

## IV. NARODZINY PORZĄDKU PRAWNEGO

### Specyfika prawa w kulturze europejskiej

Według dość szeroko rozpowszechnionego poglądu nowoczesny system prawny prowadzący do rządów prawa narodził się stosunkowo późno; jeśli nie wraz z *Kodeksem Napoleona*, to wcześniej w epoce Oświecenia lub w XVII stuleciu wraz z koncepcjami teoretycznymi prawników czynnych przy ówczesnych monarchiach. W zamierzeniu pogląd tu wyrażony ma uzasadnić odmienną opinię: proces tworzenia systemu prawnego rozpoczął się w Europie znacznie wcześniej, bo już w końcu XI w. i był mocno związany z rozpoczętą nieco wcześniej reformą Kościoła, a ówczesne koncepcje prawne służyły politycznym celom reformy, a następnie cesarstwu i wielu monarchiom świeckim. W toku sporów i debat kształtował się porządek prawny odmienny od rzeczywistego, który następnie służył zachodniej ewolucji ustrojowej prowadzącej od rządów osobistych do bezosobowych rządów prawa. Nowożytne koncepcje prawne narodziły się jako kontynuacja tej żmudnej pracy wstępnej. W każdym razie nie powstały one samoczynnie wskutek kształtowania się nowej rzeczywistości czy olśnienia odgrzebanymi ideami antycznymi. W tej części opracowania omawia się narodziny i ewolucję systemu prawa w okresie Średniowiecza.

Inny pogląd równie szeroko upowszechniony na temat prawa, stanowczo tu odrzucany, związany jest z przekonaniem, że prawo stanowi element każdej kultury. Jest to prawdą, jeśli przyjąć szeroką definicję prawa. Coś w rodzaju prawa zwyczajowego czy szczepowego jest znane niewątpliwie każdej społeczności. Dokumenty prawne w rodzaju *Kodeksu Hammurabiego*, czy przepisy prawne zawarte w Starym Testamencie czy Koranie jako podstawa jurysdykcji religijnej Żydów i muzułmanów również stanowią prawo w najczęściej występującym sensie słowa. Są to, inaczej, religie, które przybierają postać przepisów prawa i drobiazgowo regulują całe życie członka wspólnoty. Na tej drodze wykazać też można obecność myśli prawnej, procedur prawnych, a nawet wpływu prawników na rządy w Chinach, zwłaszcza, w okresie Qin Shi Huangdi (221-210 p.n.e.), który siłą zjednoczył *Walczące Królestwa*, a księgi konfucjańskie przeciwne ideom porządku opartego na prawie kazał spalić. Jednakże, w każdym z wyszczególnionych wypadków mamy do czynienia tylko z pewnymi elementami prawa, zwłaszcza prawa karnego, a nie z rozbudowanymi systemami prawa.

Zgoda, w sensie poszerzonym prawo jako regulator życia społecznego ma miejsce wszędzie. Prawo funkcjonuje we wszystkich cywilizacjach, ale w cywilizacjach pozaeuropejskich pozostawało ono zespolone z religią, moralnością, obyczajami, wyobrażeniami magicznymi. Sankcje prawa są tam zarazem sankcjami pochodzącymi z religii, obyczaju i innych regulatorów. Prawo jako skomplikowany system, na który składają się tak różne elementy, jak prawo publiczne i prywatne, karne i cywilne, handlowe i administracyjne, a nadto wszystkie one są elementami logicznie spójnej struktury abstrakcyjnych reguł prawnych jest dziełem geniuszu rzymskiego, którego dorobek prawny przejęła i poszerzyła tylko i wyłącznie Europa łacińska. W dalszym biegu spraw skutkowało to przejściem do epoki nowożytnej, a w efekcie podważeniem podstaw kulturowych, na których zachodnia kultura prawna się kształtowała.

Sformułowana zostaje tu teza, że proces przejęcia i zaadaptowania rzymskiego dorobku prawnego na Zachodzie był możliwy, ponieważ tylko na tym obszarze nastąpiły warunki dla autonomii sfery prawnej. Kościół zachodni w przeciwieństwie do wschodniego rozpościerając swój wpływ na rozmaite sfery życia ludzkiego i obiegu myśli pozostawiał pewien zakres autonomii różnym dziedzinom, w tym światu prawnemu nie żądając pełnego podporządkowania autorytetom kościelnym poza kwestiami dlań naprawdę istotnymi, jak prawo kanoniczne czy prawo małżeńskie, a i w tych dziedzinach pozostawiał jurystom i badaczom prawa znaczny stopień autonomii. Rozwój prawa tylko w nieznacznym stopniu był odnoszony do ksiąg objawionych jako jego źródła, jak to miało miejsce w społecznościach muzułmanów i Żydów. Refleksja nad prawem naturalnym, zasada słuszności (*aequitas*), stanowione akty prawne władz i zwyczaje wspólnot podległych władzom stanowiły podstawowe źródła prawa w tamtych czasach, a zadaniem teorii prawa było usuwanie sprzeczności między regułami wynikającymi z różnych źródeł. Teoretycy prawa ustalali samodzielnie hierarchię źródeł, a Kościół ingerował wyłącznie w sytuacjach zagrożenia jego autorytetu bądź zagrożenia dla porządku moralnego.

W sytuacji, w której prawu zapewniono autonomię, rozwój w innych dziedzinach, jak życie polityczne czy gospodarcze mógł być poddany tworzonym regułom prawnym, aby nowe formy aktywności wpasować bezkolizyjnie dla zapewnienia porządku. Uregulowania domagały się liczne relacje między władzą królewską, książęcą, Kościołem, mieszkańcami miast, światem kupców itp. Prowadzenie

handlu, w tym handlu morskiego, prawna sytuacja cudzoziemca w obcym kraju<sup>343</sup>, opłaty za przemieszczanie się przez prywatny i publiczny teren<sup>344</sup> i wiele innych jeszcze rzeczy domagało się uregulowania. Trzeba było dogadać się co do reguł prowadzenia handlu, zwyczaje handlowe, jeśli były takie ująć w reguły akceptowane. Prawo jako zbiór racjonalnych reguł stawało się narzędziem takich regulacji.

Na opisanej drodze powstawało prawodawstwo poszerzając nieustannie zakres swoich ingerencji w rozmaite obszary życia społecznego. W procesie tym prawo poza poszerzaniem ulegało doskonaleniu, doprecyzowywaniu i zmianom w reakcji na zmiany społeczne, innymi słowy ulegało nieustannej ewolucji. Rezultatem jest powstanie specyficznego porządku prawnego odmiennego od porządku rzeczywistego, jako zbioru reguł kształtujących porządek rzeczywisty (społeczny). Pozycja prawa w Europie prowadziła w długim okresie czasu do formalizacji i, tym samym, racjonalizacji stosunków społecznych. Prawo było dziedziną cywilizacji natchnionej przez kulturę chrześcijańską i prawną cywilizację rzymską, która przez swoje podstawy formalne i racjonalne zapewniła w konsekwencji ekspansję i sukces cywilizacyjny kultury zachodniej na przeciąg kilku stuleci.

Tylko w łacińskiej Europie proces ten ma miejsce. Poza-zachodnie obszary kulturowe nie doświadczają tego typu zmian. W świecie muzułmańskim i żydowskim prawo w całości jest, przynajmniej w tamtym czasie, heteronomiczne i sakralne jako pochodzące z ksiąg uznanych za święte. W Chinach tradycja konfucjańska lokowała prawo poniżej porządku moralnego i również nie pozwalała na jego autonomię. Dla ilustracji przedstawiony jest poniżej właśnie przykład chiński. Jednakże obecna przewaga kultury zachodniej ulega redukcji wskutek zasymilowania zachodnich osiągnięć cywilizacyjnych (w tym prawa) przez inne obszary, zwłaszcza obszar konfucjański oparty na odmiennych wzorcach kulturowych.

---

<sup>343</sup> W okresie powstawania uniwersytetów, student z obcego kraju mógł być przez kupca obciążony długiem jego rodaka. Tak było początkowo w Bolonii. W Anglii Wielka Karta (1215) gwarantowała swobody obcych kupców, a Statut Westminsterski (1275) przedstawił prawną regułę wobec wszystkich cudzoziemców: *Postanawia się, że w żadnym mieście, na żadnym rynku czy targu, cudzoziemiec nie może być ścigany za długi, których sam nie zaciągnął i których nie jest poręczycielem.* H. Berman, *Prawo a rewolucja. Kształtowanie się zachodniej tradycji prawnej*, Warszawa 1995, s. 406. Trzeba stwierdzić, że podobne reguły były przyjmowane w Europie chrześcijańskiej z ociąganiem. Początkowo lokalne prawa zwyczajowe nie dawały żadnych uprawnień cudzoziemcom. Zmienia się to wraz z powszechnym obowiązywaniem prawa handlowego (*lex mercatoria*).

<sup>344</sup> Liczne i wysokie myta na Renie zyskały sobie sławę *furiosa Teutonicorum insania*. Berman..., tamże

## Miejsce prawa w kulturze konfucjańskiej

To, co się określa jako zachodnią tradycję prawną bądź rządy prawa nie miało żadnych odpowiedników w cesarskich Chinach aż do niedawnego czasu<sup>345</sup>. Pierwszy kodeks karny wszedł w życie dopiero w 1978, a pierwszy kodeks cywilny w 1986 r., a następnie różne elementy prawa gospodarczego (antymonopolowe, bankowe, papierów wartościowych, *corporate governance* itp.)<sup>346</sup>. Pierwsze elementy prawa stanowionego w ogóle Chin adaptowały pod koniec XIX w. w następstwie zawarcia nie-równoprawnych traktatów międzynarodowych, które w społeczeństwie odbierane były jako dyktat zachodni i japoński. Jeszcze u początku XX wieku w Chinach nie istniały wyodrębnione zawody prawnicze sędziego, prokuratora, adwokata, nie istniały też studia prawnicze i szkoły prawa. Jeśli trzeba było osądzić sprawę bądź osobę, zajmowały się tym jednostki cieszące się niekwestionowaną opinią ludzi mądrych, którym kompetencje proceduralne mogły być obce. Struktura sądów była ściśle spleciona z hierarchią władz. Chiński komunizm niewiele zmienił w rzeczywistości prawnej aż do roku 1978. Stanowione prawo było ściśle dostosowane i stanowiło pochodną decyzji politycznych, nie prowadzono dokumentacji orzeczeń sądowych.

U podstaw tego stanu rzeczy w Chinach ostatniego stulecia leży misterna i długowieczna kultura konfucjańska, która tradycyjnie stawiała moralność (*li*) ponad prawem (*fa*). Dotychczas we wszystkich krajach kręgu konfucjańskiego unika się sądów i procedur prawnych w uznaniu, że człowiek zyskuje szacunek i cześć, jeśli unika drogi sądowej, a trudne do uniknięcia konflikty rozwiązuje samodzielnie na drodze porozumienia<sup>347</sup>. Nie bezosobowe normy prawne, jak na Zachodzie, lecz wzorce osobowe (*renzhi*) i zasady moralne stanowią reguły kierujące działaniami jednostek. One też są kulturową podporą słusznych rządów i

---

<sup>345</sup> Źródłem wiedzy o konfucjańskiej kulturze prawnej są ogólne opracowania nt. cywilizacji i kultury chińskiej i japońskiej oraz następujące pozycje bardziej szczegółowe H. Rot (red.), *Główne kultury prawne współczesnego świata*, Warszawa 1995; R. Tokarczyk, *Współczesne kultury prawne*, Kraków 2007 Wolters Kluwer; T. Suzuki, *Proces modernizacji w Azji a tradycje kultury prawnej*, „Państwo i Prawo” 1998 z 6; S. Ehrlich, *Refleksje o dwóch prawniczych kulturach: europejskiej i japońskiej*, „Państwo i Prawo” 1987 z. 6; A. Kość, *Filozoficzne podstawy prawa japońskiego w perspektywie historycznej*, Wyd. KUL, Lublin 2001; L. Leszczyński, *Japonia. Kontynuacje i negacje*, Wyd. UMCS, Lublin 1994.

<sup>346</sup> Por. K. Gawlikowski, *Formowanie się społeczeństwa obywatelskiego w Chinach w XX w. oraz tegoż: Religijność chińska: uwagi o innej cywilizacji*

<sup>347</sup> Obecnie w krajach konfucjańskich wyrządzone szkody są rekompensowane pokrzywdzonym częściej przez bezpośrednie porozumienia z określeniem wysokości rekompensaty niż w drodze werdyktu sądowego. Najważniejsze znaczenie posiadają przy tym przeprosiny i prośba o wybaczenie. W Japonii zrekompensowanie szkody bez przeproszenia, traktowane jest jako obraźliwe, co jest świadectwem nacisku subtelnej kultury na akty jednostki. Ugodowe rozstrzygnięcie sporów zgodne jest z wymogiem zachowania harmonii (*wa*).

źródłem autorytetu. Normy moralne (*li*) regulowały całokształt właściwego postępowania, wywiedzionego z obyczajów, zwyczajów, rytuałów ceremoniałów i etykiety. Przy tym nie istnieje coś takiego jak zawsze i wszędzie właściwe *li* mogące uchodzić za odpowiednik zachodniej normy moralnej jako obiektywnego standardu. Wybór właściwej *li* zależy od określonej sytuacji, w której najważniejszą rolę odgrywa relacja osób pozostających ze sobą w określonych stosunkach: rodzinnych, małżeńskich, społecznych, politycznych, czyli dzieci winne posłuszeństwo wobec rodziców, żona mężowi, poddani władcy. Według nauk Konfucjusza rządzeni przez reguły prawne i dyscyplinowani przez karę ludzie będą się starali, bez poczucia wstydu, unikać obydwu. Jeżeli kierowani są cnotą i dyscyplinowani przez reguły stosowności, nauczą się wstydu i zachowania w zgodzie ze sprawiedliwością<sup>348</sup>.

Funkcja prawa w porządku regulowanym przez „etykę sytuacyjną” była w najwyższym stopniu ograniczona w zasadzie do norm prawa karnego. Postępowaniem karnym były objęte jednostki z niedostateczną bądź niewłaściwą internalizacją *li*. Można powiedzieć, że prawo funkcjonowało wyłącznie dla aspołecznych niegodziwców; *prawo jest dla barbarzyńców*, uczciwi ludzie nie zajmują się nim i nie powinni być mu poddani<sup>349</sup>. Pozostałe gałęzie prawa mogły się wydać w tym porządku zbędne<sup>350</sup>, jeśli władze, administracja, przedsiębiorcy (ci w trochę mniejszej mierze) kierują się normami silnie osadzonymi w kulturze, w której ważne były zawsze nie bezosobowe normy jako kwalifikacje czynu, lecz kto dany czyn popełnił i wobec kogo. I jak w ten sposób rozumiane dystynkcje hierarchii społecznej zamieścić w akcie prawnym? Dla odmiany w zachodniej tradycji prawnej człowiek jest rozpatrywany z wyłączeniem jego indywidualności, która zostaje wciśnięta w logiczne prawnicze szablony.

---

<sup>348</sup> Typowe dla kultury konfucjańskiej ujęcie poczucia wstydu jako reakcji jednostki na naruszenie normy jest odmienne od wykształconej na Zachodzie odpowiedniej reakcji polegającej na poczuciu winy/grzechu. Wstyd jest reakcją na krytycyzm innych, skutkiem negatywnej reakcji otoczenia na czyjeś postępowanie. Poczucie winy/grzechu rodzi się w sumieniu osobnika, któremu znane są zobiektywizowane kryteria oceny postępowania. Wstyd rodzi się wskutek zewnętrznego nacisku, wina wskutek nacisku wewnętrznego. Por. R. Benedict, *Chryzantema i miecz. Wzory kultury japońskiej*, Warszawa 2003 PIW, s. 207-210

<sup>349</sup> L. Leszczyński, *Prawo japońskie*, w: (red. H. Rot), *Główne kultury prawne współczesnego świata*, Warszawa 1995 PWN, s. 175 podaje, że prawo w kulturze konfucjańskiej stanowi wyłącznie pomocniczy środek kontroli społecznej

<sup>350</sup> Można powiedzieć, że postępowaniem ludzi kieruje wyłącznie zasada słuszności bez obudowy prawnej, która w Europie miała służyć m. in. realizacji zasady słuszności (*aequitas*). Kwestie prawa cywilnego można potraktować jako kwestie osobistej etyki, problemy prawa konstytucyjnego jako przedmiot polityki. Trochę podobnie podchodzili do tych problemów antyczni Grecy w epoce przed-rzymskiej.

W okresie konfrontacji z Zachodem konfucjaniści podkreślali, że prawo jest złym wynalazkiem z przykrymi konsekwencjami, gdyby go zastosować w Chinach. Prowadzić może, bowiem, do osłabienia władzy i autorytetu nakładając na nie pewne zapisane ograniczenia. Nadto poddani mogliby się powoływać na zapisy prawne i kwestionować decyzje cesarza jako ośrodka władzy i autorytetu. Pojęcia władzy i autorytetu w tradycji chińskiej są ściśle splecione, podczas gdy w tradycji zachodniej czyniono między nimi rozróżnienia (*potestas et auctoritas*), tzn. uważano, że związek między nimi nie jest automatyczny i że władzy nie zawsze towarzyszy autorytet.

Obie tradycje są biegunowo rozbieżne także w postawach wobec pojawiających się konfliktów. Na Zachodzie dochodzenie do porozumienia poprzez ujawniony konflikt ukształtowało się w drodze licznych i silnych konfliktów stron, w tym także konfliktów prawnych rozgrywanych przed sądem. Konflikty stymulowały także przemiany ustrojowe i społeczne na Zachodzie. Silna tradycja konfucjańska kładła nacisk na harmonię, ugodę, porozumienie i koncyliację stron, a każdy konflikt był interpretowany jako zakłócenie ładu społecznego i niebiańskiego. W tej tradycji spory prawne uzyskują niską ocenę społeczną. Za człowieka aspołecznego uważany jest ten, który w działaniu swoim kieruje się własnym interesem, rzecz niepojęta dla ludzi Zachodu przynajmniej od epoki nowożytnej. Ujawnianie na zewnątrz powstałego konfliktu i posłużenie się do jego rozwiązania prawem świadczy o niezrozumieniu zasad wymaganego postępowania. Takie przypadki obciążają nie tylko jednostkę, lecz także grupę, w skład której jednostka wchodzi. Grupa wywiera na jednostkę nacisk, najczęściej skuteczny, aby porzuciła sposób postępowania niezgodny z wzorem narzuconym przez grupę.

Moralność konfucjańska została osadzona na przekonaniu o istnieniu naturalnego porządku i naturalnej hierarchii obejmujących zarówno ład społeczny, jak ład w przyrodzie. Czyn podległy prawu (nie moralności), a więc przestępstwo, narusza jeden i drugi rodzaj porządku, stanowi zakłócenie spokoju ludzi, ziemi i nieba. Społeczeństwo funkcjonuje w porządku kosmicznym, z którego ani ładu społecznego, ani władzy nie da się wydzielić. Zgodnie z konfucjańską mądrością, naturalna katastrofa, wylew rzeki, trzęsienie ziemi były świadectwem naruszenia porządku naturalnego, a w tym wypadku władca uznany był za sprawcę niepokoju. To jedyne, jak się zdaje wypadki, kiedy władza cesarza ulegała destabilizacji w opiniach poddanych. Okrucieństwo władzy stanowiące również przekroczenie kanonów konfucjańskich (władca jako dobry ojciec), sprowadzało niezadowolenie społeczne, ograniczone jednak wobec groźby użycia siły.

Japonia jest krajem o kulturze konfucjańskiej, który na sto lat przed Chinami wprowadził zachodnie instytucje i reguły prawne. Istnieją, więc, bogate doświadczenia w funkcjonowaniu tych instytucji w społeczeństwie odmiennym kulturowo od wzorów zachodnich. W znakomitym studium z zakresu socjologii prawa w społeczeństwie japońskim<sup>351</sup> przedstawione jest zupełnie różne funkcjonowanie tych samych instytucji we współczesnej Japonii i na Zachodzie. Jak wskazuje przywołany w książce H. Tanaka<sup>352</sup>, formalne reguły prawa w Japonii są dokładnie takie same, jak na Zachodzie, lecz ilość spraw wnoszonych do sądów na podstawie tych reguł jest w Japonii przynajmniej 10-krotnie niższa. Również liczebny stan profesji prawniczych w Japonii jest w relacji do liczby ludności kilkakrotnie niższy niż w krajach Zachodu<sup>353</sup>. Wniosek, że rola prawa na obu obszarach jest wyraźnie odmienna nasuwa się sam przez się. Japończycy w znacznie większej mierze niż ludzie Zachodu orientują się na tradycyjne normy zawarte w ich kulturze, które jednostkę umieszczają w kręgu nieprzeliczonych zobowiązań wobec rozmaitych grup, do których przynależy (*giri*), a do procedur prawnych odwołują się w ostateczności. Amerykanin odwołujący się do instytucji prawnej, jest przekonany, że korzysta z potęgi swojego systemu społecznego, z zasady rządów prawa. Jeśli Japończyk odwołuje się do prawnika, ze smutkiem przyznaje, iż jego system społeczny doznał w tym przypadku porażki.

Zgodnie z ukształtowaną przez stulecia zachodnią tradycją jednostka jako taka wyposażona w podmiotowość prawną jest podstawą porządku normatywnego. Wolni ludzie wyprani z wszelkich społecznych uwikłań (konstrukcja prawnicza) tworzą prawa i następnie z nich korzystają. W japońskiej tradycji prawnej nie ma takiej jednostki, człowieka abstrakcyjnego w oderwaniu od skomplikowanej sieci społecznych przynależności. Statusy zajmowane w różnych grupach nie mają równorzędnego charakteru i nie mogą być poddane normie, która zakłada równoprawność aktorów życia społecznego. Porządek prawny nie jest efektem harmonizowania i uzgadniania przez jednostki swych praw podmiotowych, lecz powstaje poprzez przestrzeganie reguł zachowania określonych przez różnice pozycji i statusów uczestników życia społecznego. W japońskiej konstytucji gwarantuje się jednostce prawa indywidualne (art. 12), lecz równocześnie zwraca

---

<sup>351</sup> I. C. Kamiński, *Ślusność i prawo – Studia prawno-porównawcze*, Kraków 2003 Wolters Kluwer. Ostatni rozdział tej pozycji jest poświęcony funkcjonowaniu prawa i kultury prawnej pochodzenia zachodniego w Japonii.

<sup>352</sup> H. Tanaka, *Japanese Legal System. Introductory Cases and Materials*, Tokyo 1976, s. 254-255; cyt. za I. C. Kamiński, *Ślusność i prawo*....

<sup>353</sup> W roku 1993 na jednego prawnika w USA przypadało 307 mieszkańców, w Japonii 6768. W tym czasie w USA było 845 tys. czynnych prawników, w Japonii 18.5 tys.; por. T. Kosugi, *The legal professions in Japan*... Tokyo 1995, cyt. za I. C. Kamiński, *Ślusność i prawo*...

uwagę na konieczność ich nie nadużywania. Prawa do życia, wolności i zabiegania o szczęście uznane są za najwyższą wartość (art. 13), jednak pod warunkiem, że nie naruszają dobra publicznego<sup>354</sup>.

Podkreślmy, zatem, centralne kategorie konfucjanizmu, które definiują odmienne wobec zachodnich praktyki prawne i polityczne w społeczeństwach, w których konfucjanizm zdominował myślenie i postawy:

- dominacja grupy nad jednostką
- prymat władzy nad wolnością i niezależnością
- pierwszeństwo obowiązków przed prawami
- harmonia i współpraca przeciwstawione konfliktowi i konkurencji
- szacunek dla hierarchii przeciw równości

Wszystkie te zasady są dokładnie przeciwstawne zasadom zachodnim, ale w rozumieniu obecnym. Można dowodzić, że przeciwieństwo nie jest tak silne, jeśli „kodeks” konfucjański zestawić z zachodnim okresem Średniowiecza, jednak i wtedy, dowodzić można, wystąpią liczne różnicowania. Jakie to ma znaczenie? We współczesnych społeczeństwach „konfucjańskich” adaptacja zachodniej praktyki demokratycznej następuje w drodze realizacji systemu partii dominującej, ponieważ w tradycji konfucjańskiej rola opozycji przeciwstawiającej się rządowi uchodzi za aktywność wrogą wobec państwa, a konflikt partii jest postrzegany jako niebezpieczny i bezprawny. Nie oznacza to wcale, że instytucje parlamentarne i mechanizmy władzy funkcjonują w tym regionie wadliwie, choć na ogół tak się rozumie tę osobliwość na Zachodzie. Można znaleźć znacznie więcej interesujących różnic, ale przecież nie to jest zadaniem niniejszego opracowania.

Uwagi powyższe nacechowane, jak autor mniema, sympatią dla kultury konfucjańskiej<sup>355</sup>, która z całą pewnością zasługuje na szacunek, miały w zamierzeniu pokazać krańcowo odmienną funkcję systemu prawnego w różnych kulturach. Prawo jest przede wszystkim narzędziem kontroli społecznej nad zachowaniami jednostek. Ale moralność, obyczaj i religia są także instrumentami kontroli społecznej. Można sobie wyobrazić społeczeństwo regulowane wyłącznie przez nakazy i zakazy religijne, jakimi są nadal w większości wspólnoty

---

<sup>354</sup> I. C. Kamiński, *Słuszność i prawo...*

<sup>355</sup> Trochę podobne funkcje spełniał system filozoficzny stoików w świecie rzymskim, a później chrześcijaństwo w świecie zachodnim. Przypuszczać wolno, że oba nurty nie osiągnęły takiego powodzenia, jak konfucjanizm u Chińczyków.



muzułmańskie, o których można też twierdzić, że posiadają instytucje i procedury prawne, gdyż te są zawarte w przesłaniu *Proroka*. Należy jednak widzieć różnicę między *szariat* a prawem w rozumieniu zachodnim, choćby to miało być prawo kanoniczne. Zachód wypracował, a w części odziedziczył po Rzymianach metodę myślenia prawnego nieznaną innym cywilizacjom. Tą metodą jest formalna racjonalność, czyli logicznie spójna struktura abstrakcyjnych reguł prawnych, która pozwala na przewidywanie działań aktorów życia społecznego. Ten sposób myślenia i ten rodzaj kultury prawnej nie był w przeszłości znany nigdzie poza Zachodem.

Wracając do konfucjanizmu, należy stwierdzić, że regulował on zachowania jednostek poprzez odniesienie ich do nakazów moralnych powiązanych z etykietą (pochodną hierarchii społecznej). W ciągu stuleci konfucjanizm wytworzył nastawienia nieomal w całości definiowane przez kulturę, tłumił tym samym skutecznie skłonności naturalne w człowieku, choć sam się na naturę powoływał. Jest to niebywały sukces wzorca kulturowego, prawdopodobnie nieznanego nigdzie indziej. Chrześcijaństwo rozpościerając swój wpływ na umysły ludzkie, odniosło sukces znacznie mniejszej skali. Należy też zauważyć, że w wyniku pewnych redefinicji konfucjanizm może spełnić rolę dźwigni wzrostu gospodarczego, jak to miało miejsce w Singapurze, na Tajwanie, a obecnie w Chinach. Jest jednak pewna różnica, jeśli spojrzeć na chrześcijaństwo i konfucjanizm z perspektywy historycznej. Chrześcijańska tradycja prawna była podatna na ewolucję i zmiany, konfucjańska nie. Ta różnica zadecydowała, że zachodnie koncepcje prawne zrodzone w Średniowieczu uczestniczyły w ekspansji cywilizacyjnej i nadawały sens, lepiej lub gorzej wyrażony, tej ekspansji. Nie jest jednak pewne, czy społeczeństwa kultury konfucjańskiej nie czynią obecnie lepszego, bo bardziej umiarkowanego i ograniczonego użytku z prawa legitymującego się zachodnim pochodzeniem. Zachód jest, zdaje się, już nadmiernie przesycony regulacjami prawnymi, a dawne obyczaje, wiary i normy moralne zdają się zupełnie nie oddziaływać na ludzi.

## **Formowanie się zachodniej tradycji prawnej**

Droga, jaką przebyły europejskie systemy prawne od dominacji praw szerepowych do racjonalnego, nałożonego na wszystkich prawa była długa i znaczone nawrotami do zwyczajów, do których ludy Europy były silnie przywiązane. W gruncie rzeczy system polityczny w Europie do XI w. był wyznaczony przez prawo zwyczajowe ludów germańskich i słowiańskich, które,

choć nie były one w pełni demokratyczne, nie były też antydemokratyczne. Władca nie był odpowiedzialny przed poddanymi, ale był odpowiedzialny za nich. Władza, jak wierzono, pochodzi od Boga, ale jej podstawą jest także dwustronna umowa władcy z jego ludem. W umowie tej władca zobowiązywał się do poszanowania zwyczajów odziedziczonych po przodkach. To oznaczało, że powinien sprawować władzę w ich interesie. Jak głosi *Edictus Rothari* (Rothar 636-652), prawa dla Longobardów ustanowione zostały *w tradycyjny sposób uderzeniami przez wojowników włóczniami o tarcze na znak powszechnej zgody*<sup>356</sup>. Dwieście lat później arcybiskup Reims, Hinkmar (ok. 806-882), doradca Karola Łysego (843-877) notuje, że przepisy prawa przyjmowane są *za zgodą wiernych poddanych*, czyli wyróżnionych przedstawicieli Franków<sup>357</sup>. Powszechnie wówczas oczekiwano od władcy poszanowania praw odziedziczonych i uświęconych zwyczajem. Faktem jest, że prawo jawi się umysłowi tamtego okresu jako tradycja i zwyczaj, a stanowienie nowych aktów prawnych z tradycją niezgodnych czymś obcym i niestosownym.

Biorąc pod uwagę pierwotną dominację prawa zwyczajowego wśród germańskich i słowiańskich społeczeństw Europy, zasugerować warto pewną tendencję demokratyczną przejawiającą się w historii tych społeczeństw od samego początku. Obowiązki zwyczaju oznacza przeciwieństwo zwyczaj wspólnoty, a nie przywódcy-władcy, który wspólnotą rządzi. To trwa dalej i kiedy władcy ogłaszali jakieś nowe ustanowienia uważano, że mają być one niesprzeczne ze starymi zwyczajami bądź też winny być akceptowane przez poddanych ewentualnie ich możliwych przedstawicieli (*great men* według ówczesnej angielskiej nomenklatury). Hiszpańska *Księga praw* wydana przez króla Kastylii i Leonu Alfonsa X Mądrego (1252-1284) zabraniała nawet władcom tworzenia nowych praw bez przyzwolenia ludu<sup>358</sup>. Innymi słowy promulgowanie prawa jest rzeczą władcy, jednakże proces konsultacyjny obejmujący przynajmniej znaczniejszych przedstawicieli ludu jest nieusuwalny. Ten czynnik, jak się zdaje, był kluczowy w rozwoju europejskiej tradycji parlamentarnej.

W okresie po upadku Imperium Rzymskiego, prawo rzymskie (*lex Romana*) miało jeszcze jakieś znaczenie, ustępowało ono jednak wobec ekspansji rozmaitych *leges barbarorum*, jak *lex Salica* (Frankowie Saliccy)<sup>359</sup>, *codex Euricianus*

---

<sup>356</sup> J. M. Kelly, *Historia zachodniej teorii prawa*, Kraków 2006 WAM, s. 122

<sup>357</sup> tamże

<sup>358</sup> J. M. Kelly, *Historia...*s. 162

<sup>359</sup> Charakterystyczne zapisy w *Lex Salica* świadczące o nierówności wobec prawa: § 1. *Jeśliby ktoś zabił wolnego Franka lub barbarzyńcę, który podlega prawu salickiemu, i zostanie mu to udowodnione,*

(Wizygoci), *Lex Gundobara* (Burgundowie) i wiele innych jeszcze. Przynajmniej na początku, po upadku Rzymu, przyjmowano zasadę etniczną, według której Rzymianin był sądzony według prawa rzymskiego, Burgund według prawa burgundzkiego itp. Od VIII w. poszczególne państwa plemienne odchodzą od zasady etnicznej (osobowości prawnej) na rzecz zasady terytorialnej obejmującej jurysdykcją wszystkich poddanych. Niemniej w tym okresie brak jest zakusów władzy w kierunku absolutyzmu właśnie ze względu na dominację prawa zwyczajowego. Średniowieczny władca germański czy słowiański nie posiadał w ogóle niezależnej i arbitralnej mocy stanowienia praw, które rugowałyby prawo zwyczajowe w imię np. zwiększenia zakresu władzy.

Poczynając od XIII stulecia, już w okresie dominacji prawa stanowionego, rozpoczyna się proces spisywania praw zwyczajowych, bardzo zróżnicowanych na różnych obszarach. Te spisy praw rywalizowały niekiedy z prawem stanowionym przez władzę państwową. Jeden z najbardziej znanych zbiorów tego czasu *Zwierciadło saskie* (*Sachsenspiegel*) z pocz. XIII w. będące zapisem zwyczajowego prawa ziemskiego i lennego informuje we wstępie, że jest to dzieło przodków, a nie autora Eike von Repgow, który zbiór opracował. Spisane prawa zwyczajowe były wykorzystywane bardzo często przez sądy miejskie, które raczej wybierały je niż bardziej nowoczesne wzorowane na rzymskim prawo. W miastach lokowanych na prawie magdeburskim uderza podobieństwo orzeczeń sądowych, niekiedy urokliwych z dzisiejszej perspektywy<sup>360</sup>, oraz wykonywanych wyroków, co ma swoje źródło właśnie w przyjmowanym źródle prawa<sup>361</sup>.

W przepisach karnych (zwyczajach) tych barbarzyńskich plemion, które zasiedliły Europę, dopuszczalne były praktyki sądowe, jak sądy boże (*ordalia*), a wśród nich pojedynki sądowy (*iudicium pugnae*)<sup>362</sup>, próby ognia, wody i żelaza. Werdykt pozostawiano w rękach Boga i ufano, że Bóg nie dopuści do krzywdy niewinnego. Przesłpca musiał się liczyć z pragnieniem zemsty ofiary lub jej rodziny (*lex talionis*). Procedury te były stosowane najczęściej i cieszyły się największą

---

zasądzony zostanie na 8000 denarów, to jest 200 solidów. ....§ 7. Jeśliby zaś zabił Rzymianina płacącego podatek gruntowy, zasądzony będzie na 63 solidy.

<sup>360</sup> Dzieciobójczyni była skazywana na utopienie w zaszytym worku z psem, kogutem i jaszczurką. Jak wspominają dawne kroniki krakowskie, złodziej pieczęci kanclerskiej był „pieczętowany” gorącym żelazem w czterech stronach miasta, zanim został powieszony.

<sup>361</sup> Por. w odniesieniu do spraw karnych: T. Grabarczyk, *Na gardle karanie. Kara śmierci w średniowiecznej Polsce*, Warszawa 2008

<sup>362</sup> Już G. J. Cezar w *De bello gallico* wspomina o tej praktyce ludów germańskich, tj. rozstrzygnięciu sporów przez walkę na miecze. Za istotne uchodziło przeświadczenie, że posiadający rację nie może zostać pokonany.

akceptacją tam, gdzie istniało silne poczucie wspólnoty i odpowiedzialności osobistej<sup>363</sup>. Te magiczne zabiegi i prawo odwetu jeszcze długo utrzymywały się w europejskich zbiorach praw<sup>364</sup>, lecz były stopniowo rugowane przez łagodzący wpływ Kościoła, nacisk na pokutę i zadośćuczynienie, sprzeciw mieszkańców miast<sup>365</sup>, a przede wszystkim przez racjonalne procedury wykształcone przez prawników, grupę zawodową coraz szerzej reprezentowaną od XI w. Ich aktywność sprawiła, że prawo stanowione jako sztuczny wynalazek stało się dość nieoczekiwanie zbiorem norm akceptowanym przez wspólnoty europejskie.

Uformowanie się tej grupy zawodowej, która nie ma odpowiedników w innych cywilizacjach jest związane ze zdarzeniami nieoczekiwanymi, które w zasadniczej mierze zmieniły i określiły ewolucję prawa w Europie. W XI w. odnaleziono kopie rękopisów stanowiących zbiór dokumentów prawnych zgromadzonych przez cesarza Justyniana (527-565 w cesarstwie wschodnio-rzymskim)<sup>366</sup>. W okresie rządów Justyniana część Italii w VI w. była podległa jego prawodawstwu, ale w XI w. nikt już o tym nie pamiętał. Odnalezione dokumenty stanowiły najszerszy zbiór prawa rzymskiego od czasów Republiki Rzymskiej. Nieoczekiwaną konsekwencją znaleziska było natychmiastowe wejście prawa na uniwersytety w Bolonii<sup>367</sup> i Pawii, a w późniejszym czasie na pozostałe ośrodki naukowe (*studia generale*) Europy. Konsekwencją dalszą była ciągła ewolucja instytucji i reguł prawa, które w coraz większej mierze wpływały na stosunki rzeczywiste. Na uwagę zasługuje, że *Digesta* Justyniana jako przedmiot dogłębnych studiów prawniczych nie były prawem obowiązującym gdziekolwiek łącznie z Bizancjum. Można powiedzieć, że rozważano prawo idealne, a nie realne. Nie istniały odpowiedniki rzymskich pretorów, czy oratorów (rzymscy adwokaci). W rozwoju historycznym, jednakże, to idealne prawo oddziaływało na rzeczywistość prawną<sup>368</sup> i polityczną, gdyż juryści od początku traktowali cesarstwo rzymskie jako rzeczywistość istniejącą nadal *de iure*. Toskania w

---

<sup>363</sup> J. H. Mundy, *Europa średniowieczna: 1150-1309* (przekł. R. Sodół), Warszawa 2001, s. 303

<sup>364</sup> Jeszcze w *Constitutio Criminalis Carolina* (1532) będącym uporządkowaniem prawa karnego Rzeszy przez Karola V przewiduje się stosowanie próby wody gorącej i zimnej w procesach o czary.

<sup>365</sup> Weber podkreśla, że mieszczaństwo nie mogło przystać na to, by roszczenia dotyczące np. prawa handlowego rozstrzygał germański pojedynek sądowy; *Gospodarka i społeczeństwo*. Warszawa 2002 PWN, s. 1016

<sup>366</sup> Na te rękopisy składały się: *Instytucje*, *Kodeks*, *Nowele* i najobszerniejsze *Digesta*. Ten cały zasób prawnicy z Bolonii określili jako *Corpus Iuris Civilis*

<sup>367</sup> Pierwszy nauczyciel prawa, Imerius, winien nauczać właściwie gramatyki, lecz zajął się *Digestami* i znalazł naśladowców.

<sup>368</sup> W ówczesnym sądownictwie przy braku apelacji, a nawet przy jej istnieniu, strony zawsze miały prawo odwołać się do lokalnego wydziału prawa, gdzie stosowano prawo rzymskie, by wydał opinię o wyroku. Opinia ta mogła zmienić wyrok.

oczach prawników uchodziła za kontynuację Rzymu, jak Kościół i chrześcijaństwo uchodziły za kontynuację Izraela. Prawo rzymskie zaczęło się cieszyć takim samym autorytetem w sprawach prawnych, jak Biblia w sprawach duchowych. Ten punkt widzenia doprowadził do jurydycznych rozróżnień porządku prawnego (*ordo iuris*) od porządku rzeczywistego wraz z ich kontynuacjami w czasie. Do pewnego stopnia martwe prawo rzymskie było uznawane za ucieleśnienie rozumu, wzorzec dla zmian porządku rzeczywistego. Te aspekty zdecydowały o rewolucyjnym charakterze rodzącego się wówczas prawa i studiów prawniczych jako tworu profesjonalnego w odróżnieniu od ówczesnych praw szczepowych. Prawnicy uczestniczyli nadto w długim konflikcie między papieżem a cesarstwem oraz podjętej wówczas wielkiej reformie Kościoła, a czasowa zbieżność obu zdarzeń (reforma kościelna i pojawienie się prawa) sprzyjała niewątpliwie instytucjonalizacji tej nowej dziedziny w Europie. Prawo kanoniczne oparte na wzorach prawa rzymskiego jest pierwszym efektem triumfu prawa. Rychło jednak zaczęły się rozwijać inne dziedziny prawa wzorowane także na rzymskim w konstrukcji formalnej.

Od XI w., tj. od studiów nad prawem rzymskim i powstania fakultetów prawa rozpoczyna się formowanie zachodniej tradycji prawnej, której zasadnicze elementy już wówczas zostały ukształtowane. Składają się na nią:

1. Autonomia prawa jako części aktywności społecznej. Uznaje się, że religia, moralność czy polityka mają wpływ na idee i rozwiązania prawne, lecz same nie stanowią prawa. Prawo to dziedzina autonomiczna i samoistna. Kościół w przeszłości rezerwował sobie ingerencję w tę dziedzinę, nie uległ jednak pokusie unieważnienia tej autonomii, a prawo i prawników wykorzystywał w swojej walce z władcami świeckimi narażając się na podobną reakcję z drugiej strony.
2. Profesjonalizm. Juryści jako wyspecjalizowana grupa zawodowa administrują instytucjami prawnymi. Legitymują się oni wyższym wykształceniem prawniczym, a ich zawody podlegają postępującej specjalizacji.
3. Specjalizacja. W obrębie prawa tworzą się coraz liczniejsze dziedziny specjalne, jak prawo karne, cywilne, administracyjne, handlowe, wreszcie drogowe, medyczne, edukacyjne itp. Specjalizacja w naszych czasach przebiega tak głęboko, że trudno już znaleźć aspekt życia ludzkiego nie uregulowany przez akt prawny. Ale daleko posunięta specjalizacja jest już znana Średniowieczu.

4. Prawo jako przedmiot nauczania. Prawo jest nie tylko stosowane, lecz także nauczane. Poza instytucjami i regulacjami rodzi się także refleksja nad prawem jako takim (meta-prawo, jurisprudencja).
5. Prawo jako zintegrowana całość, korpus. W odróżnieniu od tradycji obyczajowych czy moralnych zawierających elementy niespójne, dalekie od koherencji, prawo jest systemem elementów wewnętrznie powiązanych i podporządkowanych kryteriom logicznego wynikania.
6. Podatność na zmiany i rozwój przy zachowaniu ciągłości. Normy i reguły prawa, jak również prawne instytucje nie mają, co oczywiste, charakteru absolutnych ustanowień. Wierzy się, że prawo winno być dostosowywane do zmieniającej się rzeczywistości, którą normy prawa regulują. W epoce średniowiecznej źródłem zmian są napięcia między ideałami a rzeczywistością, transcendencją a immanencją, stabilnością a zmiennością, napięcia i konflikty polityczne oraz społeczne.
7. Nadrzędność prawa wobec władzy. Oznacza to, że władza, która prawo ustanawia, sama jest związana ustanowionym prawem. Jest to aspekt w Średniowieczu kontrowersyjny jeszcze, lecz stopniowo w opiniach prawniczych przeważa idea podporządkowania władzy prawu. Efektem są rządy prawa, a nie ludzi.

Większość wyszczególnionych tu elementów zachodniej tradycji prawnej znanych już było prawu rzymskiemu i, w gruncie rzeczy, Europa średniowieczna podążała szlakiem rzymskim. Należy jednak podkreślić, że właśnie w Średniowieczu (między XII a XV w.), a nie w Rzymie republikańskim czy cesarskim, powstał najważniejszy korpus regulacji gospodarczych, jak prawo o spółkach, prawo zobowiązań, prawo rzeczowe, wekslowe<sup>369</sup>, które następnie umożliwiły rozwój w kierunku nowoczesności.

Główną kwestią rozważaną przez prawników Zachodu w środku Średniowiecza była kwestia związania władzy prawem, które władza ustanawia. Jej rozważanie prowadziło do sformułowania idei rządów prawa (praworządności) tak ważnej w naszych czasach. Schemat rozumowania prawników był z grubsza następujący: prawa jako narzędzia regulujące życie społeczności wydaje kompetentna władza; zasadne jest jednak pytanie: czy władza jest w stanowieniu prawa całkowicie suwerenna i może ustanowić dowolne prawo? Z prawa rzymskiego pozostały dwie zasady sformułowane w okresie późnorzymskim przez wybitnego prawnika

---

<sup>369</sup> H. Berman, *Prawo a rewolucja. Kształtowanie się zachodniej tradycji prawnej*, Warszawa 1995, s. ? (40-50)

Ulpiana (zm. 223), a mianowicie *quod principi placet, legis habet vigorem* czyli wola cesarza ma moc ustawy oraz *princeps legibus solutus est* czyli panujący nie jest związany prawem (*Digesta 1.4.1 i 1.3.31*). Obie utwierdzające autonomię władzy w promulgowaniu prawa, nie miały nigdy posłuchu w świecie chrześcijańskim. Istniała też stara zasada republikańska *lex est quod populus iubet atque constituit*, czyli ustawą jest to co, lud nakazuje i ustanawia, którą cesarstwo podeptało. Ta zasada również była odrzucana, ponieważ ówczesnej opinii obca była myśl o suwerenności ludu. Z powołaniem się na stare werdykty rzymskie, średniowieczni prawnicy poszukiwali, jednak, oparcia przede wszystkim w formule prawa natury definiowanego ówczesnie dość zgodnie jako wywiedzionego z rozumu i sumienia<sup>370</sup>, podobnie zresztą, jak w XVII stuleciu, kiedy prawo natury przywoływano już przeciw rządóm i Kościołowi. Prawnicza myśl Średniowiecza podążała nawet dalej, gdy idzie o wcale nierzadki typ władcy-autokraty łamiącego prawa fundamentalne. Poddani w takim wypadku mieli, uważano, prawo i obowiązek nieposłuszeństwa, co wynikało z przekonania, że prawa fundamentalne są pochodzenia Boskiego, a władcy (królowie, papieże) nie posiadają takiej mocy, aby obalić prawo ustanowione przez Boga, który jest źródłem prawa. W ten sposób pojęcie rządów prawa osadzono na fundamencie religii. Stąd dalej brały początek pierwsze instytucjonalne ograniczenia władzy, jak *Wielka Karta* z 1215 czy *Złota Bulla* z 1222<sup>371</sup>.

Opinia powyższa nie zdobyła sobie uznania natychmiastowo. Bardzo wpływowy autorytet wczesnego Średniowiecza, papież Grzegorz Wielki (590-604), uznał, wychodząc z założenia, że wszelka władza bierze początek od Boga, iż nie tylko czynny opór, ale nawet szmer dezaprobaty wobec złego władcy jest niedopuszczalny<sup>372</sup>. Oddziaływanie świętego stępiło krytykę nadużyć władzy. Zawsze też można było dowodzić, że tyran jest karą za ludzkie grzechy. Jednak w późniejszym czasie przywoływane nieustannie prawo natury umacniało argumentację przeciw nadużyciom władzy. Chętnie odwoływano się, choć w okresie antycznym jeszcze, do republikańskiej myśli Cyncerona, którego obraz prawa naturalnego w *De re publica* mógł uchodzić za zgrabne ujęcie chrześcijańskie<sup>373</sup>. Cynceron odwołujący się do odwiecznego prawa wyższego

---

<sup>370</sup> W zgodzie z ówczesną doktryną prawną wszelkie ustanowienia i zwyczaje niezgodne z prawem natury winny być wycofane.

<sup>371</sup> H. Berman, *Prawo*...s. 354

<sup>372</sup> J. M. Kelly, *Historia*...s. 120

<sup>373</sup> Cynceron, *O państwie*, (przekł. I. Żółtowska), Kęty 1999 ks. III, 22.33, s. 71-72: *Rzeczywiste prawo to zatem prawdziwa roztropność zgodna z naturą, odwieczna i obecna w każdym człowieku, która jest władcym głosem obowiązku i stanowczym ostrzeżeniem przed zbrodnią....Wspomnianego prawa nie godzi się zmienić, zastąpić jego postanowień innymi lub całkiem znieść; senat ani ogół obywateli nie zwolnią nas*

istotnie może uchodzić za bardzo bliskiego myśli chrześcijańskiej nawet wówczas, gdy w uzasadnieniu prawa natury powołuje się na Jowisza Najwyższego.

Prawo do oporu wobec władzy nieprawej i niesprawiedliwej, choć od Boga pochodzącej stało się przedmiotem ostrej debaty w okresie sporu o inwestyturę między papieżem a cesarzem. Wówczas to Manegold von Lautenbach, mnich niemiecki, uznając boskie pochodzenie władzy, uznał zarazem prawo oponentów do kontrakcji mającej na celu detronizację cesarza, ponieważ złamanie umowy z poddanymi, *której wierność obowiązywała obie strony zwalnia ich od obowiązku posłuszeństwa*<sup>374</sup>. Od tego też czasu pogląd Manegolda z Lautenbach jest zdecydowanie przeważający w opinii europejskiej prowadząc do zwycięstwa idei rządów prawa, ponieważ, gdy sama władza przestrzega prawa, potrafi także zapewnić jego przestrzeganie przez innych. W pierwszym systematycznym zbiorze prawa kanonicznego, jakim był *Dekret Gracjana* sformułowana jest teza, że władca winien postępować w zgodzie z ustanowionym przez siebie prawem nie tylko ze względów moralnych, lecz także prawnych, ponieważ ustanowione prawo wiąże ustanawiającego według reguły *patere quam ipse facisti legem* (poddaj się prawu, które ustanowiłeś). Władca może zmienić prawo, lecz nie może go gwałcić<sup>375</sup>. Marsyliusz z Padwy (ok. 1285-1343) idzie dalej i stwierdza otwarcie, że suwerenem w państwie jest lud, który wybiera władcę, kontroluje go i odwołuje, a prawa winny być tworzone przez ciała obywatelskie<sup>376</sup>. Przypuszczać wolno, że na te koncepcje wpływ miały coraz liczniejsze wówczas wzory realnej samorządności w miastach i korporacjach miejskich, jak uniwersytety, cechy, bractwa.

Idea rządów prawa w tradycji europejskiej zmierzała w kierunku wyeliminowania osobistej woli władcy jako czynnika, który może określać porządek w państwie. Oznaczała refutację rządów osobistych, które są zawsze nieprzewidywalne na rzecz rządów prawa stanowiących reguły bezosobowe i z tej racji przewidywalne, ponieważ decyzja władzy może być z grubsza znana, jeśli znane są przepisy, w oparciu o które ją wydano. W różnych krajach europejskich istniała silna opozycja wobec formuły stawiającej władcę, choćby miał on za sobą większość narodu,

---

*z jego przestrzegania.... W Rzymie i Atenach, teraz i w przeszłości to prawo niczym się nie różni; w każdym miejscu po wsze czasy pozostaje bez zmian, wieczne i jedno dla wszystkich, niczym bóg, król i pan wszechrzeczy, który to prawo stworzył, obmyślił i zatwierdził.* Wcześni autorzy chrześcijańscy, jak Laktancjusz, św. Augustyn, Boecjusz powoływali się na ten passus.

<sup>374</sup> Cyt. za: J. M. Kelly, *Historia....*s. 119. W podobnym duchu przeciw władzy tyrańskiej wypowiada się później św. Tomasz w *O władzy*, w: *Dzieła wybrane* (przekł. J. Salij OP), Kęty 1999, s. 236

<sup>375</sup> H. Berman, *Prawo....*s. 178

<sup>376</sup> Marsyliusz z Padwy, *Obrońca Pokoju(Defensor pacis)*, (przekł. W. Seńko), Kęty 2005, I.12.3,5



ponad prawem. Najlepszym zabezpieczeniem przed arbitralnością władzy w tamtym czasie było wmontowanie licznych ograniczeń władzy w akty prawne, jak angielska *Wielka Karta*, która zapewniała m.in., że żaden wolny człowiek nie będzie ścigany bez prawomocnego wyroku. Idea rządów prawa sformułowana została już w środku Średniowiecza. Jednocześnie ówczesna opinia prawnicza poprzez odniesienie do prawa naturalnego zabezpieczała również same akty prawne przed arbitralnością, bo przecież można zapisać np. prawo rozboju. Suwerenność narodu czy rządy większości, idea następnej epoki nie zabezpiecza sama w sobie przed arbitralnym, niesprawiedliwym prawem. Większość może również stanowić prawo odległe od abstrakcyjnej zasady słuszności. Najzgrabniej tę obawę wyraził już dawno temu Cynceron w *De Legibus: Gdyby prawa były stanowione jedynie z woli ogółu lub decyzją przywódców, można by uprawomocnić rozbój, cudzołóstwo, fałszowanie testamentów, o ile większość by to przegłosowała*<sup>377</sup>.

Obecność sformalizowanego prawa w porządku europejskim nie powinna być interpretowana w duchu jego podległości wobec rzeczywistych stosunków władzy politycznej i gospodarczej w taki mniej więcej sposób, że posiadający tytuły władzy i własności stanowią prawo zgodne ze swoimi interesami. Powstającego i kształtującego się wówczas prawa nie da się sprowadzić do funkcji instrumentu władzy czy klasy panującej. Prawo było przywoływane na obronę przed faktycznym stanem rzeczy i przeciw istniejącej strukturze społecznej. Poddany czy niewolnik<sup>378</sup> udawał się do miasta przed panem i tam uzyskiwał wolność w zgodzie z prawem, wasal odwoływał się do sądu królewskiego przed seniorem, duchowny szukał w sądzie kościelnym ochrony przed monarchą, baronowie buntowali się przeciw koronie, monarchowie przeciw papieżom i na odwrót, mieszczanie występowali przeciw władzom miejskim powołując się na statuty. Prawo było przywoływane na obronę heretyków i dysydentów. Wobec licznych i przecinających się osi konfliktów, każda ze stron poszukiwała w prawie oparcia dla swoich roszczeń i obowiązujące prawo mogło tę potrzebę zaspokoić. Prawo przywoływane było także dla ugruntowania wolności osobistej. Dowodzenia jurystów w tamtym czasie dokonują się według mniej więcej następującego schematu: człowiek został stworzony jako wolny, wolność jest mu przyrodzona, należy do jego natury (*prawo natury*), nie jest czymś, co otrzymał od drugiego

---

<sup>377</sup> Cynceron, *O prawach* (przekł. I. Żółtowska), Kęty 1999; I.16.44, s. 115

<sup>378</sup> Rozmiary niewolnictwa w odróżnieniu od poddaństwa w świecie średniowiecznym nie są znane, jednak z czasem z pewnością malały. Słynny spis ludności i katastru *Domesday Book* (1086) ustala liczbę niewolników na 10% ludności Anglii; por. H. Berman, *Prawo...*s. 384

człowieka i co mógłby zbyć. W tej tradycji prawo służy zachowaniu wolności, a wyzwolenie z niewoli jest motywem prawa: prawo wyzwala i łagodzi obyczaje.

Podmiotowe przyporządkowanie rozmaitym jurysdykcjom<sup>379</sup> wywoływało niekończące się spory prawne w sytuacji ówczesnego pluralizmu jurysdykcji, na który składały się sądy kościelne (w tym sąd papieski), sądy królewskie, senioralne (książęce), miejskie, handlowe. Należało się orientować, jaki sąd, w jakiej sprawie zachowuje swoje kompetencje i jaki przepis, do jakiego przypadku ma zastosowanie. Choć generalną zasadą było, że duchowny odpowiada przed sądem kościelnym, mieszkaniec miasta przed sądem miejskim itp., to jednak było mnóstwo wyłączeń w wypadku wielu kategorii spraw. Kler podlegał prawu królewskiemu w sporach majątkowych i pewnych kategoriach przestępstw, mieszkańcy miast podlegali jurysdykcji kościelnej w kwestiach małżeństwa, spraw rodzinnych czy przestępstw sumienia, ale także w wypadku napaści na duchownego, bezczeszczenia miejsc świętych, kazirodztwa czy homoseksualizmu<sup>380</sup>.

Już w Średniowieczu ukształtował się korpus prawa stanowionego oparty na wzorach prawa rzymskiego i jego strukturze formalnej i, przynajmniej częściowo, przeciwstawny prawom zwyczajowym. Kodyfikacja prawa rzymskiego ustanowiła poczucie porządku prawnego (*ordo iuris*), dominujące w następnych stuleciach. Także w Średniowieczu ukształtowała się formuła rządów prawa, a samo prawo dawało różnym grupom społecznym gwarancje obrony swoich roszczeń. Juryści ugruntowali w umysłach Zachodu ideę, że władza winna jednocześnie prawa stanowić i prawom podlegać, a także sama stanowić wzorzec racjonalnego systemu organizacji. Prawo jest ujmowane jako podstawa władzy, ale też jej ograniczenie. Uformowana wówczas tradycja prawna zachowuje swój walor do dziś, choć anglosaska tradycja *common law* zachowuje swoją specyfikę. Zasadnicze zręby powstały, dalsza ewolucja dodaje do tego niewiele poza rozbudową systemów prawnych, ich ujednoczeniem, większą precyzją przepisów itp. Ponadto Reformacja luterańska wyeliminowała dualizm prawa świeckiego i

---

<sup>379</sup> Krzyżowanie się rozmaitych jurysdykcji, które kontrastuje z nowoczesnymi wzorami, nie jest wytworem Średniowiecza. Podobnie było w starożytnym Rzymie, którego dorobek prawnicy przejęli i to pomimo formalnej równości wobec prawa gwarantowanej w okresie rzymskim. Por. J. M. Kelly, *Historia zachodniej teorii prawa*, Kraków 2006 WAM, s. 64

<sup>380</sup> Specjalna jurysdykcja klasztorna sprawowana za pośrednictwem *penitencjałów* ukazuje nadzwyczajną mądrość ówczesnych sterników życia klasztornego przynajmniej w odniesieniu do grzechów mniejszych (*peccata minora*) w odróżnieniu od grzechów głównych (*capitalia crimina*). *Penitencjał* Kolumbana zaleca stosowanie sankcji przez przeciwności. I tak gaduła miał być skazywany na milczenie, żarłok na post, spioch na czuwanie itp. H. Berman, *Prawo...* s. 89

kanonicznego. Uwalniała tym samym prawo od wpływu doktryny teologicznej i bezpośredniego wpływu Kościoła, który staje się instytucją pozaprawną (sekularyzacja prawa). Spośród nowych idei kształtujących instytucje prawne w późniejszym okresie wybija się idea suwerenności ludu (kielkująca już w Średniowieczu) i zasada prawa narodowego.

Formujące się od XI w. prawo wzięło udział w pierwszej wielkiej debacie politycznej świata chrześcijańskiego i wkroczyło w ten sposób w dziedzinę polityki. Juryści okazali się niezbędni obu stronom konfliktu, które potrzebowały legitymizacji i uzasadnienia supremacji.

## **Reforma kościelna w XI w.**

Odrodzenie prawa rzymskiego w Europie zostało poprzedzone przez wielką reformę Kościoła w XI w., której znaczenie dla przyszłego biegu spraw było znacznie większe niż się na ogół przypuszcza<sup>381</sup>. Oba procesy splatały się przyczyniając się do wejścia prawa w dziedzinę polityki i wykorzystania prawników przez obie ówczesne potęgi, papieństwo i cesarstwo, gdyż obie potrzebowały legitymizacji swej władzy. Właśnie wtedy następuje „jurydyzacja kultury” jako konsekwencja rewolucji papieskiej.

Powody reformy kościelnej stają się jasne, gdy zarysować położenie Kościoła (i państwa) w okresie przed reformą, w tzw. „wiekach ciemnych”. Papieństwo było wówczas słabe, a sam papież figurą zależną od rzymskiej arystokracji<sup>382</sup> bądź cesarza rzymskiego narodu niemieckiego podczas jego wypraw za Alpy<sup>383</sup>. Morale duchownych w państwach świeckich nie stało wcale wyżej, a praktyki takie, jak symonia, nepotyzm są bardzo dobrze znane z okresu sprzed reformy. Biskupi i opaci byli zależni od władcy świeckiego, a nie od głowy Kościoła. Od czasów Karola Wielkiego władca świecki był ponadto wyposażony w funkcje sakralne, uchodził za namiestnika Chrystusa i ten sakralny wymiar władzy pozwalał na odbieranie hołdów od podporządkowanych duchownych. W Niemczech powstały

---

<sup>381</sup> H. Berman, *Prawo a rewolucja. Kształtowanie się zachodniej tradycji prawnej*, Warszawa 1995 określa to zdarzenie mianem rewolucji papieskiej o konsekwencjach nie mniejszych niż Rewolucja Francuska czy Rosyjska dla swoich epok.

<sup>382</sup> Na pocz. X w. do lat 30' na wybór papieży największy miały kurtyzany z potężnego rodu Teofilakta, a dwudziestoletni papież Jan XI (931-936) był synem jednej z nich. Okres ten określono niechlubną nazwą pornokracji. 20-letni papież Benedykt IX (1032-1048) nie był w ogóle wyświęcony, a piastowany urząd przehandlował następcy Grzegorzowi VI (1045-1046). Por. J. N. D. Kelly, *Encyklopedia papieży*, Warszawa 2006 PIW, s. 167-173 i 199-203.

<sup>383</sup> Niektórzy papieże byli nikim więcej, jak kapelanami cesarza, a papieństwo cesarskim biskupstwem. W XI w. cesarze z Niemiec usunęli trzech papieży z urzędu.

biskupie księstwa duchowne na wzór papieskiego państwa kościelnego. Monarchowie uważali tedy biskupów za swych lenników; obsadzali biskupstwa i nadawali biskupom oznaki władzy: pierścień, pastorał (symbolizujące troskę o dusze) i berło (symbol władzy lennej). Biskupi stanowili ostoję ustroju państwowego, zwłaszcza na terytorium cesarstwa. Nie była wówczas jeszcze wypracowana struktura prawna Kościoła przeciwstawna państwu. Kościół był wyłącznie *ecclesia, populus christianus* rządzony przez świeckich i kościelnych władców. Kościół był zdecentralizowany pod kontrolą lokalnych władców świeckich.

Już wtedy jednak dojrzała odnowa Kościoła zainicjowana przez potężne opactwo w Cluny (Burgundia; zał. 910), a właściwie korporację klasztorów (jak byśmy dziś powiedzieli, klasztorny holding), zważywszy, że opactwu podlegało ok. 1000 klasztorów. Z tej racji był to masowy ruch posiadający swoich przedstawicieli w Stolicy Apostolskiej, a wśród nich również przyszłych papieży. W ogólności ważniejsze stanowiska w Rzymie są wówczas piastowane przez benedyktynów, którzy najpierw zcentralizowali i zreformowali swoją kongregację, by następnie przejść do reformy Kościoła jako całości. Już podczas pontyfikatu Leona IX (1049-1054) rozpoczęła się walka, inspirowana przez Hildebranda z kręgów kluniackich, późniejszego papieża Grzegorza VII, pod hasłem *wolności Kościoła*, czyli wolności od świeckiej kontroli. Metodą były pamflety partii papieskiej w skali, którą określa się *pierwszą wielką kampanią propagandową w historii*<sup>384</sup>. Synod laterański (1059) za pontyfikatu Mikołaja II (1058-1061) przepchnął pierwsze reformy w Kościele: wybór papieża przez kolegium kardynałów, przepisy zakazujące małżeństw i konkubinatu duchownych oraz całkowity zakaz świeckiej inwestytury<sup>385</sup>.

Grzegorz VII (1073-1085) nadał hasłu *wolności dla Kościoła* niespotykany impet ogłaszając papieskie zwierzchnictwo nad całym chrześcijaństwem i zwierzchnictwo prawne kleru nad władzami świeckimi. W krótkim dokumencie *Dictatus Papae* (27 artykułów) papież oznajmia, że, jako, iż jego władza od samego Boga pochodzi, może detronizować cesarzy, a wszyscy biskupi mają być mianowani przez papieża i jemu, a nie władcy świeckiemu, podporządkowani. W tym, chyba najbardziej buńczucznym oznajmieniu papieskim w historii, które spotkało się, zresztą, z nie mniej ostrą reakcją oficjalną cesarza i biskupów Niemiec, papież domaga się nawet całowania własnych stóp przez władców

---

<sup>384</sup> H. Berman, *Prawo...* s. 120

<sup>385</sup> J. N. D. Kelly, *Encyklopedia papieży*, s. 212

świeckich<sup>386</sup>. *Dyktaty* oznajmiają, że papież ma zawsze rację i jako taki ma prawo osądzać, kto jest godzien sprawowania władzy, a kto nie<sup>387</sup>. Automatycznie staje się świętym jako następca św. Piotra już przez sam fakt wyboru zgodnego z prawem kanonicznym.

Gdyby *Dictatus Papae* został zaakceptowany przez ówczesny świat, mielibyśmy do czynienia z największą i chyba najdalej posuniętą teokracją świata. Papież pozostałby *jedynym mieczem chrześcijaństwa* mając wszystkie miecze na swoje usługi. Pełniąc niepodzielne rządy w Kościele, papież miałby nadto sądzić i poskramiać wszelkie wybryki czy nadużycia władzy świeckiej. Stojąc ponad monarchiami i narodami, jednoczyłby całe chrześcijaństwo w jedną rodzinę Bożą. W ten sposób uwierzytelniłby się ideał porządku Bożego na ziemi, nad którym w roli namiestnika Chrystusowego czuwa wyłącznie papież. Świat łaciński nie zaakceptował tych roszczeń. Wojna między pretensjami papieżstwa i cesarstwa trwała jeszcze pół wieku po Grzegorz VII i skończyła się umową w Wormacji (1122)<sup>388</sup>. Jakkolwiek papieżstwo musiało zrezygnować ze swoich ambicji panowania nad światem, to jednak konkordat w Wormacji umacniał znacznie pozycję Kościoła w porównaniu z tą, jaką miał przed reformą. Od tej pory biskupów wybierały kapituły (kolegia kanoników diecezjalnych) w obecności delegata władzy świeckiej. Papież nadawał wybranemu wraz z wyświęceniem pierścień i pastorał jako oznaki władzy duchownej. Następnie składał biskup hołd cesarzowi i otrzymywał od niego berło jako znak lennej władzy świeckiej, związanej z biskupstwem.

Następstwa reformy papieskiej dla pozycji Kościoła były znacznie poważniejsze niż głosiły zapisy z Wormacji. Władcy świeccy (tym samym państwo świeckie) zostali zdesakralizowani, tylko papież mógł uchodzić za namiestnika Chrystusa. Przyjęto jako regułę, że jako nie wyświęcony, władca świecki nie może nadawać urzędów w Kościele. Od reformy papież stał się faktyczną głową Kościoła i rządził całym Kościołem. Stał się powszechnym prawodawcą w kwestiach

---

<sup>386</sup> Takie wypadki miały miejsce. W Wenecji w r. 1177 cesarz Fryderyk I Barbarossa po przegranej wojnie z miastami lombardzkimi, które popierał Aleksander III, trzymał publicznie strzemię papieżowi i całował jego stopy.

<sup>387</sup> W liście do Wilhelma Zdobywcy pisze Grzegorz VII: *Jeśli ja, zatem, odpowiadać mam za ciebie w dniu Sądu Ostatecznego przed Sędzią Najwyższym, który klamać nie może....to czyż nie powinieneś bez wszelkiej zwłoki okazywać mi posłuszeństwa, tak abys mógł zachować ziemie twe i trzodę.* H. Berman, *Prawo...*s.148

<sup>388</sup> W trakcie tej konfrontacji papież Paschalis II (1099-1118) wystąpił z innowacyjną propozycją, aby cesarze pozostawili sprawę inwestytury Kościołowi w zamian za zrzeczenie się przez duchownych prawa do majątków doczesnych. Kiedy ta propozycja wyszła na jaw, utracili ją biskupi niemieccy, którym życie bez wygód doczesnych wydało się nie do zniesienia.

duchowych i powiązanych z duchowymi (małżeństwo, dziedziczenie), a jego władzę ograniczało jedynie prawo natury i prawo Boże. Akty prawne papieża, *dekretały*, stały się podstawą prawa kanonicznego. Papież interpretował prawo, sądził, administrował, rozstrzygał spory. W pewnych kwestiach podlegał mu cały świat chrześcijański. W dwadzieścia lat po *Dyktatach* papież Urban II (1088-1099), kluniaczek, wezwał świat chrześcijański do krucjaty w obronie zagrożonych przez saracenów świętych miejsc chrześcijaństwa i uzyskał odzew większy niż się spodziewał, zwłaszcza, że na synodzie w Clermont-Ferrand (1095), gdzie apel wygłaszał towarzyszyło mu niewielu słuchaczy. Papieska idea krucjat integrowała świat chrześcijański, był to okres gwałtownego nasilenia wiary, która ówczesnie żyjących motywowała do największych poświęceń w obronie ideałów chrześcijańskich.

Intencjonalnym zadaniem rewolucji papieskiej była reforma Kościoła i stworzenie podstaw jego siły. Wynikiem rewolucji był Kościół jako organizm państwowy, państwo obok innych państw, ale o szczególnym posłannictwie, które ponadto najszybciej spośród istniejących państw budowało swoje podstawy prawne. Zgodnie z wypracowaną doktryną prawną papież cieszył się najwyższym autorytetem (*plenitudo auctoritatis*) i miał pełnię władzy (*plenitudo potestatis*). Istnienie potężnego Kościoła nieuchronnie nasuwało pytania w rodzaju: czy Kościół jest organizacją wewnętrzną państwa, czy państwo organizacją wewnętrzną Kościoła? Od czasu reformy (rewolucji) Kościół przechodził swoje wzloty (zwłaszcza na pocz. XIII w. za pontyfikatu Innocentego III), jak też upadki (niewola awiniońska na pocz. XIV w.), jednak ujawniły się również niezamierzone konsekwencje tego procesu. Istotą rewolucji papieskiej było pozbawienie państwa świeckiego funkcji sakralnych, religijnych, które posiadało państwo karolińskie i następne twory państwowe (*święte prawa królów*). Bieg wypadków w państwach świeckich pozbawionych wymiaru sakralnego prowadził ku zbudowaniu prawnych podstaw z pominięciem podstaw religijnych. Państwo świeckie uzyskało ze strony Kościoła bodziec ku sekularyzacji, stawało się stopniowo państwem nowożytnym, czyli opartym na konstrukcji prawnej, a nie na podstawie religijnej. W ten sposób następowało wyzwalamie się od chrześcijaństwa i jego zasad. Rozwijające się wówczas prawodawstwo okazało się użytecznym narzędziem w budowie państwa nowożytnego, którego ewolucja zaczęła się w środku Średniowiecza. Monarchowie zaczęli systematycznie stanowić prawa i uzasadniać swą legislację nie jako spisywanie starych zwyczajów, lecz jako normalną procedurę, w której uczestniczyła rada złożona z zawodowych prawników.

W wyniku rewolucji papieskiej udało się uwolnić kler spod kontroli władzy świeckiej, a Kościół wyodrębnić ze społeczności świeckich. Ubocznym efektem było uwolnienie państwa spod kontroli Kościoła. Pokłosie rewolucji papieskiej jest jednak znacznie pojemniejsze, na co złożył się wielo-nurtowy ruch reformy. Przede wszystkim okazywało się, że Kościół jest zdolny do zmiany i reformy w odróżnieniu od Kościoła bizantyjskiego, który definiował się jako instytucja raz na zawsze dana i niewymagająca reform<sup>389</sup>. Do Kościoła zachodniego pasuje w tym czasie określenie ukute później przez Kalwina: *Ecclesia semper reformanda*. W Kościele i, w ogóle, w społeczeństwie ówczesnym następuje kumulacja osiągnięć, a zmiany są dostrzegalne. Spór oznacza punkt zwrotny w historii kultury zachodniej, ponieważ stał się dla ówczesnego czasu przedmiotem namysłu nad zasadami, na których miała się opierać cała społeczność chrześcijańska. Na zdefiniowane zasady zaczęto się odtąd powoływać w celu zachowania bądź zmiany istniejącego porządku.

Powstaje wówczas prawo kanoniczne, pierwsza dziedzina prawa wyrosła z prawa rzymskiego. Wysiłkiem mnicha włoskiego Gracjana powstaje pierwsza synteza dorobku prawnego Kościoła, tzw. *Dekret Gracjana* (1140) lub *Concordia discordantium canonum* (uzgodnienie niezgodnych kanonów) oparty na systematyzacjach prawa rzymskiego. Waga *Dekretu Gracjana* polega przede wszystkim na pracy porządkującej i usuwaniu sprzeczności według generalnej zasady: w przypadku sprzeczności zwyczaj ustępuje ustanowieniu (kościelnemu), ustanowienie ustępuje prawu natury, a prawo natury prawu Bożemu. Osiągnięciem Gracjana i, w ogólności, kanonistów było odrzucenie prawa zwyczajowego, które nie zostało ustanowione przez władców, lecz praktycznie uznawane przez związane z nim wspólnoty. Prawo kanoniczne prowadziło do wyplenienia zwyczajów niezgodnych z rozumem i sumieniem, czyli, inaczej, z prawem naturalnym. *Dekret* został opracowany według najlepszych wzorów metody scholastycznej: *questio* → *prepositio* → *oppositio* → *solutio* (*conclusio*).. Łącznie zagadnienia rozważane stanowiły *questiones disputate* i tak też były rozważane na fakultetach prawa ówczesnych uniwersytetów. Później *Dekret* został włączony wraz dekretami papieskimi do *Corpus Iuris Canonici* (1580). Prawo kanoniczne jako pierwsza dziedzina prawa oparta na nowych (choć raczej starych, bo rzymskich) wzorach przecierało szlaki nowych uregulowań prawnych. Prawodawstwo kościelne było ówczesnie zwiastunem nowych czasów, a dualizm

---

<sup>389</sup> Nawet architektura czy sztuka sakralna w Kościele bizantyjskim nie notuje w okresie Średniowiecza praktycznie żadnych zmian czy ewolucji stylów tworzenia.

prawodawstwa kościelnego i świeckiego jest wyróżniającą i wyłączną cechą kultury Zachodu.

Kościół dążąc do własnej wolności wobec władz świeckich znalazł sojusznika w postaci rodzących się wówczas społeczności miejskich. Wolność dla Kościoła łączyła się z wolnością dla miast. Miasta w Pikardii, Flandrii i pñ. Italii buntowały się przeciw miejscowym biskupom w następstwie ogłoszenia *Dictatus Papae*. Nowe prądy w Europie wzajemnie się wspierały. Co więcej, także chłopstwo zostało, choć z opóźnieniem, również opanowane przez ducha wolności, która wówczas uchodziła za szeroko podzielany ideał i wartość. W XIV w. królowie francuscy Ludwik X i Filip V Wysoki dopełnili aktu uwłaszczenia chłopów na ziemiach królewskich formułując ten akt w duchu całkiem nowoczesnym: *Zgodnie z prawem natury każdy rodzi się wolny, jednakże na mocy dawnych zwyczajów, jakie zachowały się w naszym królestwie ...część naszego ludu popadła w niewolę*<sup>390</sup>. Różne ruchy zmierzające do wolności organicznie się uzupełniają. Walka z dawnymi zwyczajami w imię prawdy czy prawa natury była hasłem jednoczącym wszystkie siły społeczne przeciwstawiające się porządkowi feudalnemu opartemu na dawnych zwyczajach. Grzegorz VII powtarzał wówczas maksymę Tertuliana: *Chrystus rzekł „Jestem prawdą”, a nie „Jestem zwyczajem”*<sup>391</sup>. Rozwijane wówczas prawo rzymskie także przeciwstawia się zwyczajom w imię prawa stanowionego.

Wreszcie, przemiany wynikające z nowych ujęć prawnych i teologicznych. Anzelm z Canterbury (1033-1109), aktywny uczestnik rewolucji papieskiej przyczynił się w największym stopniu do zmiany ówczesnych mniemań o miejscu człowieka w świecie stworzonym przez Boga. Dotychczasowy pesymistyczny obraz życia doczesnego, które musi zmierzać do upadku aż do dnia Sądu, św. Anzelm zastępował obrazem bardziej optymistycznym podszytym wiarą w zbawienne skutki reformowania świata. Do jego czasu odróżniano ściśle, za św. Augustynem, świat doczesny jako *civitas terrena* i świat jako wspólnotę świętych w niebie (*civitas Dei*). Anzelm wprowadza do tej konstrukcji element ewolucyjny ukazując drogę nieszczęśników na ziemi ku odkupieniu. W ten sposób świat doczesny przestaje być wyłącznie miejscem wygnania, a staje się miejscem, w którym możliwe jest odnowienie i naprawa. Nowa doktryna odkupienia

---

<sup>390</sup> H. Berman, *Prawo...*s. 394

<sup>391</sup> Grzegorz VII: *Pan mówi: Jam jest Prawdą i Życiem. Nie mówi: Jam jest zwyczajem, lecz Jam jest Prawdą (...non dixit ego sum consuetudo, sed Veritas)*. Por. Ch. Dawson, *Religia i powstanie kultury zachodniej*, Warszawa 1958 PAX, s. 174-175



powiadamia, że ludzie stanowią wspólnotę grzeszników na ziemi, grzeszników, którzy, jednak, mogą się doskonalić. Ta doktryna ma konsekwencje prawne: wszyscy jesteśmy grzesznikami, a niektórzy z nas są także przestępcami. Istnieje oczywiście różnica między grzesznikiem a przestępcą, ale nie jest to przepaść między świętym a przestępcą. Istnieje moralna równość wszystkich uczestników postępowania karnego. Anzelmowskie podejście i jego zastosowanie w prawie karnym nadaje przestępcy pewną godność jako osobie ludzkiej. Wpływa to na obyczaje wymiaru sprawiedliwości: kat klękał przed skazanym prosząc go o wybaczenie czynu, którego zaraz dokona. Oczywiście w tamtych czasach grzechy były ścigane również z mocy prawa, nad którym jurysdykcję sprawował Kościół, gdy jurysdykcję nad przestępstwami sprawowały władze świeckie. Można dowodzić, że społeczeństwo zdolne skazywać na karę śmierci za zbrodnię herezji, okazywało więcej troski dla dobra dusz i miało wyższe pojęcie o godności człowieka<sup>392</sup>.

Najważniejsze konsekwencje rewolucji papieskiej są natury cywilizacyjnej i sprowadzają się do powstania dualnego świata, w którym autorytety duchowe i świeckie są trwale rozdzielone i nie ma żadnego prymatu jednego nad drugim. Pomiędzy oboma ośrodkami wpływu istnieje stan chwiejnej równowagi, zakłócanej w toku nieustannej konfrontacji<sup>393</sup>. We wcześniejszej historii świata miały miejsce teokracje, jak również porządki, w których sfera sakralna i duchowa była w pełni podporządkowana władzy politycznej. Istniał tym samym jeden tylko ośrodek władzy i wpływu. W wyniku rewolucji papieskiej świat łaciński wkroczył na oryginalną drogę, nigdzie wcześniej nieprzetartą. Z powyżej wyłuszczonej powódź nie był to świat stabilny, był jednak podatny, a nawet skazany na zmiany i ewolucję. Kościół obronił swoją wolność w konfrontacji z władzą świecką i stał się potężnym ośrodkiem wpływów w ówczesnym świecie, nie redukowanych wyłącznie do sfery duchowej. Z drugiej strony, nie udało mu się ustanowić teokracji, która zapewne uniemożliwiłaby marsz cywilizacyjny. Niestabilny, dualny układ powodował konflikty, ale, właśnie, dlatego okazał się w największym stopniu przyjazny dla rozwoju cywilizacji. Prawodawstwo i prawnicy znaleźli w tym układzie znakomite i poszerzające się pole działania. Św. Ivo Helory z Bretanii (1253-1303), patron prawników (podobno jako jedyny prawnik św. Ivo nie brał łapówek) miał i ma ogromne poważanie w tej profesji.

---

<sup>392</sup> J. Maritain, *Religia i kultura*, Warszawa 2007 Fronda, s. 128

<sup>393</sup> Sto lat po rewolucji papieskiej Henryk II Plantagenet usiłował zmusić duchowieństwo angielskie do uległości, by rządzić Kościołem w swoim kraju (konstytucje z Clarendon 1164). Co prawda główny oponent, arcybiskup Canterbury Tomasz Becket został na rozkaz króla zamordowany, ale obudzone wzburzenie społeczne nie pozwoliło Henrykowi na realizację planów.

Świat Europy łacińskiej w Średniowieczu z ośrodkami wpływu umieszczonymi w Kościele i władzy świeckiej był niewątpliwie zdominowany przez tradycyjny model myślenia. Szacunek dla tradycji, jej świętość, zdają się nie ulegać wątpliwości. W tamtym czasie wszystkie obszary kulturowe były do głębi przesiąknięte tradycją i raczej wrogie wobec nowinek. Jednak tradycja tradycji nierówna. W tradycjonalistycznym świecie od XI w. następuje ciągły wzrost i rozwój: powstają uniwersytety, mennice, rządy miejskie, następują zmiany prawne, rozwijają się różne postacie sądownictwa, zmienia się pozycja Kościoła i państwa; jednym słowem ma miejsce rozwój z zachowaniem ciągłości i przywiązaniem do tradycji (ta będzie atakowana dopiero od XVIII stulecia), następuje powolna kumulacja osiągnięć. Problem w tym, że *rozwój* czy *wzrost*, podobnie jak *rozkład* wymykają się naoczności zmysłowej. To, co postrzegamy, to wyłącznie zmiany, w których obrębie nowe formy współistnieją z formami poprzedzającymi<sup>394</sup>. Już w europejskim Średniowieczu mają miejsce innowacje, które następnie obalą stare tradycje, umożliwią modernizację i zmienią trwale sposób myślenia ludzi.

---

<sup>394</sup> R. Nisbet, *Social Change and History*, N. York 1969