

VI. DEBIUTY

Damian Szczepaniak (Kraków)

Między historią a prawoznawstwem. Refleksje teoretyczne o historii prawa

1. HISTORIA PRAWA W REFLEKSJI TEORETYCZNEJ – O POTRZEBIE BADAŃ

Z punktu widzenia każdej dyscypliny naukowej istotne znaczenie ma poszukiwanie podstawy teoretycznej dla prowadzonych w jej obszarze badań. Potrzeba definiowania bądź redefiniowania owej bazy w szczególny sposób uwidacznia się wobec zmienności czynników wewnętrznych i zewnętrznych, mających wpływ na dalszy rozwój danej dziedziny wiedzy. W ostatnich latach w polskiej literaturze znamienne jest brak szerszej refleksji nad zagadnieniami teoretycznymi związanymi z uprawnianiem dyscypliny, jaką jest historia państwa i prawa. Wzmoczone zainteresowanie prowadzeniem tego typu analiz przypadło na lata sześćdziesiąte i siedemdziesiąte ubiegłego stulecia. Badaczami sięgającymi wówczas po zagadnienia teoretyczne byli Juliusz Bardach¹, Stanisław Ehrlich²,

¹ Jego szkice dotyczące zagadnień metodologicznych zostały przedrukowane w wydawnictwie: J. Bardach, *Themis a Clio czyli prawo a historia*, Warszawa 2001, za którym będą cytowane w niniejszym opracowaniu. Zob. idem, *Metoda porównawcza w zastosowaniu do powszechnej historii państwa i prawa* [w:] idem, *Themis...*, s. 99–146; idem, *Recepcja w historii państwa i prawa* [w:] idem, *Themis...*, s. 35–97; idem, *Themis a Clio, czyli o potrzebie podejścia historycznego w prawoznawstwie* [w:] idem, *Themis...*, s. 11–33; idem, *Historia praw słowiańskich. Przedmiot i metody badawcze* [w:] idem, *Themis...*, s. 147–181.

² S. Ehrlich, *Teoria a historia w nauce prawa*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1964, z. 1, s. 283–289.

Aleksander Gieysztor³, Bogusław Leśnodorski⁴, Henryk Olszewski⁵, Stanisław Grodziski⁶, Waław Szubert⁷ czy Witold Zakrzewski⁸. Ważne znaczenie miała także ankieta dotycząca pozycji dyscyplin historycznoprawnych w obrębie nauk historycznych i prawnych, przeprowadzona przez Redakcję „Czasopisma Prawno-Historycznego”, wyniki której opublikowano we wskazanym periodyku w 1969 i 1970 roku. Udział w niej wzięli wybitni polscy historycy i prawnicy⁹. Ich zadaniem było udzielenie odpowiedzi na pytania, dotyczące m.in. znaczenia nauk historycznoprawnych dla dyscyplin, jakimi się zajmowali, wskazanie obszarów badań prowadzonych przez historyków prawa, nad którymi rozwijanie naukowej refleksji było z punktu widzenia ich dyscyplin szczególnie użyteczne oraz konkretnych problemów, jakie ich zdaniem powinny stać się w pierwszej kolejności przedmiotem dociekań badaczy dziejów prawa. Z prac o charakterze teoretycznym, opublikowanych w późniejszym czasie, odnotować należy zwłaszcza artykuł Marka Wąsowicza¹⁰, w ostatnich zaś latach tekst Jakoba Maziarza¹¹. Obecność interesującej nas problematyki w pewnym zakresie dostrzec możemy także w artykułach Stanisława Salmonowicza¹² oraz Andrzeja Zakrzewskiego¹³. Ciągłe aktualny pozostaje natomiast postulat Henryka Olszewskiego, który na

³ A. Gieysztor, *Remarques sur l'histoire du droit et les sciences historiques*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1979, z. 1, s. 31–37.

⁴ B. Leśnodorski, *Historia prawa wśród innych nauk historycznych*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1964, z. 1, s. 305–317; idem, *Historia prawa, administracji i doktryn wobec zagadnień współczesności*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1971, z. 1, s. 179–189.

⁵ H. Olszewski, *Podejście historyczne w prawoznawstwie* [w:] A. Łopatka (red.), *Metody badania prawa. Materiały sympozjum Warszawa 28–29 IV 1971 r.*, Wrocław 1978, s. 11–27.

⁶ S. Grodziski, *Uwagi o historii prawa, jej miejscu wśród nauk historycznych i nazwie*, „Historyka” 1972, s. 90–101.

⁷ W. Szubert, *Histoire du droit et les recherches sur le droit contemporain*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1979, z. 1, s. 39–51. Por. idem, *Refleksje nie-historyka nad historią prawa*, „Państwo i Prawo” 1994, z. 1, s. 4–14.

⁸ W. Zakrzewski, *Nauki historycznoprawne a prawnopozytywne*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1964, z. 1, s. 291–304.

⁹ Byli to: Remigiusz Bierzanek, Witold Czachórski, Antoni Czubiński, Karol Górski, Tadeusz Manteuffel, Alfred Ohanowicz, Jerzy Starościk, Adam Szpunar, Jerzy Topolski, Jerzy Wróblewski, Witold Zakrzewski, Igor Andrejew, Jan Gwiazdomorski, Adam Łopatka, i Zbigniew Radwański. Zob. *Ankieta na temat miejsca dyscyplin historycznoprawnych wśród nauk historycznych i prawnych*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1969, z. 2, 165–191; „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1970, z. 1, s. 195–203.

¹⁰ M. Wąsowicz, *O profesji historyka prawa*, „Przegląd humanistyczny” 1989, nr 3, s. 19–34.

¹¹ J. Maziarz, *Czy historia prawa jest nauką historyczną czy prawną?*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2015, z. 1, s. 323–333.

¹² S. Salmonowicz, *Oratio pro domo sua, czyli kilka uwag o nauce historii prawa w Polsce*, „Miscellanea Historico-Iuridica” 2011, s. 21–34.

¹³ A. Zakrzewski, *Czemu ma obecnie służyć historia prawa, co jej grozi?*, „Miscellanea Historico-Iuridica” 2011, s. 35–46.

początku lat siedemdziesiątych ubiegłego stulecia zwracał uwagę, iż miejsce metody historycznej w prawoznawstwie stanowi zagadnienie nadal domagające się opracowania¹⁴. O ile obecnie możemy spotkać się z tekstami, odnoszącymi się do problemów związanych z uprawianiem dyscyplin historycznoprawnych¹⁵, aktualnym stanem badań¹⁶ czy trudnościami łączącymi się z próbami marginalizowania historii prawa w ramach programów kształcenia na studiach prawniczych¹⁷, próżno jest szukać prac, których autorzy podejmowaliby się pogłębionej analizy zagadnień metodologicznych. Wyjątek pod tym względem stanowią niewątpliwie prace romanistów, którzy w ostatnich latach stosunkowo często sięgają po zagadnienia z zakresu metodologii¹⁸. Wydaje się, iż dobrą okazję do szerszej debaty na ten temat stanowią cyklicznie odbywające się zjazdy historyków prawa. Powodów zajęcia się tą problematyką jest bowiem kilka. Obecnie odnotowuje się istotny wzrost zainteresowania wśród badaczy czasami najnowszymi. W ostatnim czasie zdecydowanie zwiększyła się liczba prac odnoszących się do okresu II Rzeczypospolitej, II wojny światowej czy Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej. W konsekwencji znacząca ilość ważkich, zwłaszcza dla okresu międzywojennego, tematów została już przez badaczy opracowana. W tym kontekście pojawiają się więc pytania nie tylko o to, co, ale także w jaki sposób dalej badać, aby prowadzone analizy można było uznać za użyteczne dla rozwoju dyscypliny. Odpowiedzi na nie trudno jest poszukiwać w ogłoszonych kilkadziesiąt lat temu pracach, których tezy niejednokrotnie oparte na doświadczeniach wynikających z badań nad prawem dawnym, nie zawsze okazują się przydatne dla osób specjalizujących się w prawie XIX i XX w. Ponadto część dotychczasowych ustaleń, zwłaszcza tych, które oparte zostały na metodologii marksistowskiej, wymaga dziś istotnej korekty. Należy również mieć na uwadze, iż to właśnie refleksja te-

¹⁴ H. Olszewski, *Podejście historyczne...*, s. 11.

¹⁵ Zob. A. Zakrzewski, *Czemu ma obecnie służyć historia prawa...*

¹⁶ Zob. H. Olszewski, *Uwagi o stanie nauk historycznoprawnych*, „Państwo i Prawo” 2010, z. 4, s. 3–14; W. Uruszczak, *À propos „Uwag o stanie nauk historycznoprawnych”*, „Państwo i Prawo” 2010, z. 9, s. 106–111; H. Olszewski, *W odpowiedzi Profesorowi Waclawowi Uruszczakowi*, „Państwo i Prawo” 2010, z. 10, s. 113–115.

¹⁷ Zob. P. Jurek, *Likwidacja przedmiotu „historia państwa i prawa Polski” na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego*, „Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa” 2014, z. 4, s. 683–692.

¹⁸ Zob. np. W. Dajczak, *Potencjał metody porównawczo-historycznej na przykładzie kontrowersji wokół odpowiedzialności sprzedawcy za wady fizyczne rzeczy* [w:] A. Wudarski (red.), *Prawo obce w doktrynie prawa polskiego*, Warszawa 2016, s. 135–158; F. Longchamps de Bérier, *Z uwag do metodologii nauki prawa prywatnego: argumenty historyczny, dogmatyczny i prawno porównawczy na przykładzie darowizny na wypadek śmierci oraz zapisu windykacyjnego* [w:] *Prawo obce...*, s. 285–329; idem, *Z uwag do metodologii nauki prawa prywatnego: powoływanie łacińskich reguł i maksym na przykładzie nemo plus iuris*, „Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa” 2014, z. 1, s. 39–57.

oretyczna pozwala lepiej zrozumieć rolę historii prawa jako dyscypliny, mającej trwałe miejsce w obrębie nauk prawnych. Sprawa ta nie należy dziś do mało istotnych, jeśli weźmiemy pod uwagę próby obniżania na wydziałach prawa znaczenia tej dziedziny wiedzy. Sugerowany kierunek badań może wydawać się zasadny zwłaszcza wówczas, gdy uświadomimy sobie, że podkreślanie roli historii prawa poprzez wykazywanie możliwości jej praktycznego zastosowania niejednokrotnie wydaje się być ślepą uliczką¹⁹. Postulatowi podjęcia przez historyków prawa szerszej debaty teoretycznej, niech towarzyszy kilka własnych przemyśleń autora w tej materii.

2. HISTORIA PRAWA W RELACJI Z HISTORIĄ I PRAWOZNAWSTWEM – O PRZEDMIOCIE I METODACH BADAŃ

Pytanie o miejsce historii prawa tak w obrębie nauk historycznych, jak i nauk prawnych nie jest pytaniem nowym. O ile zakwalifikowanie jej jako nauki prawnej wśród teoretyków prawa nie budzi zasadniczo wątpliwości²⁰, o tyle niektórzy historycy prawa zdają się postrzegać ją raczej jako naukę historyczną²¹. Świadczą o tym poglądy wyrażane przez Bogusława Leśnodorskiego²², Marka Wąsowicza²³ czy Stanisława Grodzkiego, zdaniem którego „historia prawa to nauka historyczna, tak z uwagi na przedmiot badań, którym jest ustrój i prawo minionych epok, jak i ze względu na metody badawcze. Natomiast wynikiem swych badań służy zarówno prawu, jak i historii”²⁴. Przyjrzyjmy się więc pokrótce obu wskazanym przez Grodzkiego dowodom, mającym potwierdzać „historyczność” naszej dyscypliny.

W kontekście pierwszego z nich, warto przytoczyć słowa Jerzego Wróblewskiego. Zdaniem tego badacza „zakres problemów, które dyscypliny historycznoprawne mogą badać, pokrywa się (...) z zagadnieniami całego prawoznawstwa, tyle że rozpatruje się je z tym specyficznym wyznacznikiem czasowym”. Każda z wymienianych przez niego grup problemów, relewantnych z punktu widzenia

¹⁹ Zob. A. Zakrzewski, *Czemu ma obecnie służyć historia prawa...*, s. 43.

²⁰ Zob. m.in. K. Opałek, *Z problematyki podziału nauk prawnych*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace Prawnicze” 1960, z. 7, s. 25–45; K. Opałek, J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii prawa*, Warszawa 1969, s. 355–356.

²¹ Zwraca na to uwagę J. Maziarz, *Czy historia prawa...*, s. 323–324.

²² Znamienne jest, iż zdaniem tego badacza, nauki historycznoprawne powinny uszczegóławiać przedmiot swoich badań w uzgodnieniu z przedstawicielami „innych nauk historycznych”, utrzymując je „w obrębie ogólnych studiów nad historią społeczeństw”. Zob. B. Leśnodorski, *Historia prawa...*, s. 316.

²³ M. Wąsowicz, *O profesji...*, s. 20–21.

²⁴ S. Grodzki, *Uwagi...*, s. 93.

nauk prawnych, omawiana może być przy zastosowaniu jednego z przykładowo wskazanych „wyznaczników”, wśród których wyszczególnia on m.in. „wyznacznik historyczny”²⁵. W ujęciu tym przedmiotem zainteresowania nauk prawnych jest prawo we wszystkich jego aspektach, które badać można na różnych płaszczyznach²⁶, przy pomocy adekwatnych metod. Wspólny z innymi naukami prawnymi przedmiot badań jednoznacznie wskazuje zatem, iż historię prawa traktować należy jako dyscyplinę przynależącą do tychże nauk. Fakt, iż tym co różni nauki historycznoprawne od pozostałych nauk prawnych, a zwłaszcza od dogmatyki prawniczej, jest czas obowiązywania stanowiącego przedmiot ich zainteresowań prawa, nie może prowadzić do wyłączenia historii prawa z zakresu nauk prawnych. Zdaniem Jakoba Maziarza „podzielenie poglądu, iż historia prawa jest nauką historyczną, oznaczałoby, że należy przyjąć także, iż prawem jest tylko zespół norm obecnie obowiązujących”²⁷. Nie ulega też wątpliwości, iż zajmowanie się historią prawa, zwłaszcza prawa sądowego, wymaga od badacza odpowiedniej wiedzy prawniczej. Potwierdza to chociażby wspomniany już Stanisław Grodziski, który choć – jak wspomniano wyżej – uważa historię prawa za naukę historyczną, to jednak zwraca uwagę, że „historycy prawa winni posiadać wykształcenie prawnicze i praktykę”²⁸. Trudno zgodzić się z Markiem Wąsowiczem, który odpowiadając na pytanie „czy historyk prawa jest »bardziej« historykiem czy prawnikiem?” stwierdził, iż wprawdzie kwestii tej nie da się jednoznacznie rozstrzygnąć, to jednak w jego przekonaniu:

historyk prawa, bez względu na to, jaką problematyką się zajmuje, jest jednak przede wszystkim historykiem. (...) W dociekaniach prawnika góruje bowiem postawa postulująca: prawnik zastanawia się nad tym, jakie prawo powinno być, jak powinno się je stosować, jak przestrzegać. W rozważaniach historyka dominuje natomiast postawa wyjaśniająca: próbuje on opisywać i tłumaczyć przeszłość. Historyk prawa bada przeszłe prawo, dlatego też (...) w jego rozważaniach musi dominować postawa tłumacząca, właściwa historykowi²⁹.

Przyjęcie tego poglądu byłoby równoznaczne – jak słusznie zauważył cytowany już Jakob Maziarz – z uznaniem, że dogmatycy nie zajmują się wyjaśnianiem prawa, co w konsekwencji oznaczałoby, iż nie formułują oni wniosków *de lege lata*, zaś badania historyków prawa pozostają zamknięte jedynie w przeszłości, nie przekładając się w żaden sposób na proces stanowienia prawa i jego wykładnię³⁰.

²⁵ J. Wróblewski [w:] *Ankieta...*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1970, s. 185–186.

²⁶ Zob. K. Opalek, *Przedmiot prawoznawstwa a problem tzw. płaszczyzn prawa*, „Państwo i Prawo” 1969, z. 6, s. 983–994; J. Wróblewski, *Prawo i płaszczyzny jego badania*, „Państwo i Prawo” 1969, z. 6, s. 996–1006.

²⁷ J. Maziarz, *Czy historia prawa...*, s. 324.

²⁸ S. Grodziski, *Uwagi...*, s. 93.

²⁹ M. Wąsowicz, *O profesji...*, „Przegląd Humanistyczny” 1989, nr 3, s. 20–21.

³⁰ J. Maziarz, *Czy historia prawa...*, s. 329.

Wydaje się, iż w pełni zasadne byłoby odnieść do nauk historycznoprawnych słowa Marii Boruckiej-Arctowej, sformułowane pod adresem socjologii prawa, która jej zdaniem nie może

zatracić z pola badań tego, co stanowi problematykę nauk prawnych, w której nie wyręczy prawnika przedstawiciel żadnej innej dyscypliny naukowej, gdyż wymaga ona oprócz wiadomości z tej dziedziny wiedzy z zakresu nauk prawnych, przygotowania i umiejętności zarówno stawiania problemów, jak i ich opracowania z punktu widzenia potrzeb prawoznawstwa. Zawsze bowiem punktem odniesienia są normy, instytucje, systemy prawne, a badania nad funkcjonowaniem określonej instytucji prawnej muszą być poprzedzone gruntowną analizą obowiązującego stanu prawnego, w której pomocne są tradycyjne metody prawnicze³¹.

Rzecz jasna, w przypadku historyka prawa będzie to stan prawny obowiązujący w przeszłości.

Zdaniem Juliusza Bardacha, według którego dyscypliny historycznoprawne przynależą zarówno do nauk historycznych, jak i prawnych³², w ich ramach należy „posługiwać się w miarę potrzeby wszystkimi metodami znanymi naukom historycznym, a także wszystkimi metodami stosowanymi przez nauki prawne”³³. Potrzeba ta wynika ze złożoności przedmiotu prowadzonych przez historyków prawa analiz. Obok badań nad źródłami prawa, ustalaniem znaczeń i interpretowaniem użytych w nich terminów, zgłębianiem poglądów judykatury i piśmiennictwa prawniczego, odtwarzaniem procesu stanowienia prawa, dużą wagę przywiązują oni także do analizowania praktyki jego stosowania i przestrzegania. Badania historycznoprawne nie odnoszą się bowiem jedynie do *law in books*, ale w znacznej mierze dotyczą także *law in action*³⁴. W tym kontekście należy wspomnieć chociażby o badaniach nad funkcjami, jakie przez wieki pełniło prawo w obrębie poszczególnych społeczeństw czy organizmów państwowych³⁵. Istotną rolę w pracy historyków prawa odgrywa również analizowanie, jak na jego kształtowanie się

³¹ M. Borucka-Arctowa, *Podejście socjologiczne* [w:] *Metody...*, s. 81.

³² J. Bardach, *Themis a Clio, czyli o potrzebie...*, s. 14.

³³ *Ibidem*, s. 33.

³⁴ W opinii Juliusza Bardacha „istotną cechą podejścia historycznego jest to, że z reguły nie ogranicza się ono do przedstawienia obowiązujących w przeszłości instytucji i norm, ale podejmuje ich badanie w praktyce, analizując sposób ich funkcjonowania oraz rolę, jaką odgrywały one w życiu” (J. Bardach, *Themis a Clio, czyli o potrzebie...*, s. 20). Bardach wskazuje także, iż początków podejścia socjologicznego w prawoznawstwie można doszukiwać się właśnie w badaniach historyków prawa, którzy starożytne i średniowieczne systemy prawne rekonstruować musieli w znacznej mierze w oparciu o badania praktyki sądowej. Zob. *ibidem*.

³⁵ W polskiej literaturze historycznoprawnej badań nad funkcjami prawa podjął się w ostatnim czasie W. Uruszczak. Zob. W. Uruszczak, *Funkcje prawa w świetle księgi sądowej wsi Krowodrza z XVIII wieku* [w:] *Miasto i państwo na przestrzeni dziejów. Studium historycznoprawne* (artykuł złożony do druku); *idem*, *Perwersyjne funkcje niemieckiego „prawa” w Generalnym Gubernatorstwie (1939–1945)*, „Z Dziejów Prawa”, t. 12 (artykuł złożony do druku).

wpłynęły inne systemy prawne oraz czynniki pozaprawne, zwłaszcza polityczne, ekonomiczne, ideowe i społeczne. Warto w tym miejscu wspomnieć o badaniach nad procesami recepcji³⁶ czy adaptacji³⁷ prawa. Szczególnie ważne pole analiz historycznoprawnych stanowią ponadto dzieje tradycji prawnej, prawo bowiem, jak słusznie podkreślił Waław Uruszczak, „nie może obywać się bez tradycji, czyli stałej w nim obecności elementów z przeszłości”³⁸. Nie sposób nie nadmienić tu także o badaniach nad zagadnieniem kultury prawnej minionych epok³⁹. Analizowanie tak szerokiego spektrum zagadnień niewątpliwie wymaga stosowania różnych metod, jakimi posługuje się prawoznawstwo. Historykom prawa bliskie są więc metody logiczno-językowa, porównawcza czy empiryczna. Często wykorzystują oni narzędzia statystyczne, przydatne zwłaszcza przy analizie akt sądowych⁴⁰. Należy zgodzić się z opinią Henryka Olszewskiego, zdaniem którego

³⁶ Na temat recepcji w prawie zob. J. Bardach, *Recepcja...*, s. 3597; S. Kutrzeba, *Kilka uwag o recepcji w prawie* [w:] *Księga pamiątkowa ku czci Leona Pinińskiego*, t. II, Lwów 1936, s. 31–36.

³⁷ Na temat adaptacji i jej relacji do recepcji prawa zob. M. Mikula, *Prawo miejskie magdeburskie (Ius municipale Magdeburgense) w Polsce XIV – pocz. XVI w. Studium z ewolucji i adaptacji prawa*, wyd. II, Kraków 2018, s. 182–183.

³⁸ W. Uruszczak, *Tradycja w historii prawa. Pamięci Profesora Adama Vetulaniego w 100-lecie urodzin i 25-lecie śmierci*, „Zagadnienia naukoznawstwa” 2002, nr 3, s. 357.

³⁹ Stanisław Grodziski definiuje kulturę prawną jako „przejawiające się w społeczeństwie indywidualne i zbiorowe postawy wobec prawa – zarówno jego aparatu wymierzającego sprawiedliwość, jak i jego instytucji oraz konkretnych norm prawnych, wyznaczających owe granice stref wolności i zakazu” (S. Grodziski, *Z dziejów staropolskiej kultury prawnej*, Kraków 2004, s. 10). Zob. przykłady innych prac poświęconych dawnej kulturze prawnej: E. Borkowska-Bagińska, *O kulturze prawnej czasów stanisławowskich*, Poznań 2009; S. Estreicher, *Kultura prawnicza w Polsce XVI wieku*, Kraków 1931; S. Grodziski, *W obronie czci niewieściej. Szkice z dziejów kultury prawnej*, Kraków 2000; M. Sobolewski, *Polska kultura polityczna i prawna w dawnych wiekach. Próba charakterystyki*, „Zasopismo Prawno-Historyczne” 1983, z. 2, s. 69–95; A. Vetulani, *Z badań nad kulturą prawniczą w Polsce piastowskiej*, Wrocław 1976. Zob. przykłady prac teoretycznych, poświęconych zagadnieniu kultury prawnej: M. Borucka-Arctowa, *Kultura prawna na tle myśli filozoficznej i społecznej o kulturze*, „Studia Prawnicze” 2002, z. 1, s. 5–36; A. Gryniuk, *Kultura prawna a świadomość prawna*, „Państwo i Prawo” 2002, z. 1, s. 15–31; K. Opalek, *Pojęcia „kultury” i „stylu” w nauce o polityce i w prawoznawstwie*, Warszawa 1976; K. Pałeck, *O użyteczności pojęcia kultura prawna*, „Państwo i Prawo” 1974, z. 2, s. 65–75; S. Russocki, *Wokół pojęć „kultura polityczna” i „kultura prawna”*, „Państwo i Prawo” 1981, z. 3, s. 40–49; idem, *Wokół pojęcia kultury prawnej*, „Przegląd Humanistyczny” 1986, nr 11/12, s. 15–22; M. Stępień, *Kultura prawna* [w:] A. Kociołek-Pęksa, M. Stępień (red.), *Leksykon socjologii prawa*, Warszawa 2013, s. 120–124; A. Kociołek-Pęksa, W. Pęksa, *Between History and Sociology – Remarks on Differences in Perceiving “Legal Culture” as a Subject of Interest by Various Disciplines of Jurisprudence, Particularly Sociology of Law and the Disciplines of the History of Law*, „The Lawyer Quarterly” 2016, nr 4, s. 209–225; R. Tokarczyk, *Współczesne kultury prawne*, Kraków 2003, s. 67–115; W.J. Wołpiuk, *Prawo. Kultura prawna. Zaufanie do prawa*, Wrocław 2016, s. 123–159.

⁴⁰ Zob.: Z. Zarzycki, *Rozwód w świetle akt sądu okręgowego w Krakowie w latach 1918–1945. Studium historyczno-prawne*, Kraków 2010; J. Maziarz, *Sądy przysięgłych w II Rzeczypospolitej w praktyce Sądu Okręgowego w Krakowie*, Warszawa 2017; K. Siemaszko, *W trudnym okresie od-*

historyk prawa, ograniczający się do prezentowania procesu rozwoju a odrzucający elementy spojrzenia formalno-dogmatycznego (logiczno-językowego, egzegetycznego), nie jest w stanie właściwie pokazać treści normy prawnej, jej litery (...). Historyk (zwłaszcza badacz dziejów najnowszych), który rezygnuje z badań socjologicznych, programowo te badania odrzuca, nie rozwiązuje takich problemów, jak społeczna recepcja prawa, funkcjonowanie instytucji politycznych czy klimat tarć ideowych epoki⁴¹.

Złożoność zanurzonego nieraz w dalekiej przeszłości przedmiotu badań, a także potrzeba kompleksowości ujęcia zgłębianych problemów, wiążą się z koniecznością korzystania nie tylko z metod i technik badawczych stosowanych w obrębie pozostałych dyscyplin prawnych – te bowiem niejednokrotnie pozostają niewystarczające z punktu widzenia prowadzonych przez historyków prawa analiz – ale wymagają również szerszego sięgania do dorobku innych nauk humanistycznych i społecznych, w tym zwłaszcza historycznych. Cytowany już Henryk Olszewski podkreślał, iż historyk prawa musi „umieć się posługiwać indukcją i dedukcją w swych badaniach. Musi znać liczne, surowe reguły pozwalające mu zarówno na bezpośrednie, jak i na pośrednie ustalanie faktów. Często posługuje się on metodą filologiczną (leksykalną) umożliwiającą mu z jednej strony odczytywanie i interpretowanie znaczenia języka źródeł pisanych, a z drugiej ustalanie faktów z przeszłości na podstawie danych językowych”⁴². Od historyka prawa wymaga się znajomości reguł krytyki źródeł⁴³ oraz wiedzy z zakresu nauk pomocniczych historii, zwłaszcza paleografii czy dyplomatyki, w zależności od szczegółowego przedmiotu podejmowanych badań. Metody historyczne szczególnie przydają się przy analizowaniu źródeł dawnego prawa oraz praktyki prawniczej epok dawnych. W mniejszym stopniu natomiast korzystają z nich osoby specjalizujące się w historii prawa XIX i XX wieku. Badania historycznoprawne mogą niejednokrotnie okazać się dla historyków wysoce użyteczne. Dowodzą tego chociażby ostatnie ustalenia Wacława Uruszczaka, który odwołując się do dorobku średniowiecznej kanonistyki, w przekonujący sposób rozwiązał problem znaczenia zawartego w akcie unii w Krewie terminu *applicare*, kluczowego dla określenia charakteru prawnego powstałego w jej następstwie związku Korony i Litwy, nad czym debatowało kilka pokoleń historyków⁴⁴. Ustalenie to spotkało

budowy państwa”. Tak zwany mały kodeks karny w świetle orzecznictwa Sądu Okręgowego w Krakowie w latach 1946–1950, Warszawa 2015.

⁴¹ H. Olszewski, *Podejście historyczne...*, s. 26.

⁴² *Ibidem*, s. 15–16.

⁴³ Na temat ustalania autentyczności, wiarygodności i autorstwa źródeł zob. J. Topolski, *Metodologia historii*, Warszawa 1968, s. 357–376.

⁴⁴ W. Uruszczak, *Unio regnorum sub una corona non causat eorum unitatem. Unia Polski i Litwy w Krewie w 1385 r. Studium historyczno-prawne*, Uniwersytet Jagielloński w Krakowie, Katedra Historii Prawa Polskiego, <http://www.khpp.wpia.uj.edu.pl/publikacje> [dostęp: 16.08.2017], druk nakładem autora, Przewodnik Bibliograficzny BN 2017/32752.

się z aprobatą także w nauce zagranicznej⁴⁵. Nie sposób więc nie zgodzić się z opinią Stanisława Salmonowicza, zdaniem którego

nauka historii prawa dawniej i dziś pozostaje specyficzną nauką, która zobowiązana jest posługiwać się metodologią i wiedzą dwóch nauk równocześnie: prawa i historii. Jeżeli głównym przedmiotem zainteresowań historyka prawa są problemy prawa w przeszłości, studiowane w oparciu o terminologię wypracowaną przez nauki prawne i specyficzną metodologię nauk prawnych, to przecież bez równoczesnego stosowania metod nauk historycznych owe badania byłyby bezowocne, niemożliwe⁴⁶.

Choć jak z powyższych rozważań wynika, trudno jest kwestionować przynależność historii prawa do nauk prawnych, nie można równocześnie obniżać jej znaczenia dla nauk historycznych. Jeżeli bowiem postrzegamy prawo jako istotny regulator stosunków społecznych, musimy stwierdzić, iż bez odniesienia do badań historyków prawa, tworzony przez historyków obraz przeszłości byłby niepełny, a formułowane przez nich w oderwaniu od kontekstu prawnego określonej epoki hipotezy łatwe do obalenia. Podobnie zresztą jak niewiele warte niejednokrotnie okazałyby się ustalenia historyków prawa, abstrahujących od kontekstu politycznego, gospodarczego, społecznego czy ideowego danych czasów. Nie sposób ponadto wyobrazić sobie próby całościowego spojrzenia na kulturę społeczną poszczególnych okresów historycznych bez analizy elementów kultury prawnej, będącej jednym z jej istotnych elementów. Za najbardziej trafną uznać należałoby więc opinię Wacława Uruszczaka, który uznając z jednej strony historię prawa za „jedną z wiodących dyscyplin historycznych” dochodzi zarazem do konstatacji, iż „jest [ona] jednak, a może przede wszystkim, dyscypliną prawniczą”⁴⁷.

3. HISTORIA PRAWA A PODEJŚCIE HISTORYCZNE W DOGMATYCE – O „DŁUGIM TRWANIU” PRAWA I METODZIE BADANIA TEGO PROCESU

Jak zauważył Stanisław Grodziski, „wyodrębnienie się historii prawa jako osobnej dyscypliny naukowej nie pociągnęło za sobą opracowania jakichś specyficznych metod badawczych, właściwych wyłącznie tejże dyscyplinie”⁴⁸. Zdaniem Henryka Olszewskiego, metoda historyczna, znajdująca zastosowanie w badaniach nad państwem i prawem, przynależy do ogólnej metodologii historii,

⁴⁵ R. Frost, *The Oxford History of Poland-Lithuania*, vol. I: *The Making of the Polish-Lithuanian Union, 1385–1569*, Oxford 2018, s. 57. Por. idem, *Oksfordzka historia Unii Polsko-Litewskiej*, t. I: *Powstanie i rozwój 1385–1569*, przeł. T. Fiedorek, Poznań 2018, s. 108.

⁴⁶ S. Salmonowicz, *Oratio...*, s. 33.

⁴⁷ W. Uruszczak, *Tradycja...*, s. 353–354.

⁴⁸ S. Grodziski, *Uwagi...*, s. 92.

stając się jednocześnie jedną ze szczegółowych metod prawoznawstwa⁴⁹. W tytule swojego artykułu badacz ten nie posłużył się natomiast terminem „metoda”, lecz „podejście historyczne”, nie podając jednakże jego definicji. Do pojęcia tego nawiązał Juliusz Bardach, ograniczając się jedynie do stwierdzenia, iż odnosić należy je do „sposobu badania prawa z wykorzystaniem aparatu naukowego, jakim dysponują dyscypliny historycznoprawne” oraz że „nie obejmuje ono bynajmniej ani ich przedmiotowego zakresu, ani też nie wyczerpuje stosowanych przez nie metod badawczych”⁵⁰. Ponadto jego zdaniem termin „podejście” należy rozumieć szerzej niż „metoda”⁵¹. Bardach terminu tego nie zdefiniował zbyt precyzyjnie, ani nie zastosował zbyt konsekwentnie w swoich dalszych rozważaniach⁵². Niemniej jego pomysł przeprowadzenia dystynkcji pomiędzy naukami historycznoprawnymi a podejściem historycznym w prawoznawstwie, choć nie bez uwag, uznać należy za pożyteczny. Wydaje się jednak, iż chodzić powinno tu nie tyle o podejście historyczne w prawoznawstwie, co raczej w innych naukach prawnych. W przeciwnym razie nauki historycznoprawne usuwałoby się poza obręb prawoznawstwa, co byłoby sprzeczne z ich istotą. Sam Bardach zresztą, jak była powyżej mowa, nie negował przynależności historii prawa do nauk prawnych. W rozprawie, w której pisał o wspomnianej dystynkcji, przytaczał nawet cytowane wyżej słowa Jerzego Wróblewskiego, iż zakres zagadnień analizowanych przez historyków prawa jest tożsamy z problemami całego prawoznawstwa, z tym że rozważają je oni ze „specyficznym wyznacznikiem czasowym”.

W owym „wyznaczniku czasowym” zdaje się tkwić podstawowa różnica między naukami historycznoprawnymi a pozostałymi dyscyplinami prawniczymi. O ile dla dogmatyka, gdyż o nim właśnie będzie mowa dalej, punkt wyjścia stanowią przepisy obowiązujące w czasie prowadzonych przez niego badań, o tyle dla historyka prawa – regulacje, które utraciły już swoją moc obowiązującą. Zasadniczy przedmiot badań historyka prawa pozostaje więc zanurzony w przeszłości, a jeżeli sięga on także po współczesne konteksty, czyni to w celu ukazania rozwoju określonych instytucji, mających swoje zakorzenienie w minionych czasach. Dogmatyk przeszłość traktuje z kolei jako jeden z elementów, do których się odwołuje w celu lepszego zrozumienia współczesnych mu regulacji, stanowiących istotę przedmiotu jego rozważań. W tym kontekście pojawia się pytanie, co wobec tego na płaszczyźnie metodologicznej łączy, a co różni podejście historyczne, charakterystyczne dla dogmatyka odwołującego się do doświadczeń z przeszłości, z badaniami historyka prawa?

⁴⁹ H. Olszewski, *Podejście historyczne...*, s. 11, 15.

⁵⁰ J. Bardach, *Themis a Clio, czyli o potrzebie...*, s. 14–15.

⁵¹ *Ibidem*, s. 13.

⁵² *Ibidem*, s. 15–33.

Na rolę podejścia historycznego w badaniach dogmatycznoprawnych wskazywał specjalizujący się w prawie pracy Wacław Szubert zauważając, iż jest ono przydatne zwłaszcza „przy ustalaniu treści obowiązujących norm, przy doborze odpowiednich metod wykładni oraz przy określeniu podstawowych problemów, wokół których powinny skupiać się przede wszystkim wysiłki badawcze”⁵³. Założenia metodologiczne, zgodnie z którymi dogmatyk powinien sięgać także do nieobowiązujących już regulacji, zdaniem Szuberta „pozwalają na lepsze rozpoznanie w obowiązującym prawie różnych jego warstw, będących produktem następujących po sobie zmian” oraz odróżnianie „tych elementów treści, które stanowią relikwety przeszłości, oraz tych, które są adekwatne do nowych potrzeb i zadań, wskazując pośrednio jego dalszy kierunek rozwoju”⁵⁴. Narzędziem, umożliwiającym realizację tak określonych celów zdaje się być przede wszystkim metoda porównawcza, umiejętne stosowanie której stanowi dla Henryka Olszewskiego o istocie historycznoprawnych dociekań. W jego opinii „właśnie elementy komparatystyczne rozstrzygają o wartości badań dla współczesności”. Jak bowiem zaznaczał, „stosowanie metody porównawczej w badaniach nad związkami teraźniejszości z przeszłością służy (...) nie tylko uwypukleniu podobieństw, elementów wspólnych, prawidłowości historycznego rozwoju, ale także – co nie wszyscy jeszcze dostrzegają – pokazywaniu odrębności i swoistości rozwoju”⁵⁵.

Roman Tokarczyk wyjaśniając pojęcie komparatystyki prawnohistorycznej zwraca uwagę, iż odnosi się ono do sytuacji, w których porównywanie dotyczy obowiązujących niegdyś jednostek prawa, podlegających następnie rozwojowi w toku zachodzących procesów dziejowych. Komparatystyka prawnohistoryczna obejmuje jego zdaniem jednostki będące częścią „tych samych grup rodzajowych”, wśród których wskazuje przykładowo na normy, instytucje, gałęzie prawne. Porównywanie obejmować może poszczególne jednostki prawa obowiązującego w obrębie danego terytorium na kolejnych etapach historycznego rozwoju – taki sposób porównywania określamy mianem diachronicznego. Może natomiast uwzględniać również zmiany zachodzące równolegle również na innych obszarach⁵⁶. W takiej sytuacji mówimy o synchronicznym sposobie porównywania (wielu badaczy wyłącznie do analiz synchronicznych odnosi pojęcie komparatystyki prawniczej)⁵⁷. Także nauki historyczne posługują się metodą porównawczą. W przypadku tych nauk służy ona ustalaniu faktów, o których nie można odnaleźć w źródłach dostatecznych informacji, jak również uzasadnianiu hipotez, mających na celu wyjaśnianie przyczyn określonych zjawisk oraz formułowaniu

⁵³ W. Szubert, *Refleksje...*, s. 7.

⁵⁴ Ibidem, s. 5.

⁵⁵ H. Olszewski, *Podejście historyczne...*, s. 26.

⁵⁶ R. Tokarczyk, *Komparatystyka prawnicza*, Kraków 2002, s. 63.

⁵⁷ Zob. J. Bardach, *Themis a Clio, czyli o potrzebie...*, s. 28.

praw rządzących procesami dziejowymi. Jerzy Topolski pod pojęciem metody porównawczej rozumie nie tylko metodę polegającą na porównywaniu zjawisk zachodzących jednocześnie na różnych obszarach, którą określa mianem metody porównawczej *sensu stricto*, ale również metodę porównywania chronologicznego⁵⁸. Metoda porównawcza ma więc w jego ujęciu zarówno wymiar horyzontalny, jak i wertykalny⁵⁹.

Proces polegający na diachronicznym porównywaniu poszczególnych jednostek prawa postrzeganych w kontekście całych systemów prawnych, do których przynależały, stanowi, jak się wydaje, o istocie metody, którą, biorąc pod uwagę specyfikę przedmiotu badań, określilibyśmy mianem historycznoprawnej⁶⁰. Rozumiana w ten sposób metoda historycznoprawna jest więc metodą porównawczą ujętą w wymiarze wertykalnym. I tak dochodzimy do odpowiedzi na postawione wyżej pytanie. Metoda historycznoprawna w przyjętym przez nas znaczeniu jest podstawową metodą stosowaną do badań nad historycznym rozwojem poszczególnych instytucji prawnych przez dogmatyków, dostrzegających potrzebę dialogu z przeszłością, w celu lepszego zrozumienia i optymalizacji aktualnie obowiązujących rozwiązań. Nie prowadzą oni bowiem szerzej zakrojonych badań, obejmujących proces stanowienia czy praktykę stosowania obowiązujących w przeszłości regulacji, co stanowi domenę historyków prawa, do ustaleń których niejednokrotnie sięgają. Ich pole badawcze w odniesieniu do minionych czasów ogranicza się zwykle jedynie do ukazania genezy współczesnych im rozwiązań, stanowiących dla nich, jak była powyżej mowa, zasadniczy przedmiot zainteresowań. Służy temu porównywanie w porządku chronologicznym poszczególnych jednostek prawa, umożliwiające prześledzenie dokonywanych na przestrzeni lat zmian. Metoda historycznoprawna w proponowanym rozumieniu zdaje się więc tym samym stanowić dla dogmatyki prawniczej istotę czegoś, co określiliśmy podejściem historycznym. Podejście to badaczom zajmującym się prawem współczesnym ułatwia kompleksowe spojrzenie na daną instytucję, co oprócz określonych walorów poznawczych, niejednokrotnie posiada również doniosłe znaczenie praktyczne. Z nieco odmienną sytuacją mamy natomiast do czynienia w odniesieniu do dyscyplin historycznoprawnych. W przypadku badań prowadzonych przez dogmatyków, metoda historycznoprawna jest zwykle jedyną metodą, przy pomocy której w twórczy sposób czerpią oni z dziedzictwa przeszłości. Dla historyka

⁵⁸ J. Topolski, *Metodologia...*, 325–327.

⁵⁹ Pojęciem komparatystyki horyzontalnej i wertykalnej R. Tokarczyk posługuje się w odniesieniu do historii doktryn politycznych i prawnych. Zob. R. Tokarczyk, *Komparatystyka...*, s. 180.

⁶⁰ Jak podkreśla R. Tokarczyk: „wiedza na temat metod stosowanych w różnych naukach składa się na metodologię ogólną, zaś mająca zastosowanie tylko do jednej, określonej nauki – metodologię szczegółową, wskazującą na specyfikację metodologiczną jej przedmiotu” (ibidem, s. 183).

prawa natomiast jedną z wielu służących analizowaniu nieobowiązującego już prawa, która w zależności od szczegółowego przedmiotu naukowych dociekań wysuwa się na pierwszy bądź schodzi na dalszy plan, doniosłą rolę odgrywając zwłaszcza w badaniach nad tradycją prawną⁶¹. W przypadku wykorzystania tej metody przez dogmatyka, może on za jej pomocą poddać analizie jedynie to, co w stosunku do zasadniczego przedmiotu prowadzonych przez niego badań należy do przeszłości, ukazując wpływ, jaki wywarły na ów przedmiot regulacje, które utraciły już moc obowiązującą. Historykowi prawa pozwala natomiast na ukazanie przedmiotu jego badań w zdecydowanie szerszej perspektywie, uwzględniającej także wpływ analizowanych regulacji na rozwiązania przyjęte w późniejszych okresach, co w przypadku dogmatyka nie jest już oczywiście możliwe.

Metoda historycznoprawna w zaproponowanym ujęciu jest zatem w istocie metodą badania – w odniesieniu do prawa – czegoś, co Fernand Braudel określił „długim trwaniem”. Wydaje się, iż pojęcie to w kontekście prawa nabiera szczególnego znaczenia. Możemy je bowiem rozpatrywać w dwóch wymiarach. Pierwszy wiąże się z pewnymi ideami, które znajdowały, niejednokrotnie przez wieki, swoje odzwierciedlenie w konkretnych jednostkach prawnych. W podobnym znaczeniu można jednak stosować je np. do dziejów literatury⁶², w której nieustannie powtarzają się określone motywy czy różnych dziedzin ludzkiej myśli⁶³, ciągle

⁶¹ Warto nadmienić, iż zdaniem Franciszka Longchamps de Bérier analiza diachroniczna jest charakterystyczna dla „praktycznej” historii prawa, „gdyż pokazuje przemiany konstrukcji w rozmaitych jurysdykcjach na różnych etapach rozwoju i dziejów” (F. Longchamps de Bérier, *Stalość a zmienność szczegółowych regulacji prawa spadkowego Niepodległej*, „Forum Prawnicze” 2018, nr 2, s. 4). W prowadzonych przez romanistów badaniach nad europejską tradycją prawną diachroniczny sposób porównywania łączony jest zwykle z porównywaniem synchronicznym. Z pierwszym sposobem wiąże oni pojęcie metody historycznej, podczas gdy z drugim – porównawczej. Zob. R. Zimmermann, *Dziedzictwo Savigny’ego. Historia prawa, prawoznawstwo porównawcze i kształtowanie się europejskiej nauki prawa*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2005, z. 1, s. 44. Por. np. W. Dajczak, *Potencjał metody porównawczo-historycznej...*; F. Longchamps de Bérier, *Z uwagi do metodologii nauki prawa prywatnego...*

⁶² Zob. przykłady prac literaturoznawczych, w których zastosowano koncepcję „długiego trwania”: A. Nowicka-Jeżowa, M. Cieński (red.), *Humanizm polski. Długie trwanie – tradycje – współczesność*, Warszawa 2008–2009; A. Nowicka-Jeżowa, *Nurty humanistyczne w kulturze polskiej. Perspektywy historii idei* [w:] eadem (red.), *Humanitas. Projekty antropologii humanistycznej*, cz. I: *Paradygmaty – tradycje – profile historyczne*, Warszawa 2009–2010, s. 11–132; eadem, *Długie trwanie „Bogurodzicy”* [w:] K. Kossakowska-Jarosz, J. Nocoń (red.), *Filologiczny widnokrąg. Obrazy stare i nowe*, Opole 2012, s. 219–235.

⁶³ O „krótkim” i „długim trwaniu” idei politycznych i prawnych zob. R. Tokarczyk, *Metodologia relacji czas a trwanie idei politycznych i prawnych* [w:] K. Chojnicka, A. Citkowska-Kimla, W. Kozub-Ciembroniewicz (red.), *Czas a trwanie idei politycznych i prawnych*, Warszawa 2008, s. 66. Wśród historyków doktryn pojęciem „długiego trwania” posługuje się również H. Olszewski. Zob. H. Olszewski, *Czas a trwanie w historii idei. Wprowadzenie do obrad konferencji w Krakowie-Przegorzalach* [w:] *Czas a trwanie...*, s. 15–16.

powracających do dawnych wzorców. Drugi wymiar, ze względu na normatywny charakter prawa, oznacza jego obowiązywanie. Proponowany przez Braudela podział na „czas krótki” i „długi” wymaga jednak w tym kontekście dodatkowych uwag. Dla tego badacza „czas krótki” to czas „na miarę jednostek, codziennego życia, naszych iluzji, krótkich chwil, w których zdajemy sobie sprawę z otaczającej nas rzeczywistości”⁶⁴. W przypadku prawa bez problemu jesteśmy w stanie wskazać takie akty, które zostały wydane w określonym celu, a po jego zrealizowaniu bądź upadku systemu, którego były produktem, przestały obowiązywać. Historia zna jednak i takie, które „trwają” przez stulecia, podlegając większym bądź mniejszym zmianom, niejednokrotnie sprowadzającym się do modyfikacji w zakresie wykładni, mającej dostosować je do podlegających ciągłym przekształceniom form życia ekonomicznego i społecznego.

Badacz, który analizuje „czas krótki”, będzie zajmował się pewnym wycinkiem dziejów. Koncentrujący się na „długim trwaniu”, będzie natomiast myślał o ewolucji. Historyka prawa, przyjmującego perspektywę „czasu krótkiego”, interesuje głównie analiza instytucji prawnych w konkretnym, dość wąskim, przedziale czasowym. O wiele mniejszy nacisk kładzie on na ich genezę, przemiany, rozwój. Jeśli zaś historyk prawa postawi na „długie trwanie”, akcentować będzie wówczas to, co „przed” i „po”. Dogmatyk z kolei, wybierający „czas krótki”, odrzuca zasadniczo podejście historyczne, koncentrując się na terażniejszości. O ile jednak zdecyduje się zagłębić w przeszłość, będzie w istocie badaczem „długiego trwania”, nawet jeśli możliwość „podróży” w czasie, ze względu na szczegółowy przedmiot jego rozważań, pozostanie znacząco ograniczona. Jak bowiem stwierdza historyk Marcin Kula, „zjawiska »długiego trwania« niekoniecznie muszą być stare. Jest to kategoria zjawisk, która mówi o ich charakterze, a nie metryce. Mogą się rodzić na naszych oczach. Nasze dzisiejsze miary do mierzenia długości, wagi i pojemności mają, jak wiadomo, metrykę stosunkowo niedawną – ale teraz już niewątpliwie stały się zjawiskiem »długiego trwania«”⁶⁵.

Jeżeli powody przemawiające za stosowaniem przez dogmatyka podejścia historycznego są liczne (niektóre z nich zostały przytoczone w niniejszym tekście), za tym bardziej zasadne należy uznać badanie „długiego trwania” przez historyka prawa. Warto więc do nich obu odnieść słowa Fernanda Braudela, przez „twardy czas historii” rozumiejąc wyznaczający zasadniczą perspektywę ich dociekań fragment dziejów, będący terażniejszością bądź wycinkiem przeszłości; przez

⁶⁴ F. Braudel, *Historia i trwanie*, przeł. B. Geremek, przedm. B. Geremek, W. Kula, Warszawa 1999, s. 50.

⁶⁵ M. Kula, *Kategoria rozumowania historyków: długie trwanie*, „Kultura i Społeczeństwo” 2000, nr 4, s. 85.

historię zaś – jej szczególną część, jaką jest historia prawa. Wyrażona przez francuskiego uczonego myśl stanowić może istotny argument za uwzględnianiem perspektywy „długiego trwania” w naukach prawnych:

W tej właśnie, a nie innej płaszczyźnie badań (...) wolno historykowi wyzwolić się z więzów twardego czasu historii, opuścić go, potem znowu do niego powrócić, ale już z innym spojrzeniem, z innymi niepokojami, z innymi pytaniami. W każdym razie historię jako całość można na nowo przemyśleć właśnie w stosunku do tych pokładów historii powolnej. Gdy te pokłady przyjmuje się za fundament, wówczas wszystkie piętra, tysiące pięter, tysiące wybuchów czasu historii dają się zrozumieć poprzez tę głębię, poprzez tę na poły nieruchomość; wokół niej wszystko grawituje⁶⁶.

* * *

Zdaniem Romana Tokarczyka „świadomość metodologiczna należy do najważniejszych kryteriów uznawania każdej dyscypliny za naukową”⁶⁷. Słowa te nie pozostawiają wątpliwości, iż potrzebuje jej także historia państwa i prawa. Wydaje się ponadto, że w przypadku naszej dyscypliny świadomość ta jest szczególnie istotna. Historyk prawa niejednokrotnie musi bowiem posługiwać się zarówno metodami, z których korzystają nauki prawne, jak i właściwymi dla analiz historycznych, co wynika ze złożoności przedmiotu badań. Ciągły upływ czasu powoduje, iż to co dla wielu badaczy dziejów prawa jeszcze całkiem niedawno było teraźniejszością, obecnie jest już przeszłością. W konsekwencji staje się on jednym z czynników generujących coraz to nowe problemy badawcze, z którymi musi zmierzyć się historyk prawa. Pytaniom o to, co badać, zawsze musi towarzyszyć jednak refleksja nad tym, w jaki sposób badać, aby prowadzone prace można było uznać za użyteczne. I nie chodzi tu wcale o możliwość wykorzystania ich wyników we współczesnej praktyce prawniczej, choć w przypadku niektórych także ten aspekt może świadczyć o ich wartości, ale raczej o to, na ile poszerzają one naszą wiedzę o prawie obowiązującym w minionych czasach. Konstatacja ta nie prowadzi wcale do wniosku, iż historia prawa nie mieści się w obrębie prawoznawstwa. Jeżeli bowiem nauki prawne mają dostarczać nam kompleksowej wiedzy na temat fenomenu prawa, nie mogą poprzestawać li tylko na tym, co prawem jest obecnie, pomijając równocześnie to, co było nim w przeszłości. Dogmatyk w oparciu wyłącznie o własne badania nie stworzy nigdy spójnej narracji o prawie dawnym – nie taki zresztą jest cel jego dociekań. Metoda historycznoprawna, jaką stosuje on zwykle przy opisie nieobowiązujących już regulacji, będąca w proponowanym przez nas rozumieniu sposobem diachronicznego porównywania poszczególnych jednostek prawa, nie może dać mu pełnego obrazu obowiązujących w przeszłości instytucji. Całościowa

⁶⁶ F. Braudel, *Historia...*, s. 5859.

⁶⁷ R. Tokarczyk, *Metodologia relacji...*, s. 70.

jego rekonstrukcja jest bowiem możliwa dopiero dzięki dociekaniom historyków prawa, badających ich rozwój w sposób kompleksowy, analizujących nie tylko to, co określamy jako *law in books*, ale również jako *law in action*. Nie ulega jednak wątpliwości, iż metoda historycznoprawna w przyjętym powyżej znaczeniu otwiera dogmatyka na dziedzictwo przeszłości, łącząc nauki historycznoprawne z tym, co określiliśmy podejściem historycznym w dogmatyce prawniczej. Metoda ta jest jednocześnie podstawowym narzędziem badania „długiego trwania” prawa. Owego *longue durée* nieustannie doświadczać zaś wszyscy, którzy ze świadomością wpisanania w łańcuch pokoleń prawo to stanowią, stosują, przestrzegają bądź wreszcie badają.

BETWEEN HISTORY AND JURISPRUDENCE.
THEORETICAL CONSIDERATIONS OF LEGAL HISTORY

Summary

The article consists of three parts. The first part describes the state of research into theoretical issues which are connected with the history of state and law. Due to small interest in this subject matter in the contemporary legal – historical literature, the attention is drawn towards the need for a deeper consideration in this area, especially undertaking methodological analyses by researchers. The second and third part of the paper include own theoretical deliberations on the subject. They concentrate on the relation between legal history and historical studies on the one hand as well as between legal history and legal studies on the other (in part two). Moreover, the focus is on the relation between legal history and the historical approach used in the framework of legal dogmatics (in part three). According to the article, the element which combines legal history with the historical approach in the dogmatics is the method of diachronic comparison. This method, which is called legal – historical, is usually the only method used by dogmatists to analyze regulations which were in effect in the past. It is also one of many methods which are employed by legal historians to analyze past regulations. The article suggests using Fernand Braudel's expression “long term” (French: *longue durée*) in the course of scientific considerations on the historical development of law. The legal – historical method is acknowledged as a basic tool of analyzing this process in relation to law in the meaning accepted in the article.

ENTRE HISTOIRE ET JURISPRUDENCE.
REFLEXIONS THEORIQUES SUR L'HISTOIRE DU DROIT

Resumé

L'article est composé de trois parties. La première traite de l'état des recherches sur des questions théoriques liées à la discipline de l'histoire de l'État et du droit. Vu que la littérature historique et juridique polonaise ne manifeste actuellement que peu d'intérêt pour

ce domaine, une attention particulière a été accordée à la nécessité d'une réflexion approfondie dans ce domaine, et en particulier que les chercheurs entreprennent des analyses méthodologiques. Les deuxième et troisième parties contiennent des réflexions théoriques de l'auteur. Ils portent sur les relations entre l'histoire du droit et les sciences historiques d'une part et les sciences juridiques d'autre part (deuxième partie), ainsi que sur les relations entre l'histoire du droit et l'approche historique utilisée en dogmatique juridique (troisième partie). L'auteur considère la méthode de comparaison diachronique comme un élément reliant l'histoire du droit à l'approche historique en dogmatique. Cette méthode, définie comme historico-juridique, est généralement la seule méthode utilisée par les dogmatistes pour analyser les réglementations du passé et l'un des nombreuses méthodes utilisés par les historiens du droit pour les étudier. L'auteur propose que, dans la réflexion scientifique sur l'évolution historique du droit, le concept de « longue durée » créé par Fernand Braudel soit utilisé. Il considère que la méthode historico-juridique telle que définie dans cet article constitue l'outil de base pour examiner ce processus par rapport au droit.

