

DISPUTARE NECESSE EST

HANS HATTENHAUER, MACIEJ JOŃCA

Christian Albrechts Universität zu Kiel, Katolicki Uniwersytet Lubelski

PRAWO JEST WSZĘDZIE

Maciej Jońca: Zawsze powtarza Pan: „Europa, to łacińska Europa”. Naprawdę wciąż tak jest?

Hans Hattenhauer¹: Tak, można to zaobserwować na przykładzie Grecji (śmiejch). To nie są łacinnicy. Pierwszy naprawdę poważny kryzys w zjednoczonej Europie powstał przez Greków.

¹ Hans Hattenhauer (ur. 08.09.1931) – historyk prawa, emerytowany profesor Christian Albrechts Universität zu Kiel. Wieloletni kierownik tamtejszej Katedry Historii Prawa Niemieckiego i Europejskiego, Prawa Cywilnego oraz Prawa Handlowego (*Lehrstuhl für Deutsche und Europäische Rechtsgeschichte, Bürgerliches Recht und Handelsrecht*). W latach 1974-1975 rektor. Kawaler orderu Legii Honorowej (2003). Autor licznych prac z zakresu historii prawa niemieckiego i europejskiego; między innymi: *Die Aufnahme der Normanen in das westfrankische Reich*, Göttingen 1990, *Geschichte des deutschen Beamtenums*, Köln 1993 (2 wyd.), *Allgemeines Recht für preußischen Staaten*, Berlin-Neuwied 1996 (3 wyd.), *Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften*, München 2002 (2 wyd.), *Europäische Rechtsgeschichte*, Heidelberg 2004 (4 wyd.), *Sigillum Facultatis Juridicae. Siegel juristischer Fakultäten im deutschen Sprachraum*, Heidelberg 2005, *Deutsche Nationalsymbole. Geschichte und Bedeutung*, München 2006 (4 wyd.), *Textbuch zur Privatrechtsgeschichte der Neuzeit mit Übersetzungen*, München 2008 (2 wyd.). Obecnie mieszka i pracuje w Speyer (Nadrenia-Palatynat). Wszystkie przypisy – Maciej Jońca.

MJ: Oni jednakowoż uważają właśnie siebie za twórców europejskiej kultury.

HH: Ewangelia przyszła do nas z Rzymu, a nie przez kościół prawosławny. Między kościołem wschodnim i zachodnim istnieje zasadnicza różnica. Tak samo fundamentalna różnica obowiązuje w prawie.

MJ: W Polsce od jakiegoś czasu obserwuje się poważny kryzys języków klasycznych. Nie mówię o grece, której nie zna prawie nikt. Coraz mniej osób rozumie jednak również język Cycerona. Czy w takich warunkach Europa może być jeszcze łacińska?

HH: Europa żyje tym dziedzictwem. Kiedy ma się świadomość, że około osiemdziesięciu procent angielskiego słownictwa pochodzi z łaciny, kiedy przyjrzymy się językowi francuskiemu, włoskiemu czy też terminom obcym w niemieckim, ale i w polskim, wtedy jasno widać, że to nasze dziedzictwo. Nie uczymy się już łaciny, ale uczymy się na łacińskim fundamencie. Przy tym należy zdawać sobie sprawę, że w Niemczech łacina znów staje się popularna wśród młodych ludzi. Greka nie, ale łacina tak.

MJ: Ale co to ma właściwie wspólnego z prawem?

HH: To, że Kościół Zachodni przechował prawne dziedzictwo wynikające z Ewangelii. Jezus powiedział: „oddajcie cesarzowi, co cesarza, a Bogu, co Boga”. Idea ta powtórzona została przez Pawła w liście do Rzymian. To znaczy, że prawo ma dwa uznane źródła: wolę Boga oraz wolę człowieka – ziemskiego ustawodawcy. Oba podmioty upoważnione są do tego, by tworzyć prawo; każde w oparciu o własny punkt widzenia. I to jest absolutnie nieorientalne. To zachodnie, chrześcijańskie, rzymskie. Ten dualizm źródeł prawa wpłynął na postać i strukturę całego naszego prawa. Sytuacja taka panuje jedynie w łacińskiej Europie. Proszę udać się do Rosji – oni tam mają zupełnie inną koncepcję prawa, która wywodzi się z tradycji kościoła prawosławnego. Tymczasem prawosławne ujęcie prawa skupia się na tym, że władca jest przedstawicielem Boga na ziemi. Tak było z cesarzem w Bizancjum, a w epoce komunistycznej ze Stalinem. Stalin nie byłby możliwy bez dziedzictwa polegającego na pojmowaniu prawa w sposób orientalny.

MJ: Francuski historyk, Paul Veyne, twierdzi, że chrześcijaństwo jest zakorzenione w Europie, samo w sobie nie stanowi jednak jej korzeni².

HH: O, tak nie można! Chrześcijaństwo jest fundamentalnym źródłem europejskiej kultury prawnej! Jak już powiedziałem, ten dualizm dwu źródeł prawa, prawo boże z jednej i prawo ludzkie z drugiej strony – przecież to wywodzi się z Ewangelii! Inny przykład: chociaż przejęliśmy rzymskie instytucje prawne, to jednak nie niewolnictwo. U nas szybko niewolnictwo przekształciło się w zupełnie inną instytucję prawną. Powstała grupa społeczna, której członkowie byli osobami i posiadali pewne prawa – poddani (die Hörigen). Podobnie nie ma już rzymskiego pojęcia osoby, jest za to chrześcijańsko-rzymskie pojęcie, które wprawdzie sięga antyku, ale prezentuje zupełnie nową koncepcję³. Kto przeczy, że Ewangelia, która przez dwa tysiące lat kształtowała nasze prawo, nie jest jego źródłem, ten nie ma bladego pojęcia, o czym mówi.

MJ: Urodził się Pan na Pomorzu. Jakie wspomnienia zachował Pan z czasów swojego dzieciństwa?

HH: To był nasz raj. Byliśmy szczęśliwi w naszej wsi – to była mała wioska. Mój ojciec był tam pastorem w jednej z gmin baptystów. Kochaliśmy ludzi. Pomorze w niepojęty sposób było naszą małą ojczyzną.

MJ: Zdarza się, że polskie media donoszą o politycznych deklaracjach, z których dowiadujemy się, że Niemcy przyjdą na Śląsk lub Pomorze i odbiorą Polakom ziemię. Dlatego musimy się bronić. Co Pan na to?

HH: (śmiech) To głupota. Dlaczego Niemcy mieliby tego chcieć? Mamy kurcząca się populację, która nie jest w stanie zaludnić tego [tj. Niemiec – MJ] kraju. Jak mamy więc opuścić Niemcy i zasiedlić Polskę, a potem dalsze państwa, jak Czechy, Estonię itd.? To

² P. VEYNE, *Początki chrześcijańskiego świata (312–394)*, przeł. Ł. KANIA, Warszawa 2009, s. 152, 162.

³ Por. H. HATTENHAUER, 'Persona und personae acceptio'. *Christlicher Beitrag zur römischen Personenlehre*, [w:] 'Ars Iuris'. *Festschrift für Okko Behrends zum 70. Geburtstag*, red. C. MÖLLER, Göttingen 2009, s. 193-215.

piękne kraje i kiedyś byli tam Niemcy, ale to zupełnie inna sprawa. Ale tych polskich lęków nie jestem w stanie zrozumieć. Są skrajnie nierealistyczne.

MJ: W jaki sposób zetknął się Pan bliżej z historią prawa?

HH: Przez mądrego profesora. Na uniwersytecie znalazłem jednego, o którym myślałem: „O, ten ma rzeczywiście coś do powiedzenia!”. To był właśnie historyk prawa. Studiując trafiłem na wielu próżnych ludzi, którzy nie mieli nic do powiedzenia. Wielu, na widok których myślałem: „Nie, jeżeli masz być takim profesorem, to już lepiej nie bądź nim wcale”. Wszyscy oni byli zbyt puści. Potem jednak spotkałem tego człowieka i on otworzył mi oczy na świat historii prawa.

MJ: Jak nazywał się ten profesor?

HH: Obecnie nie zna go prawie nikt. Krawinkel⁴. Napisał tylko dwie cieniutkie książki. Obie niesamowicie mądre. Potem nic nie publikował. Z tej strony był zatem kimś, kogo dziś określamy mianem lenia, ale podczas wykładów zachwycał.

MJ: Jak ocenia Pan dzisiejszy stan historyczno-prawnych dyscyplin w Niemczech?

HH: Mamy naturalnie coś na kształt kryzysu, gdyż koledzy po fachu na wydziałach prawa, również historycy prawa, coraz mniej wiedzą lub prawie nic nie wiedzą. W tych warunkach trudno utrzymać historię prawa na przyzwoitym poziomie. Tymczasem my wciąż musimy udowadniać, że nasza dyscyplina jest ważna. Inne dyscypliny prawnicze nie muszą. Nikomu do głowy nie przyjdzie, by dowodzić, że prawo międzynarodowe jest potrzebne. O czymś podobnym nie pomyślą również cywiliści w odniesieniu do prawa cywilnego. Ale na historyku prawa bezustannie spoczywa ciężar dowodu. Jeżeli jest zbyt słaby i nie nadaża, szkodzi naszej dyscyplinie. Znam katedry historii prawa, które zostały zlikwidowane tylko z tego powodu, że ich ówcześni

⁴ Hermann Krawinkel (1895-1975) – niemiecki prawnik, cywilista i historyk prawa. W latach 1952-1963 wykładał historię prawa w Philipps-Universität Marburg. Tam zetknął się z nim młody Hans Hattenhauer, który w Marburgu studiował prawo w latach 1952-1955. Dalsze uwagi por. H. HATTENHAUER, † *Hermann Krawinkel (1895-1975)*, «Zeitschrift für Rechtsgeschichte» 94/1977, s. 441-447.

kierownicy nie byli wystarczająco wykwalifikowani i pilni; nie byli produktywni.

MJ: Od czasu do czasu słyszy się głosy, że powinniśmy dać sobie spokój z historią prawa i zająć się raczej komparatystyką prawniczą, co ma otworzyć oczy studentom i poszerzyć ich horyzonty. Cały ten historyczny balast, twierdzą, jest zbyt ciężki i niepotrzebny.

HH: Jak więc chcą porównywać prawo angielskie i niemieckie bez znajomości historii Anglii i Niemiec, i bez świadomości, że współczesne systemy wyrastają z historii? Jak chcą robić to samo z krajami Południowej Ameryki, które mają zupełnie inne historyczne tło niż my i zostały ukształtowane przez swoją przeszłość? Wszystkie porządki prawne zostały uformowane przez historię. Kto tego nie wie, nie wie również dokąd zmierza. Kto nie zna własnej przeszłości, nie wie również nic o tym, co go czeka. Tylko ten, kto ją zna, może planować przyszłość.

MJ: Luźno nawiązując do tego, co Pan powiedział, absolwent prawa, który rozpoczyna swoją przygodę z historią prawa najczęściej nie wie co go czeka.

HH: Naturalnie, ale tak samo jest z innymi naukami. Człowiek rozpoczyna i nie wie na co się natknie. Dzieje się tak nie tylko z historią prawa. Identycznie jest z prawem jako takim. Proszę zwrócić uwagę, że na pierwszych semestrach prawa naucza się jedynie faktów. Nie zwraca się uwagi na związki, okoliczności, tło itd. W efekcie, zanim pojmie się, o co w tym chodzi, mogą minąć lata. Również w historii prawa człowiek zaczyna rozumieć pewne rzeczy, kiedy jest na końcu drogi. Kiedy zaczynamy, cieszymy się z jakiegoś faktu. Fakt ten wystąpi jednak z innego, co pociąga za sobą dalsze poszukiwania.

MJ: Co by pan poradził takiemu początkującemu biedakowi?

HH: Poradziłbym mu: „Weź sobie jakiś mały temat, nie za duży. Następnie znajdź profesora, który da ci go na seminarium. Pierwszy krok jest najważniejszy, a miej świadomość, że jeden krok na początek wystarczy. Potem zainteresowanie przedmiotem wzrasta. Przedstaw wyniki swoich badań na seminarium. Postaraj się przedstawić, co rozumiałeś, co udało ci się wyjaśnić, ale również zwróć uwagę na to, cze-

go nie rozumiesz. Zobaczysz, im dłużej będziesz się zajmował swoim tematem, tym będzie się stawał ciekawszy. Po latach będziesz mógł powiedzieć to samo, co ja teraz: jestem szczęśliwy, gdyż z hobby uczyniłem sobie zawód”. Czegóż chcesz więcej?

MJ: Prawie całe swe zawodowe życie związał Pan z Kilonią. Co szczególnego ma to miejsce, że zdecydował się Pan zostać w nim tak długo?

HH: Biblioteka – to najważniejsze. Nie wspominając o ludziach z północy, których bardzo lubię, gdyż są przyjaźni, szczerzy i otwarci. W Kilonii mogłem w spokoju pracować i miałem do dyspozycji materiały, które dla historyka prawa były idealne.

MJ: Wikipedia nie jest być może najbardziej wiarygodnym źródłem, ale wyjątkowo się do niego odwołam. W Pana internetowym biogramie można przeczytać, że jako rektor uniwersytetu w Kilonii był pan przeciwnikiem „Ruchu 68”⁵.

HH: To akurat prawda.

MJ: Dlaczego?

HH: Ponieważ członkowie „Ruchu 68” wystąpili z zamiarem zniszczenia wszystkiego, co stare, a nie byli w stanie powiedzieć, co proponują w zamian. Mówili jedynie: „To wszystko trzeba znieść! Wszystkie dawne tradycje!”. A kiedy pytano, co będzie potem, odpowiadali: „Coś tam się znajdzie”. Nie można być aż tak głupim, a oni nie byli wystarczająco sprawni intelektualnie. To był ruch quasi-religijny. Nazywa się ich „ruchem przebudzenia” czy też „ruchem *revival*”. Wiązało się to z ich oczekiwaniami wobec społeczeństwa. Oczekiwania, których społeczeństwo nie było w stanie spełnić. Członkowie „Ruchu 68” byli nie tylko nieżyłtowi, ale również nieskończenie bezwstydni w niszczeniu

⁵ *68er-Bewegung* – zbiorcza nazwa jaką w języku niemieckim zwykło się określać lewicowe i lewicujące organizacje aktywne od początku lat 60-tych ubiegłego wieku w Europie Zachodniej i Stanach Zjednoczonych. Kulminacja ich działalności przypadła na rok 1968. W Niemczech jeden z głównych filarów „ruchu” stanowiły organizacje studenckie, gwałtownie domagające się między innymi zmian w strukturze i zarządzaniu systemem edukacji.

czeniu dawnych tradycji. Upadek kultury, który nastąpił w roku 1968 był tak wielki, jak podczas rewolucji francuskiej.

MJ: Jako rektor utrzymywał Pan dobre stosunki z polskimi uczelniami i uczonymi.

HH: Tak. Mogę się pochwalić, że byłem pierwszym niemieckim rektorem, który po II wojnie światowej nawiązał stałą współpracę z polskim uniwersytetem. Był to Uniwersytet Adam Mickiewicza w Poznaniu. Z tego co wiem relacje, które zapoczątkowałem, kwitną nadal.

MJ: Napisał Pan wiele książek. Jedną z najważniejszych jest „Europejska historia prawa”⁶. Moje pytanie będzie być może nieco chaotyczne, ale postanowiłem je zadać. Jak ocenia Pan rolę Polski w kształtowaniu europejskiej kultury prawnej?

HH: Muszę się przyznać, że nigdy nie studiowałem dogłębnie tego zagadnienia. Słyszałem nieco na temat roli Polski w historii światowego konstytucjonalizmu, ale też w sumie niewiele. Wiem jedynie, że Polska zawsze znajdowała się na granicy łacińskiego świata i dlatego jest bardziej łacińska niż środek Europy.

MJ: Jest Pan również autorem książki poświęconej pojęciom prawnym⁷. Po jej lekturze dochodzi się do wniosku, że liczne z pozoru sztywne i odpychające instytucje prawne stają się o wiele bardziej przystępne, kiedy pozna się ich historię i ewolucję.

HH: Dlatego ją napisałem. To zadziwiające, że do tej pory nie było podobnego opracowania. Chciałem pokazać, że pojęcia mają swoją historię czyli coś, o czym nie wiedział lub nie chciał wiedzieć Savigny. Powstają, ewoluują i wędrują. Trzeba być tego świadomym, kiedy się z nimi pracuje. Nie można podchodzić do nich w sposób pozytywistyczny, jako do bytów niezmiennych, jak to przedstawiał Savigny.

⁶ *Europäische Rechtsgeschichte*, Heidelberg 2004 (4 wyd.). Praca ukazała się również w przekładach: czeskim oraz estońskim.

⁷ *Grundbegriffe des Bürgerlichen Recht*, München 2000.

Być może czynił tak dlatego, że nigdy nie studiował historii pojęć, o których pisał.

MJ: Ostatnio poświęcił się Pan badaniom nad prawem islamskim⁸. Dla Polaków jest to zasadniczo wciąż terra incognita. Czy islamski porządek prawny istotnie aż tak różni się od europejskiego?

HH: Muszę wyznać, że jestem tu dyletantem, gdyż nie znam arabskiego. Kto zaś nie zna języka, musi być bardzo ostrożny w wydawaniu sądów. Jedno jednak zdołałem pojąć – prawo islamskie żyje prawem Starego Testamentu. Ma wiele wspólnego z jego źródłami. To prawo przedwiecznego Boga Jahwe, który rządzi swym ludem i któremu wciąż na nowo trzeba zawierzać. Starotestamentowe idee, również w trwałych formułach jurydycznych, zna również prawo islamskie. To, czego w prawie islamskim nie ma, to pojęcie miłości. Pojęcie serdeczności przeznaczone jest tylko dla wiernych. Jedynie dla nich Bóg jest dobry. Dla niewiernych absolutnie nie – z nimi obchodzi się przy pomocy ognia i miecza. Z Nowego Testamentu wyraźnie da się wyodrębnić różnicę pomiędzy dobrem i złem, prawem i bezprawiem. Ewangelia mówi o Bogu jako o ojcu, a o ludziach jako o jego kochanych dzieciach. Stary Testament mówi o Bogu jako o prawodawcy, który surowo pilnuje, by ustanowione przez niego prawa nie były łamane. Mahomet wiele zaczerpnął z wizerunku Boga umieszczonego w Starym Testamencie i to jest właśnie orientalny porządek prawny. Bóg jest jedynym prawodawcą. Tylko Bóg może nadawać prawa, dlatego w prawie szariatu nie ma ustaw.

MJ: Polska nie miała zbyt wielu kontaktów ze światem arabskim. Wiele razy za to toczyliśmy wojny z Turkami, przez których tamtejsza kultura promieniowała na nasze ziemie. Szlachta polska była zafascynowana orientem. Co się jednak tyczy prawa, trudno znaleźć u nas jakieś orien-

⁸ Por. np. L. SORANZO, *Ottomannus: von Zustand, Macht und Gewalt, auch anderen verborgenen heimlichen Sachen des Ottomanischen Türkischen Reichs beschrieben von einem Venedischen von Adel Lazaro Soranzo in italienischer Sprache und ferner durch Christian Cresse von Halle in Sachsen verdeutscht, Eisleben 1601* red. H. HATTENHAUER, U. BAKE, Frankfurt am Main 2009.

talne importy. Kiedy badał Pan historię prawa Europy, zauważył Pan jakieś podobieństwa między porządkami prawnymi państw arabskich, ewentualnie Turcji a systemami krajów europejskich?

HH: Tak, istnienie jedna dziedzina, na której prawo arabsko-osmańskie wyraźnie odcisnęło swe piętno: prawo handlowe. Można je wyczytać już w samej terminologii. W prawie bankowym oraz w prawie handlowym znajduje się mnóstwo arabskich terminów. Dlaczego? Handel w basenie Morza Śródziemnego był „interkonfesyjny”. Słowo „czek” jest arabskie. Tak samo „taryfa”. Podobnie w języku żeglugi, na przykład „admiral” – są to wszystko terminy arabskie. Kiedy spojrzymy na ich listę, uświadamiamy sobie, że dzięki Arabom, którzy w prawie handlowym byli osadzeni wcześniej niż my, nauczyliśmy się mnóstwo rzeczy. Podam jeden przykład. Najstarszą formą spółki w prawie handlowym jest spółka komandytowa. Jak to możliwe? Myślę, że ma to właśnie związek z faktem, że weszliśmy w kontakt z Arabami, a potem Turkami. Spółka komandytowa pozostaje w relacji do kanonicznego zakazu pobierania odsetek. Zakaz ten spotyka się również w Starym Testamencie. Kiedy udawano się w podróż morską, powierzano pieniądze osobie, która wyruszała w drogę. Miała ona przy ich pomocy prowadzić za morzem interesy. Zwrotu można było się domagać jedynie wtedy, kiedy wszystko poszło dobrze. Kiedy nie pożyczkodawca nie wrócił, lub podczas podróży musiał wyrzucić swój ładunek do morza, również komandytariusz był obciążony. Nie było tam więc odsetek. Istniał tylko udział w zysku. To dogłębnie islamska idea – jeżeli dajesz komuś pieniądze, możesz domagać się zwrotu większej sumy jedynie wtedy, kiedy ten, który wziął, sam je pomnoży. To zaskakujące, że tłem dla spółki komandytowej może być prawo islamskie.

MJ: Prawo w literaturze czy prawo w obrazach – to już było. Ale prawo w muzyce⁹? Na to bym nie wpadł. Można sięgać aż tak daleko?

⁹ *Johann Sebastian Bach und die Politik. Die Kantate „Schleicht, spielende Wellen“*, [w:] *Bürgerliche Freiheit und christliche Verantwortung. Festschrift für Christoph Link*, red. H. DE WALL, M. GERMANN, Tübingen 2003, s. 613-635.

HH: Oczywiście, że można. Prawo jest wszędzie. We wszystkich obszarach aktywności ludzkiej istnieje prawo. Wszystkie sfery kultury w jakiś sposób są z nim powiązane. Kiedy ktoś zajmuje się historią prawa wystarczająco długo, te zależności ukazują się bardzo wyraźnie. Dlaczego więc nie badać, jaką rolę odgrywa muzyka w ustroju? Obecnie w Ameryce panuje moda na *Law in the Literature*. My zrobiliśmy to już dawno, przywołam chociażby książki Hansa Fehra¹⁰, ale oto przychodzi nowa moda i powstaje wrażenie, że mamy do czynienia z czymś nowym. To wcale nie jest nowe. Niemniej *Law in Music* – tego jeszcze nie było! Będę bardzo podekscytowany kiedy Amerykanie wpadną na ten pomysł, ale myślę, że tak szybko nie wpadną.

MJ: Nie wydaje się to Panu odrobinę niepoważne? Prace prawnicze zawsze cechowało sztywne i bardzo formalne opakowanie. Żadnej poetyki.

HH: Kto ma do czynienia z prawem wie, że jest to poważna sprawa. Cieszę się naturalnie, że mogę pracować nad podobnymi zagadnieniami. Mam przy tym dużo frajdy, że mogę sam coś znaleźć, ale to coś innego. Dyscyplina sama w sobie jest jednak bardzo poważna. Obserwuje się to również dziś, kiedy na skutek przemian kulturowych pojawiają się nowe kierunki badań: prawo medyczne, prawo piłkarskie (śmiech) i tym podobne. Najważniejsze, by nie traktować ich powierzchownie i podczas pracy nie myśleć tylko o zarabianiu pieniędzy.

MJ: Zatem nauki historyczno-prawne mają przyszłość.

HH: Myślę, że tak. Historia prawa ma przyszłość, o ile historycy prawa będą w to wierzyć. Oto problem. Gdy historycy prawa sami w siebie wątpią, a są i tacy, to niedługo historia prawa rychło utraci swą misję i wyląduje na śmietniku. Jeżeli jednak będą widzieć jak ważna jest ich dyscyplina, przetrwają. Z chwilą, kiedy damy sobie wzmóc poczucie winy i bezużyteczności, wyrwą nas z korzeniami. To absolutnie jasne.

MJ: Serdecznie dziękuję za rozmowę.

W Speyer, 27 sierpnia 2010

¹⁰ Por. serię *Kunst und Recht*, której autorem jest H. FEHR, I: *Das Recht im Bilde*, Erlenbach-Zürich 1923; II: *Das Recht, in der Dichtung*, Bern 1931; III: *Die Dichtung im Recht*, Bern 1936.