego, zarówno pisanego, jak i zwyczajowego. Zmierzała ona do stworzenia kodeksu prawa, który zastąpiłby dawniejsze ustawodawstwo, jak też prawo zwyczajowe. Kolejne komisje prawników, którym powierzano redakcję nowego kodeksu prawa, miały również za zadanie dołączyć doń „jednolitą formułę prawa zwyczajowego” (*consuetudines in unam formulam redactae*). Jej podstawą miały być spisy miejsco-

⁷⁵ *Ibidem*, s. 264.

⁷⁶ Taki postulat przedstawił Jan Ostroróg w *Monumentum pro Reipublicae ordinatione*. Wykształcony jurysta, doktor obojga praw opowiadał się za jednolitym prawem w całym Królestwie, wspólnego zarówno szlachcie, jak i ludności plebejskiej, na podstawie prawa rzymskiego jako najbardziej doskonałego. Pisał on, mianowicie: *meliore autem excogitari non possunt his, quam que centum patres invenerunt dignissimique imperatores*; „Clarissimi baronis Joannis Ostroróg iuris utriusque doctori Monumentum pro comitiis generalibus Regni sub rege Casimiro pro Reipublicae ordinatione congestum opera Michaelis Bobrzynski editum”, [w:] *Starodawne Prawa Polskiego Pomniki*, t. 5, Kraków 1877, s. 130; por. W. Uruszczak, *Zwyczaj a ustawa...*, s. 264–265.

⁷⁷ *Commune incliti Poloniae Regni privilegium constitutionum et indultum publicitis decretorum approbatorumque*, Cracoviae 1506.

⁷⁸ Wyniki tego apelu pozostają jednak nieznanne, por. W. Uruszczak, *Zwyczaj a ustawa...*, s. 265–266.

wych zwyczajów, których przygotowanie sejm powierzył wojewodom w obrębie ich województw⁷⁹.

Korektura praw z 1532 roku była wspólnym dziełem dwóch komisji prawników powołanych do jego opracowania przez sejm walny w 1526 i 1532 roku, w których najbardziej czynną rolę odegrali wykształceni — w krakowskim oraz we włoskich uniwersytetach — prawnicy: Mikołaj Zamoyski, Jan Chojeński, Benedykt Izdbieński oraz Jerzy Myszkowski. *Korektura*, która obejmowała 930 artykułów ujętych w 5 księgach liczących łącznie 51 tytułów, miała być, stosownie do zamierzeń twórców, wyłącznym źródłem prawa. Wykluczone było stosowanie sprzecznych z nią statutów oraz zwyczajów. Artykuł 4. nakazywał jej stosowanie „sędziom, dygnitarzom, urzędnikom i wszystkim poddanym”. Ewentualne luki miały być wypełniane poprzez stosowanie *per analogiam* innych, podobnych statutów (chodziło o przepisy zawarte w *Korekturze*), jak też precedensowych wyroków sądowych. Nowe prawa miały być odtąd ustanawiane wyłącznie konstytucjami sejmowymi⁸⁰.

W *Prawie politycznym narodu polskiego* książdź Kołłątaj podnosił fakt, iż prawa cywilne (zarówno prywatne, jak i kryminalne), a także prawa polityczne, wszystkie one wyrastają z praw kardynalnych, a te z kolei są „zbiorem sprawiedliwości naturalnej”⁸¹. Myśl o potrzebie zgodności sądowego prawa stanowionego ze „sprawiedliwością naturalną” powtórzył książdź podkanclerzy w mowie z 28 czerwca 1791 roku, kiedy to postulował zachowanie praw dawnych — Statutu Łaskiego oraz statutu litewskiego — poprawionych w sposób dostosowujący je do sprawiedliwości naturalnej. Z pewnością akcentowanie zachowania praw dawnych to znowu głównie zwrot obliczony na uspokojenie umysłów konserwatywnych, ale jednak nie można zupełnie wykluczyć tego, że w wizji Kołłątaja istniała możliwość (może konieczność?) wykorzystania dawnych praw Rzeczypospolitej Obojga Narodów⁸². Wskazywałyby na to pochwały pod adresem Antoniego Trębickiego za jego prosty spis prawa. Nie należy zapominać, że Trębicki jeszcze wówczas należał do najbliższych współpracowników Kołłątajowskiej Kuźnicy, zanim drogi obu polityków drastycznie się nie rozeszły. Niemniej zastrzeżenia na temat sprawiedliwości naturalnej wskazują na intencje Kołłątaja co do treści przyszłego kodeksu, a myśl o dostosowaniu prawa stanowionego do praw naturalnych to także typowa idea zwolenników doktryny prawa natury⁸³.

⁷⁹ Postanowienia tego rodzaju podejmowane były kolejno na sejmach w 1511, 1513, 1519, 1520, 1526, 1532 r.; por. W. Uruszczak, *Zwyczaj a ustawa...*, s. 266.

⁸⁰ *Ibidem*, s. 267.

⁸¹ H. Kołłątaj, *Listy Anonima i Prawo polityczne narodu polskiego*, t. 2, oprac. B. Leśnodorski, H. Wereszycka, Warszawa 1954, s. 218; por. A. Lityński, *Z badań nad reformą prawa karnego u schyłku Pierwszej Rzeczypospolitej*, [w:] *Trudne stulecia. Studia z dziejów XVII i XVIII wieku ofiarowane Profesorowi Jerzemu Michalskiemu w siedemdziesiątą rocznicę urodzin*, Ł. Kądziała, W. Kriegseisen, Z. Zielińska (red.), Warszawa 1994, s. 154.

⁸² A. Lityński, *Z badań nad reformą...*, s. 155.

⁸³ *Ibidem*.

Kiedy na początku czasów nowożytnych w Europie rodził się absolutyzm, w Polsce wykształcała się demokracja. W absolutyzmie odstraszenie stało się naczelną zasadą represji karnej, jedynym celem kary. Dokonała się ewolucja od kar kompozycyjnych, łagodnych przez swój pieniądze-odszkodowawczy charakter — do kar publicznych, cielesnych, wśród których dominowały okrutne kary kaleczące, a na czoło wysuwała się kara śmierci. Niedoleżność aparatu ścigania skłaniała nieograniczoną władzę do aprobowania zasady *confesio regina probationum est*, a tortury miały zostać ważnym środkiem uzyskiwania przyznania się oskarżonego do zarzucanego mu czynu. Takie prawo karne wzmacniało nieograniczoną w istocie i niekontrolowaną władzę nad poddanymi, którzy nie byli — nawet warstwy uprzywilejowane — obywatelami w swoim kraju. Pewnym paradoksem jest, że zakończenie tej ewolucji prawa karnego ułatwiły prądy odrodzenia. Renesans to także odrodzenie kultury prawnej starożytnego Rzymu. Ale w Europie owej doby znano tylko prawo rzymskie okresu cesarskiego, a więc prawa silnej władzy cesarskiej, prawa wzmacniające system absolutystyczny. Kodeksy epoki ostatecznie sankcjonowały i zamykały zasygnalizowaną ewolucję: tak było zwłaszcza w najważniejszym kodeksie centrum Europy — w niemieckiej *Constitutio Criminalis Carolina* z 1532 roku, tak też we francuskim ordonansie królewskim z 1539 roku, podobnie w carskim *Sudiebniku* z 1550 roku i innych. W Polsce, demokratycznej Rzeczypospolitej szlacheckiej, gdzie szlachcic był obywatelem, a nie poddanym, państwo było państwem obywateli-szlachty i władza państwowa służyła obywatelom, nie do pomyślenia było prawo, które miałoby być narzędziem władzy przeciwko obywatelom. Nieprzypadkowo też polska myśl polityczna i prawnicza w zasadzie odrzuciła recepcję prawa rzymskiego. *Quidquid principia placuit, legis habet vigorem* — to jest zasada prawa rzymskiego, dla której Polacy brzydzą się tego prawa — wołał czołowy twórca ideologii wolności szlacheckiej, Stanisław Orzechowski⁸⁴, trafiając w sedno zagadnienia. W efekcie u progu czasów nowożytnych polskie prawo ziemskie (szlacheckie) nie przeszło ewolucji od łagodności systemu kompozycyjnego i prywatnoprawnego procesu do zasady odstraszania z okrutnym systemem kar oraz procesem inkwizycyjnym. Inna rzecz, że prawo w Polsce cechowało się wielością systemów i obok prawa polskiego (ziemskiego) istniało surowe, bo oparte na źródłach pochodzenia niemieckiego, prawo miejskie i częściowo zbliżone doń prawo wiejskie⁸⁵.

Nowoczesne założenia i idee w relatywnie krótkim czasie dotarły na ziemię polską i to w chwili, gdy Rzeczpospolita stała przed koniecznością dokonania nie tylko głębokich zmian ustrojowych, lecz także wkraczających w dziedzinę prawa sądowego. Problemy prawa w Polsce były jednak w znacznym stopniu odmienne

⁸⁴ S. Orzechowski, *Dyalog albo rozmowa około egzekucyjnej polskiej Korony*, [w:] *idem, Wybór pism*, oprac. J. Starnawski, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk 1972, s. 387.

⁸⁵ A. Lityński, *O reformie prawa w Polsce pod koniec XVIII wieku (Wybrane zagadnienia karnomaterialne)*, [w:] *Prawo, a dzieje państwa i ustroju*, M. Szyszkowska (red.), Białystok 1996 [cyt. dalej: A. Lityński, *O reformie prawa...*], s. 79–80.

od problemów prawa karnego większości krajów Europy, tak jak ustroj Rzeczypospolitej odmienny był od większości europejskich.

Punktem wyjścia dla krytyki i zanegowania prawa przedoświeceniowego w Europie (zwłaszcza zachodniej) było jego okrucieństwo, podczas gdy przecież polskie prawo karne (tj. ziemskie) charakteryzowało się specyficzną w tym kontekście łagodnością. Wypada jednocześnie pamiętać, że łagodność ta wynikała przede wszystkim z archaicznego w dużej mierze charakteru prawa ziemskiego i utrzymującego się w nim od średniowiecza systemu kompozycyjnego, co znacznie ograniczało stosowanie kar cielesnych. Determinowało to jednocześnie nie tylko zachowawczy, ale wprost zacofany charakter tego systemu prawa, który pozostawał na poziomie rozwiązań wieków średnich. Wszystko to kształtowało specyficzny paradoks wymagający rozwikłania: zacofanie wychodziło naprzeciw nowoczesnym postulatam humanitaryzacji prawa.

Złożoność i trudność wyzwań, jakie stały przed ludźmi tej epoki, świadomymi konieczności dokonania zmian, potęgowała dodatkowo różnorodność systemów prawnych Rzeczypospolitej wielu narodów, w której stosowano przecież prawo litewskie z pięknymi, szesnastowiecznymi tradycjami, niemieckie prawo miejskie i (o podobnym charakterze) wiejskie oraz (w mniejszym zakresie) inne jeszcze, którymi posługiwano się w stanowym, wielonarodowym państwie⁸⁶.

Wszystkie te elementy istniejącego stanu rzeczy musiały w oczywisty sposób rzutować na treść i charakter polskiego odłamu szkoły humanitarnej oraz kierunku zmian⁸⁷; należało wyrównać zaległości prawa polskiego stosownie do wymogów nowożytnego państwa przez odejście od dominujących elementów prywatnoprawnych w kierunku wzmocnienia czynników publicznoprawnych oraz przez zlikwidowanie rażących już w oświeceniu nierówności stanowych. Jednocześnie niekoniecznie realizacja tego zadania musiała w sposób immanentny łączyć się z łagodzeniem prawa, dysproporcjonalnie liberalnego zwłaszcza dla bogatej szlachty. Osiągnięcia podobnych skutków oczekiwano poprzez zrealizowanie innego celu reformatorów: obrony zagrożonej suwerenności.

Wielowątkowość i specyfika zarówno politycznej, społecznej, jak i prawnej rzeczywistości osiemnastowiecznej Rzeczypospolitej determinowała mnogość pytań i odpowiedzi oraz skalę wątpliwości i trudności w działaniach na rzecz koniecznych zmian w sferze prawa sądowego. Projektowanie konkretnych rozwiązań legislacyjnych wymagało jednak uprzedniego uzyskania w miarę i możliwie powszechnie akceptowanego konsensusu, który stanowić miała odpowiedź na pytanie o skalę i sposób reformowania prawa sądowego w państwie.

⁸⁶ *Ibidem* s. 86–87.

⁸⁷ *Ibidem*, s. 93.

Über die Berufung unserer Zeiten zu der Gesetzgebung: Konsolidierung, Vereinheitlichung, Korrektur oder Kodifizierung? Polemiken rund um die *Ponderabilia* im Streit über die Reform des Gerichtsrechts Ende des 18. Jahrhunderts in Polen

Zusammenfassung

Der Beitrag erscheint als Fortführung einer Reihe von Publikationen des Verfassers über die im 18. Jahrhundert in der Republik Polen herrschenden strafrechtlichen Meinungen. Er präsentiert die Ansichten über die erforderlichen Reformen des Strafrechts, die fundamentalen Richtungen, den Umfang, die Skala und die Tiefe der projektierten oder mindestens verlangten Änderungen, die in der Publizistik, dem juristischen Schrifttum sowie im privaten Schriftverkehr der größten polnischen Juristen dieser Zeit ihren Platz gefunden haben. Vorgestellt werden auch die anonymen Meinungen, die eine Emanation der Ansichten des damaligen „politischen Volkes“, d.h. der Vertreter des polnischen und litauischen Adels darstellen.

Der Verfasser griff auch auf die erhaltene Dokumentation des Verlaufs der Sejm-Debatten, die im Zusammenhang mit den Entwürfen der legislativen Änderungen betreffend die Reformen des Strafrechts geführt waren und auf die Entwürfe selbst. Die Ansichten der Denker und Juristen-Praktiker der polnischen Aufklärung dem Standpunkt der namhaftesten Vertreter der westeuropäischen Ideen des 18. Jahrhunderts gegenüberstellend führt der Verfasser seine Untersuchungen zu Ähnlichkeiten und Differenzen zwischen den Standpunkten der Philosophen, Juristen und Politiker.

Der Beitrag zeichnet sich durch eine Vielfalt der genutzten Quellen und Anwendung der komparatistischen Forschungsmethode aus.

