



You have downloaded a document from
RE-BUŚ
repository of the University of Silesia in Katowice

Title: Uwagi o tradycji w prawie

Author: Remigiusz Sobański

Citation style: Sobański Remigiusz. (2008). Uwagi o tradycji w prawie. "Z dziejów Prawa" (T. 1 (2008), s. 11-18).



Uznanie autorstwa - Użycie niekomercyjne - Bez utworów zależnych Polska - Licencja ta zezwala na rozpowszechnianie, przedstawianie i wykonywanie utworu jedynie w celach niekomercyjnych oraz pod warunkiem zachowania go w oryginalnej postaci (nie tworzenia utworów zależnych).



UNIwersYTET ŚLĄSKI
W KATOWICACH



Biblioteka
Uniwersytetu Śląskiego



Ministerstwo Nauki
i Szkolnictwa Wyższego

REMIGIUSZ SOBAŃSKI

Uwagi o tradycji w prawie

„Dziennik Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej” za rok 2005 liczy 16 692 strony. Ministrowie, chcąc uzasadnić swą przydatność i wykazać aktywność, opowiadają, ile projektów ustaw zdążyli już przygotować. Nie jest to zjawisko nowe, marszałkowie sejmu z czasów PRL również chwalili się liczbą uchwalonych ustaw. Duża (rekordowa?) ich liczba ma być dowodem na pracowitość sejmu, a częściowo także rządu. W poniższych uwagach pragnę zwrócić uwagę, że jest to dowód ambiwalentny, nawet w odniesieniu do organu ustawodawczego, powołanego przecież do uchwalania ustaw.

1. Transformacja ustrojowa wymagała — co oczywiste — radykalnej i głębokiej zmiany prawa obowiązującego w Rzeczypospolitej¹. Dokonano przemiany systemu konstytucyjnego², przebudowy systemu prawa³, sukcesywnymi aktami prawotwórczymi zmieniono kształt ustroju i prawa⁴. Przebudowa ustroju i prawa jest faktem dokonany, ale — skoro dotyczy rzeczywistości ludzkiej — wciąż trwającym i znajdującym odzwierciedlenie w bieżącym prawodawstwie. Wydawałoby się więc, że półka z „Dziennikiem Ustaw” po okresie wydłużania się powinna się łagodnie kurczyć — i to mimo wysiłków ustawodawcy, by dostosować prawo polskie do standardów Unii Europejskiej. Tymczasem jest odwrotnie. Wgląd

¹ Zob. np. prace zebrane w: *Konstytucja i transformacja*. Oprac. P. Kaczanowski. Warszawa 1994; *Konstytucja i gospodarka*. Oprac. P. Kaczanowski. Warszawa 1995; *Własność i demokracja*. Red. A. Dylus. Warszawa 1995.

² J. Ciemiński: *Przemiany systemu konstytucyjnego*. W: *Dziesięciolecie Polski niepodległej 1989—1999*. Red. W. Kuczyński. Warszawa 2001, s. 102—105.

³ J. Jabłońska-Bońca: *Przebudowa systemu prawa*. W: *Dziesięciolecie...*, s. 106—109.

⁴ J. Winczorek: *Wykaz najważniejszych ustaw i innych aktów prawodawczych, które zmieniły kształt ustroju i prawa Rzeczypospolitej Polskiej w latach 1989—1999*. W: *Dziesięciolecie...*, s. 110 i nast.

w poszczególne numery „Dziennika Ustaw” ujawnia, że nowe ustawy w ogromnej przewadze nie wiążą się już z transformacją ustroju i prawa, lecz derogują względnie obrogują prawo powstałe dopiero po 1989 roku, a nader często są nowelizacją ustaw ledwo co ogłoszonych. Bywa, że o koniecznej zmianie ustawy mówi się jeszcze przed jej ogłoszeniem i wejściem w życie. Trudno uznać za bezpodstawny często podnoszony zarzut, że ustawami psuje się prawo. Zatem mnogość ustaw i ciągle rosnąca ich liczba to nie powód do zadowolenia.

Nie usprawiedliwia tego także dość powszechny stan tworzenia prawa we współczesnej cywilizacji europejskiej, wynikły z zanikania stabilnego społeczeństwa monolitycznego i zajmowania jego miejsca przez społeczeństwo pluralistyczne. Problemy pojawiające się w związku z przeobrażeniami społecznymi, ekonomicznymi i politycznymi zrodziły konieczność uzupełnienia wielkich kodyfikacji ustawami regulującymi wycinkowe obszary życia społecznego. Takie, często doraźne, regulacje doprowadziły do detronizacji kodeksów, których roszczenia do kompletności, trwałości, niewzruszalności traktuje się jak odległe wspomnienia⁵. Mówi się, że weszliśmy w epokę dekodyfikacji⁶.

Do przeszłości już należy wyobrażenie kodyfikacji jako dzieł pomnikowych, iluzją okazało się przypuszczenie Jeremy’ego Benthama, prekursora pozytywizmu prawniczego, że kodeksy będą wymagały zmian nie częściej niż raz na sto lat — a i to bardziej ze względów językowych⁷. Nad spójność systemu, nad przejrzystość zasad stojących u podstaw ustaw oraz nad odniesienie do nadrzędnych, powszechnie uznawanych wartości, przedkłada się przydatność polityczną, nagłą (a przynajmniej uchodzącą za taką) efektywność społeczno-ekonomiczną i pozyskanie możliwie szerokiej akceptacji wśród wyborców. Ustawy powstają często dzięki kompromisowi osiągniętemu przez rozmaite siły społeczne, grupy nacisku, koalicje partyjne. O kompromis taki łatwiej, gdy chodzi o ustawy doraźne i fragmentaryczne, znacznie trudniej zbudować go jako bazę społeczną dla kodyfikacji z natury swej

⁵ Th. Mayer-Maly: *Rechtswissenschaft*. München² 1981, s. 46.

⁶ N. Irti: *L’età della decodificazione*. Milano 1979.

⁷ Szerzej: H. Coing: *Die Bedeutung des Rechts in der neueren Geschichte Europas*. In: *Entstehung und Wandel rechtlicher Traditionen*. Hrsg. W. Fikentscher, H. Franke, O. Köhler. Freiburg—München 1980, s. 764. Również Kościół katolicki nie postrzega już swego prawa jako dzieła pomnikowego. We wstępie do *Kodeksu prawa kanonicznego* (Poznań 1984), promulgowanego 25.01.1983 r., napisano: „Jeśli z powodu zbyt szybkich zmian współczesnej społeczności ludzkiej pewne rzeczy już w czasie ustanawiania prawa stały się mniej doskonałe i w konsekwencji będą wymagać nowej rewizji, Kościół jest wyposażony w takie bogactwo sił, że nie inaczej jak w minionych wiekach będzie zdolny znaleźć drogę do ponownego odnowienia prawa swojego życia”. Ibidem, s. 37. Promulgacji pierwszego Kodeksu prawa kanonicznego w 1917 r. towarzyszyło negatywne nastawienie wobec ewentualnych zmian: „Ecclesiae bonum ipsiusque natura rei profecto postulat ut, quantum fieri potest, caveamus, ne aut incertis privatorum hominum de germano canonum sensu opinionibus aut coniecturis, aut crebra novarum legum veritate, tanti operis stabilitas in discrimen aliquando vocetur”. Benedykt XV: *Motu proprio „Cum iuris canonici”* z 15.09.1917. „Acta Apostolicae Sedis” 9 (1917), s. 483.

zakrojonej szeroko. Ustawy są więc uwarunkowane wynegocjowanymi programami politycznymi, prawa przy tym mają coraz częściej charakter kontraktowy⁸. Ponieważ dojście do zgody czy osiągnięcie kompromisu trwa raczej długo, ustawy uchwała się pod presją czasu i przygotowuje w pośpiechu, co odbija się niekorzystnie na ich formie, także językowej. Dla polityków i technokratów ważniejsza jest koncepcja niż tekst, a niedodyskutowany tekst wymaga kolejnej poprawki⁹.

To ożywienie działalności prawotwórczej świadczy bezspornie o wadze i o znaczeniu prawa. Szczególnie w Europie nie tylko ceniono prawo, ono odgrywało na tym kontynencie doniosłą rolę¹⁰. Mimo raz po raz rozbrzmiewających protestów przeciw zbytniemu ujurydycznieniu życia i nawoływań do uwolnienia się spod „jarzma prawa”, jego rola rośnie i nie widać, by ta tendencja miała ulec zahamowaniu. Oprócz od dawna przypisywanych prawu ról, wyznaczonych takimi pojęciami, jak: pokój, wolność, równość, sprawiedliwość, obciążono je funkcją narzędzia rozwoju gospodarczego i społecznego. Ta stymulująca i promująca rozwój rola prawa zaznacza się szczególnie intensywnie w czasach nowożytnych z kształtującymi się nowymi dziedzinami prawa — pracy, finansowego, celnego, dewizowego... Tak obfita działalność prawotwórcza¹¹ miała u swych podstaw zaufanie do prawa jako do dzieła rozumu¹²: zaufanie do rozumu pozwalało zaufać prawu jako dziełu rozumu. 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 prawa¹³.

2. W historii prawa Europy zaznacza się jednak również drugi nurt, tradycjonalistyczny. Charakteryzował on prawo narodów germańskich, ale wypada przypomnieć, że tradycja należała też do zasad prawa rzymskiego¹⁴. „Wrodzony konserwatyzm” powodował, że Rzymianie byli niechętnie nastawieni do zmian w pra-

⁸ Chr. Hillgruber: *Der Vertrag als Rechtsquelle*. „Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie” 85 (1999), s. 348—361.

⁹ Th. Mayer-Maly: *Rechtswissenschaft...*

¹⁰ R. Sobański: *Prawo w Europie*. „Śląskie Studia Historyczno-Teologiczne” 31 (1998), s. 145—156.

¹¹ Nie tylko władców, lecz także innych podmiotów wykonujących *potestatem statuendi*, szczególnie w północnych Włoszech: F. Calasso: *Medio Evo del Diritto*. I: *Le fonti*. Milano 1954, s. 413 i nast. Prawo Italii z lat 1200—1700 wywodzi się w większej części z prawa miast włoskich. P.S. Leicht: *Storia del diritto italiano. Le fonti*. Milano³ 1947, s. 152.

¹² „Lex est ordinatio rationis [...]”. Tomasz z Akwinu: *Summa theologiae*. I—II, q. 90, art. 4. Por. m.in. O.J. Brown: *Natural Rectitude and Divine Law in Aquinas*. Toronto 1981.

¹³ R. Sobański: *Słuszność w prawie*. „Państwo i Prawo” 56 (2001), z. 8(666), s. 4.

¹⁴ F. Schulz: *Prinzipien des römischen Rechts*. München—Leipzig 1934 [przedruk: Berlin 1954], s. 72. Autor wylicza *traditio* wśród 10 zasad prawa rzymskiego (nie chodzi — oczywiście — o *traditio* w rozumieniu aktu prawnego służącego do przeniesienia własności. „Nichts kennzeichnet das alte Rom mehr als sein Traditionalismus, die hohe Achtung für Herkunft und Tradition”. H. Ottmann: *Geschichte des politischen Denkens*. II, 1: *Die Römer*. Stuttgart—Weimar 2002, s. 18.

wie¹⁵. Kiedy powzięli zamiar spisania prawa („prawo XII tablic”), chodziło właśnie o spisanie prawa, nie zaś o tworzenie nowego. Wedle mentalności Rzymian, reformy wymagały nie budowania utopii, lecz nawrotu do obyczajów przodków. Przemiany polityczne, gospodarcze i społeczne powodowały wprawdzie, że trwanie przy starym prawie było już tylko pobożnym życzeniem¹⁶, ale właśnie klasycy „z wielkim wyczuciem wyważyli siły tradycji i postępu, co zapewniało wprost geometryczną przyległość prawa do wymogów życia”¹⁷. Tradycja i postęp — wskutek ich wyważenia powstawało prawo przylegające do wymogów życia, ale dzięki temu nader żywotne. Tak tworzone prawo zajęło trwałe miejsce w historii prawa, jest wyrazem mądrości przodków oraz rozeznania i roztropności jego twórców — przekazuje z pokolenia na pokolenie kanon mądrości ludzkiej. Prawo Rzymian — jeden z filarów cywilizacji europejskiej — świadczy wymownie, że prawo cechuje się znaczną dozą konserwatyzmu. 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: właśnie dlatego, że nie obliczone „tylko na dziś”, lecz reguluje przyszłe zachowania, należy tworząc prawo (a także stosując je), kreatywnie wykorzystać tradycję, która jest przecież założeniem diachronicznej i synchronicznej tożsamości wspólnot ludzkich. Nie znaczy to, by autorytet przodków 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 nadąza 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 Bożemu¹⁸. 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 normy.

Zmiany prawa powodujące pęcznienie „Dziennika Ustaw” są prowokowane transformacją ustrojową, ale — biorąc pod uwagę ich liczbę — w większej mierze wieloma niedobrymi ustawami ogłoszonymi już po zmianie ustroju. Pomysłó-

¹⁵ H. Kupiszewski: *Prawo rzymskie a współczesność*. Warszawa 1988, s. 24.

¹⁶ Ibidem, s. 25.

¹⁷ Ibidem, s. 26.

¹⁸ R. Sobański: *Niezmiennność i historyczność prawa w Kościele: prawo Boże i prawo ludzkie*. „Prawo Kanoniczne” 40 (1997), nr 1—2, s. 23—44.

dawcy nowych ustaw chwalą się nieraz, że wprowadzają one zmiany rewolucyjne. Bywa, że to czcze, propagandowe przechwałki. Ale bywa też, że rzeczywiście czują się powołani do przeprowadzenia rewolucji, prawo zaś ma być przydatnym do tego i skutecznym narzędziem. Oznacza to złamanie ciągłości, dzięki „nowemu początkowi” ma być zaprowadzony „nowy porządek”.

Jednak wbrew niektórym obiegowym opiniom tradycja to nie hamulec rozwoju, lecz jego założenie i warunek wynikający z dwóch podstawowych założeń antropologicznych, mianowicie „śmiertelności człowieka oraz związku zadań i czynności, które stoją przed pokoleniami”¹⁹. Bez spożytkowania doświadczenia minionych pokoleń każda wspólnota musiałaby „zaczynać od początku”, a ludzkość drepłałaby w miejscu. Zresztą rewolucje wykorzystują dla własnych celów urządzenia starego porządku, usiłując znaleźć w przeszłości punkt odniesienia, mający je historycznie i problemowo uzasadnić, a zdarza się, że przypisują sobie nimb legalności — z tym, że same siebie uprawniają do występowania w czymś innym i „uprawomocniają się”²⁰. Rewolucjoniści sami sobie ustalają reguły i narzucają je innym. Udaje się to, gdyż dysponują wystarczającą siłą: rewolucja opiera się na sile. Stąd *plus vis quam ius*: „prawo” wtedy jest emanacją siły — nie rozumu, a już na pewno nie tradycji.

A przecież ustawodawca nie powinien myśleć kategoriami rewolucyjnymi, lecz racjonalnymi i historycznymi, ustawa to nie *creatio ex nihilo*. Nie jest też ustawa prostym, normatywnym przełożeniem jakiegoś „pomysłu na życie”, programu politycznego czy pięknych idei. Zarówno jusnaturalicy, jak też pozytywści są zgodni, że słuszność prawa zależy od spełnienia przez nie możliwie niespornych kryteriów, a prawodawca winien uwzględniać realne wyznaczniki prawa — antropologiczne (osoba ludzka jako punkt odniesienia wszelkiego prawa, struktury procesów uspołecznienia, postawy moralne, uznane hierarchie wartości), rzeczowe („natura rzeczy”) i ideowe (zasady sprawiedliwości, celowości i praworzędności). W ustaleniu, uzgodnieniu i sformułowaniu tych kryteriów gromadzi się wiekowe doświadczenie narodów. W każdym z nich pobrzmiewa echo idei przywoływanych w ciągu wieków, począwszy od filozofii stoików. Historycy prawa są zgodni, że dorobek prawa w Europie jest efektem konwergencji różnych tendencji społecznych, kulturowych, filozoficznych i politycznych, ale też powstał wskutek zaangażowania wielu w zapobieganie wypaczeniu prawa²¹. Tworzenie dobrego prawa nie należy do przedsięwzięć łatwych. Wbrew temu, co nieraz wydaje się politykom, prawodawstwo to nie rzemiosło, lecz sztuka — *ars legesferendi*. Historia prawa to nie tylko dzieje ustaw i zwyczajów, lecz także idee, myśli prawnej filozofów,

¹⁹ R. Scheffler: *Tradycja*. W: *Leksykon religii*. Wyd. H. Waldenfels. Przel. P. Pachciarek. Warszawa 1997, s. 491.

²⁰ J. Isensee: *Wechsel, Wandel und Dauer der Staatsformen im 19. und 20. Jahrhundert*. In: *Masse und Macht im 19. und 20. Jahrhundert. Studien zu Schlüsselbegriffen unserer Zeit*. Hrsg. W. Lappenküper, J. Scholtzseck, Chr. Studt. München, s. 203, 88 ns.

²¹ H. Coing: *Die Bedeutung des Rechts...*, s. 777.

dorobku naukowego klasyków, jurysprudencji łącznie z jej historycznym kontekstem. To także dzieje recepcji i transferów prawa, jego możliwości i ograniczeń, skuteczności i — również — niemocy²².

Właśnie badacze tradycji prawnych dociekają, jak prawo żyło w przeszłości. Interesują się nie tyle jego powstawaniem, ile odbiorem, przekazywaniem, skutecznością, ale też słabością, zawodnością i niemocą. Zwłaszcza niepowodzenia są ważne z punktu widzenia przyszłego prawa²³. Już chociażby z tego powodu winni prawodawcy mieć na uwadze tradycję w szerokim znaczeniu tego słowa. Nie wolno też zapomnieć o znaczeniu tradycji dla interpretacji i stosowaniu prawa (podkreślanym szczególnie w nauce prawa kościelnego)²⁴. Chodzi przy tym nie tylko o wagę dawnego prawa dla interpretacji nowego²⁵, lecz także o dawne oceny faktów i zdarzeń, ich prawną wymowę oraz ich normatywne — ustawowe lub zwyczajowe — przełożenie²⁶.

Praktyczne i konkretne uwzględnienie takiego postulatu wcale nie wymaga, by w trakcie prac legislacyjnych zachodziła konieczność oddawania się pogłębionym studiom historii. Wiedza historyczna i „osadzenie” w tradycji są niewątpliwie potrzebne, bez tego trudno wyobrazić sobie diachroniczną i synchroniczną tożsamość wspólnoty. Na tę tradycję składają się też „tradycje prawne” — pewien (zróżnicowany)²⁷ sposób myślenia o prawie, wypracowane standardy prawa, doświadczenia narodów związane z prawem. Wśród tych doświadczeń mieści się i to, że nie jest dobre prawo pomyślane i tworzone przeciw ludziom, gdyż fundamentalne założenie prawa to respekt wobec innych, uznanie ich za równe podmioty. Warto też mieć na uwadze funkcję prawa jako narzędzia pokoju i sposobów odgrywania przez prawo tej roli²⁸. Wobec wielorakich oczekiwań związanych z prawem i róż-

²² W Dekrecie Gracjana (C.1, q. 7, c. 14) znalazł się fragment listu papieża Innocentego I (*Epistola XVII*, c. 13): „Quotiens a populis aut a turba peccatur, quia in omnes propter multitudinem vindica non potest, inultum solet transire, priora dimittenda dico Dei iudicio, et de reliquo maxima sollicitudine praecaundum”. List ten wysłał papież w 414 r. do biskupów Macedonii, a jego wskazanie traktowano jako jedną z zasad stosowania prawa: ze względu na zachowanie pokoju należy w niektórych przypadkach zrezygnować ze stosowania sankcji karnych. Przytacza się go też jako jeden z dowodów żywej w tradycji rzymskiej i kanonicznej świadomości ograniczonych możliwości prawa. Tak m.in. P. L a n d a u: *Kanonisches Recht und römische Form*. „Der Staat” 32 (1993), s. 568.

²³ „sola traditio absque observantia esset nuda relatio historica”. Gracjan C.5, D.11.

²⁴ A.M. Stieckler: *Historia iuris canonici latini. Historia fontium*. Taurini 1950, 12.

²⁵ Por. kan. 6 KPK.

²⁶ H. Schnitzer: *Traditio canonica und vigens disciplina — die eine und die andere Kontinuität im Kanonischen Recht*. In: *Festschrift für Louis Carlen zum 60. Geburtstag*. Hrsg. L.C. Morsak, M. Escher. Zürich 1989, s. 353—378.

²⁷ P. Tokarczyk: *Współczesne kultury prawne*. Kraków 2000.

²⁸ Wykład prawa jako narzędzia pokoju, ujawniający właściwe dla tamtych czasów (a przecież wciąż zasługujące na uwagę) myślenie o prawie, dał Grzegorz IX w bulli *Rex pacificus* (1234), promulgującej pierwszy uniwersalny zbiór prawa kościelnego: „Rex pacificus, pia mise-

nych przypisywanych mu zadań popłacałoby liczenie się ze swoistą wartością prawa²⁹, a także czerpanie z gromadzącej się przez wieki, zakodowanej w prawie mądrości ludzkiej. Chodzi nie tyle o konkretne rozwiązania (normy, instytucje), ile o podstawowe zasady, maksymy, reguły prawa, w których znalazł ujęcie kanon mądrości ludzkiej przekazywanej z pokolenia na pokolenie³⁰. Nie przypadkiem scentralizowanemu ustawodawstwu papieskiemu towarzyszyło załączenie do opublikowanego w 1298 roku zbioru Bonifacego VIII 88 „reguł prawa”³¹, zaczerpniętych czy to z prawa rzymskiego, czy to z dorobku uczonych, a przytoczonych jako pomoc przy interpretacji, aplikacji i uzupełnianiu prawa. W maksymach prawa utrwalono „prawdę powszechnie uznaną i akceptowaną, popartą doświadczeniem wieków”³², w regułach zaś znajdowało wyraz „kolektywne doświadczenie prawa”³³. Można powiedzieć, że odzywa się w nich „duch prawa”, bez którego prawo nie jest prawem, a którego brak znajomości i „wyczucia” nie pozwala tworzyć prawa zasługującego na tę nazwę. O treści i formie prawa decyduje prawodawca, on też nadaje swemu produktowi nazwę „prawo”. Jednak to, czy ta nazwa nie będzie błędem lub zasłoną dymną, zależy od tego, czy obiekt nią oznaczony mieści się w wiekowym ciągu przekazów mądrości, zapoczątkowanych ustawą króla sumeryjskiego Urukaginy z ok. 2360 roku przed Chr. i o 250 lat młodszym kodeksem Urnammu³⁴.

ratione disposuit sibi subditos, fore pudicos, pacificos et modestos. Sed effrenata cupiditas, sui prodiga, pacis aemula, mater litium, materia jurgiorum, tot quotidia nova litigia generat, ut nisi Justitia conatus eius sua virtute reprimeret, et quaestiones ipsius implicitas explicaret, ius humani foederis litigatorum abusus extingueret, et dato libello repudii concordia extra mundi terminos exularet. Ideoque lex proditur, ut appetitus noxius sub iuris regula limitetur, per quam genus humanum ut honeste vivat, alterum non laedat, ius suum unicuique tribuat, informatur [...].”

²⁹ R. Sobąński: *Prawo jako wartość*. „Czasopismo Prawno-Historyczne” 51 (1999), z. 1, s. 37—50.

³⁰ H. Kupiszewski: *Prawo rzymskie...*, s. 113—175.

³¹ Oto niektóre z nich: nikogo nie można zobowiązywać do czegoś niemożliwego (6); w sądach nie wolno mieć względu na osoby (12); ciężary wypadu ograniczać, korzyści natomiast poszerzać (15); nie jest bez winy, kto miesza się do nie swojej rzeczy (10); wiedzącemu i zgadzającemu się nie dzieje się krzywda ani podstęp (27); co dotyczy wszystkich, wymaga aprobaty wszystkich (29); kto milczy, nie przyznaje się, ale też nie wydaje się przeczyć (44); nikt nie powinien wzbogacać się przez krzywdę lub szkodę drugiego (48); w sprawach karnych należy stosować interpretację łagodniejszą (49).

³² H. Kupiszewski: *Prawo rzymskie...*, s. 125. Autor przytacza m.in. takie, jak: „volenti non fit iniuria”, „is fecit, cui prodest”, „bis dat qui cito dat”.

³³ Ibidem, s. 147. W *Digestach* Justyniana większość reguł zebrano w księdze pięćdziesiątej zatytułowanej *De diversis regulis iuris antiqui*.

³⁴ J. Finkelstein: *The Laws of Ur-Nammu*. „Journal of Cuneiform Studies” 22 (1969), s. 66—82.

Remigiusz Sobański

Die Bemerkungen über die Tradition im Recht**Zusammenfassung**

In seinem Artikel beabsichtigte der Verfasser, die Notwendigkeit einer kreativen Ausnutzung der Tradition bei der Rechtsschöpfung zu begründen.

Die Autorität von unseren Vorfahren sollte nicht höher als Verstand geschätzt werden und die Achtung vor der Tradition bedeutet nicht, dass man beim „Alten und Bisherigen“ unbedingt beharren muss. Das, was sich einst bewährt hat, sollte eher kritisch und kreativ aufgenommen werden. Das Recht ist mit Bedacht zu ändern und nur dann, wenn es absolut unbedingt ist; jedenfalls ist jede Änderung von dem Antragsteller zu begründen.

Tradition ist keine Hemmnis der Entwicklung, sondern deren Voraussetzung. Ohne die Erfahrungen der vergangenen Generationen ausgenutzt zu haben, hätte jede einzelne Gemeinschaft immer nur von Anfang an beginnen müssen und die Menschheit hätte keine Fortschritte machen können. Der Gesetzgeber sollte also nicht revolutionär, sondern historisch denken. Er sollte die allgemein gemeinte Tradition, aber auch alle Schwächen, Beschränkungen und die Unzuverlässigkeit des Rechtes, und dessen Beurteilung in Rücksicht nehmen. Beachtenswert sind vor allem die von den Nationen ausgearbeiteten rechtlichen Standards, deren rechtliche Erfahrungen und verhängnisvolle Folgen der „gegen“ die für „Feinde“ gehaltenen Menschen verabschiedeten Gesetze. Angesichts vielfältiger, mit dem Recht verbundener Erwartungen sollte man die Bedeutung des Rechtes und dessen bewährte Möglichkeiten zu schätzen wissen. Ob das Produkt des Gesetzgebers verdienstermaßen „Recht“ genannt werden kann, entscheidet nicht der Name selbst. Ausschlaggebend ist, ob der Kern des Rechtes eine Fortsetzung der jahrhundertealten Tradition unserer Zivilisation darstellt.

Remigiusz Sobański

Remarks on tradition in the law**Summary**

The aim of the article is to justify the need of a creative use of tradition when making laws.

The authority of our predecessors does not weigh more than our brain, and respect for tradition does not require a constant use of the “old and the previous”, but a critical and creative reception of what used to be good. Law changes should be made carefully and only when truly necessary: the person changing anything ought to justify it.

Tradition is not a halt of development but its assumption and condition. Were it not for the use of experiences of the old generations, each community would have to “start from the scratch”, whereas humanity would still be in the same place. The law maker should think not in a revolutionary, but in a historical way. He/she should think of tradition in broad terms, in line with its reception, efficiency, but also its weaknesses, unreliability, and law powerlessness, paying a special attention to the worked-out standards and law experiences of different nations, including the undesired results caused by the law created “against”, against people treated as enemies. In the light of various expectations connected with law, one should not forget about its peculiar value and well-known possibilities. Though, it is not the name, but the object named and its position within the century-long transmissions constituting the legal tradition of our civilization that decides if the product should be called “law”.