

RAFAŁ MAŃKO

Uniwersytet Warszawski

PRAWO RZYMSKIE JAKO ŹRÓDŁO PRAWA W AFRYCE POŁUDNIOWEJ

1. WPROWADZENIE

Dla współczesnego prawnika prawo rzymskie jawi się przede wszystkim jako przedmiot dociekań historycznych, w najlepszym zaś razie możliwe jest badanie jego pośredniego wpływu na instytucje prawa obowiązującego. Sądy polskie nie opierają swoich orzeczeń na prawie rzymskim, co najwyżej odwołują się do łacińskich paremii prawnych, z których jedne rzeczywiście pochodzą z prawa rzymskiego, inne natomiast zostały sformułowane całkiem niedawno¹. I choć odwołań do paremii i zwrotów łacińskich w orzecznictwie naszym rzeczywiście nie brak², trudno jednak byłoby dostrzec w wyrokach naszych sądów bezpośrednie odwoła-

¹ Klasycznym przykładem jest łacińska paremia *lex retro non agit*, którą najprawdopodobniej sformułował „polski Papinian” – Stanisław Wróblewski. Por. W. WOŁODKIEWICZ, *‘Lex retro non agit’*, [w:] *Łacińskie paremie prawne w europejskiej kulturze prawnej i orzecznictwie sądów polskich*, red. W. WOŁODKIEWICZ – J. KRZYNÓWEK, Warszawa 2001, s. 153 i n.; TENŻE, *‘Lex retro non agit’*. *Un brocardo nella giurisprudenza polacca*, [w:] *‘Iuris vincula’*. *Studi in onore di Mario Talamanca*, VIII, Napoli 2002, s. 465 i n.; TENŻE, *Stanisław Wróblewski codificatore*, «Index» 16 (1988), s. 243 i n.

² Por. W. WOŁODKIEWICZ, *Łacińskie paremie prawne w orzecznictwie sądów polskich*, [w:] *Łacińskie paremie prawne*, cit., s. 7 i n., w szczeg. s. 21-24.

nia do prawa rzymskiego, a więc do tekstów *Corpus Iuris* czy choćby doktryny romanistycznej, nowszej lub starszej.

Podobnie rzecz się ma w doktrynie cywilistycznej, która – choć odwołuje się niekiedy do prawa rzymskiego – również czyni to raczej na zasadzie posługiwania się paremiami czy powierzchownego przypominania uregulowań rzymskich. Brak jest natomiast prób sięgnięcia do tekstów źródłowych i ich autorytatywnej egzegezy.

Trudno zresztą wymagać więcej od praktyki i nastawionej na cele praktyczne doktryny, skoro prawo rzymskie nie jest w polskim porządku prawnym uważane za źródło prawa, chociażby pomocnicze, a luki w prawie uzupełniane są na drodze analogii. Zasada, iż źródłem prawa jest jedynie ustawa, ma w założeniu służyć pewności prawa; nie wdając się w szczegółową polemikę z takim stanowiskiem³, można poprzestać na uwadze, iż – niezależnie od pewności prawa – ograniczenie katalogu jego źródeł do *ius scriptum* wydaje się prowadzić do zubożenia kultury prawnej⁴.

Tym bardziej interesujące wydaje się spojrzenie na południową część Czarnego Lądu⁵, gdzie tradycyjna europejska kultura prawna

³ Por. rozważania na temat sensowności kodyfikacji w pracach R. ZIMMERMANN, *Civil Code and Civil Law. The 'Europeanization' of Private Law Within the European Community and the Re-emergence of a European Legal Science*, «Columbia Journal of European Law» 1 (1995), s. 63 i n.; B.S. MARKESISINS, *Why a Code is not the Best Way to Advance the Cause of European Legal Unity*, «European Review of Private Law» 5.4 (1997), s. 519 i n.; O. LANDO, *Why Codify the European Law of Contract*, «European Review of Private Law» 5.4 (1997), s. 525 i n.; B. FAUVARQUE-COSSON, *Faut-il un Code civil européen?*, «Revue trimestrielle de droit civil» 101.3 (2002), s. 463 i n.; R. MAŃKO, *European Private Law – in Pursuit of Unity*, «Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego» 2.1-2 (2003), s. 110 i n.

⁴ Por. R. ZIMMERMANN, *Civil Code*, cit., s. 86-89.

⁵ W polskiej literaturze brak jest kompleksowego opracowania tego zagadnienia. Obecnością prawa rzymskiego w Południowej Afryce zajmował się B. SITEK, *Prawo rzymsko-holenderskie. Współczesne stosowanie prawa rzymskiego*, [w:] *Dzieje wymiaru sprawiedliwości*, red. T. MACIEJEWSKI, Koszalin 1999, s. 33 i n.; TENŻE, *Stosowanie edyktu pretorskiego 'de nautis, cauponibus et stabulariis'*

ius commune przetrwała do dnia dzisiejszego⁶, a sądy nadal powołują się na doktorów *ius commune*, takich jak Grocjusz, Van Leeuwen, Van Der Kelsen, a niekiedy nawet – wprost na teksty *Corpus Iuris Civilis*. Mowa jest o sześciu państwach – Republice Południowej Afryki, Lesoto, Swazi, Botswanie, Zimbabwie i Namibii – w których źródłem prawa prywatnego pozostaje do dziś *ius commune europaeum* i prawo rzymskie.

2. RYS HISTORYCZNY

Europejczycy, odkrywając i kolonizując inne kontynenty, przynosili ze sobą własną kulturę, na którą składała się – obok religii, języka, obyczajów i techniki – także kultura prawna. Wpływ ten widoczny jest do dziś – Stany Zjednoczone, Zambia czy Kenia wciąż odwołują się do angielskiego *common law*, kodeksy latynoamerykańskie wyrosły z *Siete Partidas* Alfonsa Mądrygo i znajdują się pod dużym wpływem kodeksu hiszpańskiego z 1889 r., a prawo dawnych kolonii francuskich wciąż oscyluje wokół kodeksu Napoleona. Nie inaczej jest w Południowej Afryce, gdzie jako pierwsi biali ludzie postawili swą stopę Holendrzy.

w systemie prawa Republiki Południowej Afryki, «Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego» 274 «Roczniki Prawnicze» 11 (1999), s. 73 i n., gdzie zreferował treść orzeczenia *W.J. van der Merwe (Pty) Ltd. v. J.C. Butler (Pty) Ltd.*, 1996 (1) S.A. 203. W orzeczeniu tym sąd odmówił rozciągnięcia tego edyktu na trenerów koni, których edykt ten nigdy nie obejmował – ani w Rzymie, ani w dawnej Holandii. Autor stwierdza jednak, że odmowa rozszerzenia edyktu na trenerów koni „ukazuje wyraźną tendencję ... do ograniczenia stosowania prawa rzymskiego na rzecz prawa stanowionego, rozwiązań proponowanych przez jurysprudence oraz prawa precedensów tworzonego przez sądy” (s. 79-80). O ile tendencje te faktycznie występują w Południowej Afryce, o tyle trudno zgodzić się z B. Sitkiem, iż odmowa interpretacji edyktu *contra legem* stanowi ich przejaw.

⁶ Por. R. ZIMMERMANN, *Roman Law and European Legal Unity*, [w:] *Towards a European Civil Code*², red. A. HARTKAMP – M. HESSELINK – E. HONDIUS – C. JOUSTRA – E. DU PERRON, Nijmegen-The Hague-London-Boston 1998, s. 21 i n., w szczeg. s. 32-34. Por. także *dictum* w orzeczeniu *Janse Van Rensburg*

Niderlandy zostały objęte recepcją prawa rzymskiego w XVI wieku⁷. W wyniku recepcji powstał tam system prawny składający się z elementów rzymskich (w wersji glosatorów i komentatorów), kanonicznych oraz praw zwyczajowych pochodzenia germańskiego. Wpływ tych trzech elementów na poszczególne instytucje w XVI-wiecznym prawie niderlandzkim był zróżnicowany. I tak, można wyróżnić instytucje uregulowane na sposób czysto rzymski (np. *negotiorum gestio*⁸), instytucje o rodowodzie rzymsko-kanoniczno-germańskim (np. prawo spadkowe⁹), czy kanoniczno-germańskim (np. ochrona posiadania¹⁰).

Tworząc pierwszą kolonię w Południowej Afryce – później nazwaną Krajem Przylądkowym – holenderscy osadnicy nadali jej prawo swojej metropolii, a więc prawo Niderlandów¹¹. Przypomnieć należy, iż jursprudence niderlandzka XVII w. stała na bardzo wysokim poziomie, łącząc praktyczne zainteresowania

v. *Grieve Trust CC*, 2001 (1) SA 315 (C), s. 323-324: „rzymsko-holenderskie i rzymsko-europejskie prawo pospolite (*ius commune europaeum*) ... zostały wprowadzone do prawa pospolitego Afryki Południowej”.

⁷ Recepcja była najgłębsza we Fryzji, a najmniejsza w Overijsel i Drente. Por. R.W. LEE, *An Introduction to Roman-Dutch Law*⁴, Oxford 1946, s. 5. Szerzej o recepcji prawa rzymskiego w Niderlandach pisał R. FEENSTRA, *Zur Rezeption in den Niederlanden*, [w:] *L'Europa e il diritto romano. Studi in memoria di Paolo Koschaker*, I, Milano 1954, s. 243 i n.

⁸ Por. D.H. VAN ZYL, *Negotiorum Gestio in South African Law. An Historical and Comparative Analysis*, Durban 1985, *passim*, w szczeg. s. 186.

⁹ Por. R.W. LEE, *op. cit.*, s. 350 i n.; M.M. CORBETT – H.R. HAHLO – G. HOFMEYR – E. KAHN, *The Law of Succession in South Africa*, Cape Town-Wetton-Johannesburg 1980, *passim*.

¹⁰ Por. R.W. LEE, *op. cit.*, s. 162 i n.; *Maasdorp's Insitutes of South African Law*, II: *The Law of Property*¹⁰, red. C.G. HALL, Cape Town-Wynberg-Johannesburg 1976, s. 21; D. KLEYN, *Possession*, [w:] *Southern Cross. Civil Law and Common Law in South Africa*, red. R. ZIMMERMANN – D. VISSER, Oxford 1996, s. 819 i n., w szczeg. 835 i n.

¹¹ Do dziś jest przedmiotem sporów, czy obowiązujące w Południowej Afryce prawo rzymsko-holenderskie jest prawem Holandii, prawem Niderlandów, czy też należy je rozumieć szeroko, jako część *ius commune euopaeum*.

mos italicus z ideą powrotu do źródeł rzymskich, właściwą tradycją jurysprudencji „eleganckiej”. Jak pisze Zimmermann, „prawnicy rzymsko-holenderscy, łącząc dwa główne nurty tradycji, zdolali odmłodzić *ius commune* w momencie, gdy *mos italicus* uległ był fosylizacji, a *mos gallicus* osiągnął był stan czysto antykwarecznej subtelności, która raczej pozbawiona była wszelkiego znaczenia praktycznego. Innymi słowy, juryści rzymsko-holenderscy ponownie ożywili *mos italicus* czerpiąc z poziomu humanistycznej erudycji, którą zapewnił *mos gallicus*”¹².

Poza Krajem Przylądkowym Niderlandczycy mieli jeszcze inne kolonie, wśród nich Cejlon, szereg kolonii tworzących dzisiejszą Gujanę, Antyle Holenderskie i inne. We wszystkich tych koloniach wprowadzone zostało, co oczywiste, prawo rzymsko-holenderskie. Przetrwało ono jednak tylko w Południowej Afryce i na Cejlonie, podczas gdy w samych Niderlandach padło ofiarą kodyfikacji jeszcze w 1809 r.¹³

W ciągu wydarzeń, który umożliwił przechowanie żywego prawa rzymskiego w Południowej Afryce, potrzebny był więc – obok holenderskiej Kompanii Wschodnioindyjskiej – jeszcze jeden czynnik *sine qua non*. Byli nim Brytyjczycy, którzy w początkach XIX w. przejęli trzy kolonie niderlandzkie – Cejlon (1796)¹⁴, kolonie two-

¹² R. ZIMMERMANN, *Roman-Dutch Jurisprudence and its Contribution to European Private Law*, «Tulane Law Review» 66 (1992), s. 1711.

¹³ W tym roku w Niderlandach wprowadzono kodeks Napoleona. Por. R.W. LEE, *op. cit.*, s. 7; *Wille's Principles of South African Law*⁶, red. J.T.R. GIBSON, Cape Town-Wynberg-Johannesburg 1970, s. 29.

¹⁴ Prawo rzymsko-holenderskie zostało utrzymane w mocy na podstawie proklamacji gubernatora z 23 września 1799 r., por. R.W. LEE, *op. cit.*, s. 10 i n. Prawo rzymsko-holenderskie na Cejlonie zostało jednak następnie skażone wieloma innowacjami brytyjskimi: ordonans nr 5 z 1852 r. wprowadzał na wyspę prawo angielskie w zakresie prawa morskiego, prawa weksli, czeków i skryptów dłużnych, a ordonans nr 22 z 1866 r. wprowadził prawo angielskie w zakresie prawa spółek, prawa bankowego, prawa dotyczącego pełnomocnictw, prawa przewozu lądowego oraz prawa ubezpieczeń na życie i od ognia, por. R.W. LEE, *op. cit.*, s. 22 i n.

rzące późniejszą Gujanę Brytyjską (1803) oraz Kraj Przylądkowy (1806)¹⁵ – zachowując tam prawo rzymsko-holenderskie i jednocześnie chroniąc je przed kodyfikacją.

Pod panowaniem brytyjskim prawo rzymsko-holenderskie rozprzestrzeniło się na znacznym terytorium¹⁶: w 1845 r. wprowadzono je do Natalu, w 1884 – do Batustolandii, w 1897 – do Zululandii, w 1898 – do Rodezji Południowej (dziś Zimbabwe¹⁷), w 1907 – do Swazi, w 1909 – do Beczuanii (Botswana). Ostatnim nabytkiem terytorialnym prawa rzymskiego w Południowej Afryce stała się Afryka Południowo-Zachodnia, oddana po I wojnie światowej pod mandat Unii Południowej Afryki. Od 1 stycznia 1920 r. zaczęto tam obowiązywać prawo rzymsko-holenderskie i tak pozostało do dziś – w niepodległej (od 1990 r.) Namibii.

Należy od razu podkreślić, że sytuacja prawa rzymsko-holenderskiego w Kraju Przylądkowym była wyjątkowa. Po pierwsze, zostało ono utrzymane w mocy przez cały okres panowania Brytyjczyków, podczas gdy w Gujanie w 1917 r. zastąpiono je prawem angielskim¹⁸. Po drugie, ingerencja prawa angielskiego w prawo rzymsko-holenderskie w Kraju Przylądkowym była stosunkowo mała¹⁹, dzie-

¹⁵ Okupacja Kraju Przylądkowego nastąpiła najpierw w 1795 r., następnie – ostatecznie – w 1806 r.; Przylądek stał się formalnie kolonią brytyjską w 1815 r.; por. E. FAGAN, *Roman Dutch Law in its South African Historical Context*, [w:] *Southern Cross*, cit., s. 46.

¹⁶ Por. R.W. LEE, *op. cit.*, s. 6 i n.

¹⁷ Por. R. ZIMMERMANN, *Das römisch-holländische Recht in Zimbabwe*, «*Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*» 51 (1991), s. 505 i n.

¹⁸ Na mocy ordonansu nr 15 o prawie cywilnym Gujany Brytyjskiej z 1916 r. – z dniem 1 stycznia 1917 r. w kolonii tej wprowadzono *common law of England*; por. R.W. LEE, *op. cit.*, s. 24.

¹⁹ Wpływ prawa angielskiego na prawo południowoafrykańskie stał się przedmiotem obfitej literatury. Por. w szczególności prace opublikowane w zbiorze *Southern Cross*, cit., gdzie znajdują się odwołania do wcześniejszej literatury na ten temat. Najogólniej można wskazać, iż wpływ prawa angielskiego w Południowej Afryce przebiegał dwoma kanałami – przez legislację i orzecznictwo. Doty-

ki czemu prawo południowoafrykańskie w dalszym ciągu zaliczane jest do rodziny prawa rzymskiego²⁰.

Zniesienie *apartheidu* i nadanie pełnych praw obywatelskich mieszkającym w RPA Murzynom stanowiło wielką rewolucję w historii Republiki. Istniały obawy, iż taki przewrót może zagrozić podstawom prawa rzymsko-holenderskiego jako prawa pospolitego RPA. Na szczęście okazało się, że nowym władzom starczyło rozsądku, by takiej rewolucji nie dokonywać.

I tak, w Konstytucji Tymczasowej z 1993 r. zapisano: „Prawo tubylcze²¹, podobnie jak prawo pospolite, będzie uznawane i stosowane przez sądy, z zachowaniem praw podstawowych zawartych w Konstytucji i ustawodawstwa szczegółowego w tej sprawie”²². Przepis ten oznaczał, iż sądy południowoafrykańskie miały w dalszym ciągu stosować prawo rzymsko-holenderskie, z uwzględnieniem jednak nowych zasad konstytucyjnych, np. równości bez względu na przynależność rasową.

W obowiązującej obecnie Konstytucji RPA z 1996 r. zapisano: „Sąd Konstytucyjny, Najwyższy Sąd Apelacyjny (*Supreme Court of Appeal*) i Wysokie Sądy (*High Courts*) cieszą się nieodłącznym (*inherent*) prawem do ochrony i regulowania swojej procedury oraz do rozwoju prawa pospolitego, przy uwzględnieniu interesów sprawiedliwości”²³. Przepis ten również utrzymuje w pełni moc prawa rzym-

czył przede wszystkim prawa morskiego, prawa ubezpieczeń, procedury, prawa handlowego. Należy wskazać także wpływy strukturalne prawa angielskiego, przejawiające się w przyjęciu zasady *stare decisis* i jej pochodnych, takich jak ogromna rola sędziów w tworzeniu prawa czy znaczenie *law reports*.

²⁰ Sprawa ta budzi jednak kontrowersje. Por. R. ZIMMERMANN – D. VISSER, *Introduction: South African Law as a Mixed Legal System*, [w:] *Southern Cross*, cit., s. 9.

²¹ O stosowaniu prawa tubylczego pisali R. ZIMMERMANN – D. VISSER, *Introduction*, cit., s. 12-15.

²² Interim Constitution 1993, Schedule 4 „Constitutional Provisions”, art. XIII zd. 2. Por. R. ZIMMERMANN – D. VISSER, *Introduction*, cit., s. 14.

²³ Art. 173. Por. D. VAN DER MERWE, *Roman-Dutch Law: from Virtual Reality to Constitutional Resource*, «Acta Juridica» 41 (1998), s. 130 i n.

sko-holenderskiego, a wręcz nakazuje sądom jego rozwój w duchu sprawiedliwości.

3. PRAWO RZYMSKIE W KATALOGU ŹRÓDEŁ PRAWA POŁUDNIOWO-AFRYKAŃSKIEGO

Katalog źródeł współczesnego prawa południowoafrykańskiego jest wspólny dla wszystkich państw należących do systemu rzymsko-holenderskiego²⁴. Stanowi on swoisty konglomerat źródeł prawa typowych dla *ius commune* i prawa anglosaskiego. Należy pamiętać, że prawo południowoafrykańskie jest otwartym systemem prawa, a katalog źródeł prawa ma charakter tylko orientacyjny, albo – by zacytować M. Kaserę – „w najlepszym wypadku ma wartość teoretyczną”²⁵.

3.1. Konstytucja

Naczelnym miejscem w systemie prawa zajmuje Konstytucja, która – stosowana bezpośrednio – stanowi spoiwo całego systemu prawa²⁶, z prawem prywatnym włącznie²⁷.

²⁴ Z zastrzeżeniem, co oczywiste, odmienności norm konstytucyjnych, ustawowych oraz pewnych różnic we współczesnym orzecznictwie.

²⁵ M. KASER, *Das römische Recht in Südafrika*, «ZSS» 81 (1964), s. 11; por. też katalog zaproponowany w R. ZIMMERMANN, *Das römisch-holländische Recht in Südafrika*, Darmstadt 1983, s. 46 i n.

²⁶ Por. art. 2 Konstytucji RPA z 1996 r.: „This Constitution is the supreme law of the Republic; law or conduct inconsistent with it is invalid, and the obligations imposed by it must be fulfilled”; por. także art. 172.

²⁷ Przykładu zastosowania Konstytucji w kontekście prywatnoprawnym dostarcza niedawne orzeczenie *Janse Van Rensburg v. Grieve Trust CC*, 2000 (1) SA 315 (C), w którym przyznano *actio quanti minoris* sprzedawcy zawierającemu umowę mieszaną sprzedaży i zamiany (*trade-in agreement*). Jako jeden z argumentów na rzecz takiego rozszerzenia sąd uznał § 9 ust. 1 Karty Praw (dołączonej do Konstytucji), zgodnie z którym wszyscy obywatele są równi wobec prawa. *Actio quanti minoris* przysługiwała bowiem bezspornie kupującemu, na-

3.2. Ustawa

Źródłem prawa o najwyższej mocy prawnej po Konstytucji jest – podobnie jak i w innych systemach prawnych – ustawa. Ustawa może więc modyfikować lub uchylać normy pochodzące z pozostałych źródeł prawa. Należy podkreślić, że chodzi tu o ustawy wydawane w Południowej Afryce po 1806 r., ponieważ dawniejsze ustawy – holenderskie i rzymskie – znajdują się w hierarchii źródeł prawa poniżej orzecznictwa i zwyczaju²⁸.

3.3. Zwyczaj

Hierarchicznie trzecim źródłem prawa jest współczesne prawo zwyczajowe²⁹. W doktrynie zwraca się uwagę, iż większość dawnych zwyczajów została albo skodyfikowana, albo uznana przez orzecznictwo, albo uchylona – w konsekwencji więc praktyczna rola tego *fons iuris oriundi* jest nieznaczną. Mimo to, nic nie stoi na przeszkodzie powstawaniu nowych zwyczajów.

3.4. Dawne ustawodawstwo holenderskie

Ustawodawstwo holenderskie sprzed 1806 r. zajmuje czwarte miejsce w hierarchii źródeł prawa. Obowiązuje, o ile nie zostało uchylone lub nie popadło w *desuetudo*. Zgodnie z precedensem z 1922 r.³⁰, warunkiem obowiązywania holenderskiego ustawodawstwa z lat 1652-1806 jest spełnienie przez dany akt przynajmniej

tomiast nieprzyznanie jej sprzedawcy w odniesieniu do rzeczy stanowiącej część ceny stanowiłoby – zdaniem sądu – pogwałcenie zasady równości obywateli wobec prawa. Por. także rozważania o horyzontalnej bezpośredniej skuteczności Konstytucji w orzeczeniu *Mort NO v. Henry Schields Chiat*, 2001 (1) SA 464 (C), s. 475.

²⁸ *Wille's*, cit., s. 9.

²⁹ *Wille's*, cit., s. 9-11; 38 i n.

³⁰ *R v. Harrison and Dryburgh*, 1922 AD 333; omówione w *Wille's*, cit., s. 26.

jednego z czterech kryteriów: a) akt był skierowany do Kraju Przylądkowego; b) akt był skierowany do ogółu posiadłości niderlandzkich; c) akt był uznawany lub stosowany przez sądy południowoafrykańskie przed 1922 r.; d) przepis prawny zawarty w akcie został przyjęty przez pisarzy rzymsko-holenderskich i włączony do prawa pospolitego. W doktrynie podkreśla się, iż obowiązujących w Afryce Południowej holenderskich *plakaaten* jest bardzo niewiele³¹.

3.5. Orzecznictwo

Piątym w hierarchii źródłem prawa jest orzecznictwo sądowe³². Traktowanie precedensów jako oficjalnego źródła prawa jest niewątpliwym wpływem anglosaskim³³. W prawie południowoafrykańskim uważa się, iż orzecznictwo nie może zmieniać ustawodawstwa ani prawa zwyczajowego³⁴, jest natomiast nadrzędne wobec pozostałych źródeł prawa. Funkcją orzecznictwa wobec prawa rzymsko-holenderskiego jest jego rozwój i dostosowywanie do potrzeb współczesności, aby zagwarantować jego *usus modernus*³⁵.

³¹ *Wille's*, cit., s. 26.

³² Szczegółowo o regułach *stare decisis* w Południowej Afryce por. *Wille's*, cit., s. 34-35; R. ZIMMERMANN, *Das römisch-holländische Recht in Südafrika*, cit., s. 54-58; por. także S.D. GIRVIN, *The Architects of a Mixed Legal System*, [w:] *Southern Cross*, cit., s. 95 i n.

³³ Por. M. KASER, *op. cit.*, s. 12 i n. Tworzenie norm w kontekście kazuistycznym nie jest jednak niczym nowym dla prawa rzymskiego, doktryna *stare decisis* z kolei może być do pewnego stopnia porównana do dekretów cesarskich rozstrzygających konkretną sprawę, por. W.W. BUCKLAND – A.D. MCNAIR, *Roman Law and Common Law. A Comparison in Outline*², red. F.H. LAWSON, Cambridge 1952, s. 6-10 (np. „*decreta were binding precedents*”, s. 7). Por. także A. D'ORS, *Jus europaeum*, [w:] *L'Europa e il diritto romano*, cit., s. 475.

³⁴ *Wille's*, cit., s. 8 i n., 38 i n..

³⁵ M. KASER, *op. cit.*, s. 13. Por. art. 173 Konstytucji RPA, a także *Cotton Marketing Board v. Zimbabwe National Railways*, 1990 (1) SA 582 (Z), s. 590: „Zasady Edyktu [*de nautis*] powinny ... wzrastać i rozwijać się zgodnie z duchem cza-

3.6. Prawo rzymsko-holenderskie (prawo pospolite)

Szóstym źródłem prawa jest prawo rzymsko-holenderskie, zwane również prawem pospolitym (*common law*)³⁶. Stosuje się ono, ilekroć nic innego nie wynika z ustaw, orzecznictwa ani zwyczajów. Jego pozycję w Południowej Afryce porównać można do *gemeines Recht* w Niemczech przed wprowadzeniem BGB czy do *common law* w prawie angielskim. Wspólne dla tych systemów prawa jest to, iż w przypadku, gdy istnieje tzw. luka w prawie nie stosuje się *interpretatio extensiva* ustawy, lecz dany przypadek zostaje regulowany prawem pospolitym, pełniącym funkcję *ius in subsidio*³⁷. Podobnie zresztą traktowano *leges* w starożytnym Rzymie, na co zwrócił uwagę Kaser³⁸.

Prawo rzymsko-holenderskie jest przede wszystkim prawem jurysprudenckim – jego najważniejszym źródłem są dawne holenderskie traktaty prawne, które traktowane są jako *fons iuris oriundi*, a nie tylko *cognoscendi*, mają więc moc „ksiąg autorytetu”³⁹.

Głównymi traktatami uznawanymi za źródła prawa rzymsko-holenderskiego są dzieła⁴⁰ Grocjusza (*Inleiding tot de Hollandsche Recht* z 1631 r.), Vinniusa (*In IV libros Institutionum Imperialium Commentarius* z 1642 r.), Van Groenewegena (*Tractatus de legibus*

su”. O roli precedensu pod rządami Konstytucji z 1996 por. N. MACCORMICK, *The Significance of Precedent*, «Acta Juridica» 41 (1998), s. 174 i n.

³⁶ Nie należy mylić określenia rodzajowego “common law” (prawo pospolite) z konkretnym prawem pospolitym, np. *common law of England*. Kiedy w literaturze lub orzecznictwie południowoafrykańskim mowa jest o *common law*, chodzi zawsze o prawo rzymsko-holenderskie. O *common law* angielskim mówi się natomiast *English law*.

³⁷ Por. M. KASER, *op. cit.*, s. 11 i n.

³⁸ Por. M. KASER, *op. cit.*, s. 12.

³⁹ R.W. LEE, *op. cit.*, s. 15. Brak jest chyba w polszczyźnie lepszego odpowiednika angielskiego określenia *book of authority*.

⁴⁰ Wykaz południowoafrykańskich *books of authority* podają za R.W. LEE, *op. cit.*, s. 15-19. Por. R. ZIMMERMANN, *Römisch-holländisches Recht – ein Über-*

abrogatis et inusatis z 1649 r.), Van Leeuwena (*Censura Forensis* z 1662 r., *Roomsch Holandsch Recht* z 1664 r.), Hubera (*Praelectiones Iuris Civilis* z 1678 r.), Voeta (*Commentarius ad Pandectas* z 1698 r.), Van Bynkershoek (*Quaestiones Iuris Privati* z 1744 r.), Van Der Keessela (*Theses selectae iuris hollandici* z 1800 r.) i wreszcie – Van Der Lindena (*Regtsgeleerd* z 1806 r.). Stwierdzenie, iż dzieła te stanowią jedno ze źródeł prawa we współczesnej Południowej Afryce nie jest jedynie gołosłowną deklaracją tradycyjalistycznie nastawionej doktryny – pomniki holenderskiej literatury prawniczej XVII i XVIII w. są cytowane do dziś – zarówno w piśmiennictwie jak i w orzecznictwie, i stanowią rzeczywiste źródło *law in action*.

Przyjmuje się, że w razie konfliktu między opiniami wyrażanymi w poszczególnych traktatach, sąd winien przyjąć opinię najbardziej popartą przez autorytety albo najbardziej racjonalną. Z drugiej jednak strony, jeżeli główne autorytety prawa rzymsko-holenderskiego są zgodne co do danej kwestii – sędzia zobowiązany jest iść za ich opinią⁴¹. W wyjątkowych przypadkach sędzia może w ogóle nie zastosować się do norm zawartych w traktatach lub odpowiednio je zmodyfikować, jeśli uzna, iż są one przestarzałe i nie nadążają za wymogami współczesności⁴². Jest to konsekwencja zasady nadrzędności precedensu nad prawem popolitym.

Sprawa nie jest jednak tak oczywista, jak by się mogło wydawać. R. Zimmermann zwraca uwagę, iż „relacji między dawnymi źródłami a precedensem współczesnym nigdy nie zdefiniowano w sposób precyzyjny”⁴³ i jako przykład podaje orzeczenie *Du Ples-*

blick, [w:] *Das römisch-holländische Recht. Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert*, red. R. FEENSTRA – R. ZIMMERMANN, Berlin 1992, s. 26 i n.

⁴¹ R. ZIMMERMANN, *Roman Law in a Mixed Legal System: The South African Experience*, [w:] *The Civil Law Tradition in Scotland*, red. R. EVANS-JONES, Edinburgh 1995, s. 63.

⁴² R.W. LEE, *op. cit.*, s. 15.

⁴³ R. ZIMMERMANN, *Roman Law in a Mixed*, *cit.*, s. 69.

sis, *NO v. Strauss*⁴⁴, w którym sąd doszedł do wniosku, iż precedens z 1908 r. jest sprzeczny z właściwą wykładnią źródeł rzymsko-holenderskich i odstąpił od liczącej kilkadziesiąt lat utrwalonej linii orzecznictwa⁴⁵. Jeden z sędziów stwierdził nawet, że „prawo południowoafrykańskie nie może przełamywać prawa Holandii”⁴⁶. Przykład ten dobrze ilustruje, jak cienka jest granica oddzielająca „rozwijanie prawa pospolitego” przez sądy od jego naruszania. Problem budzi do dziś podobne wątpliwości, jak zakres, w jakim zasadą *stare decisis* związane są najwyższe sądy krajów anglosaskich.

Pozostałe źródła prawa rzymsko-holenderskiego – dawne orzeczenia⁴⁷, opinie jurystów⁴⁸ i zwyczaje – są podporządkowane pierwszemu i co do zasady przyjmuje się, iż obowiązują o tyle, o ile były wzmiankowane w traktatach jurystów rzymsko-holenderskich⁴⁹.

Sporny jest status dawnego ustawodawstwa – według niektórych (Lee) drugim źródłem prawa rzymsko-holenderskiego jest więc dawne ustawodawstwo⁵⁰; inni sytuują natomiast dawne ustawodawstwo holenderskie wyżej – przed precedensami (Wille)⁵¹.

Dawne zwyczaje holenderskie stanowiły istotny czynnik w okresie historycznej formacji tego prawa. Co szczególnie ważne, prawo rzymskie w Holandii uzyskało moc obowiązującą właśnie na pod-

⁴⁴ 1988 (2) S.A. 105 (A).

⁴⁵ Wg Kasera juryści rzymsko-holenderscy mieli na celu przedstawienie prawa rzymskiego. Dlatego ilekroć uczynili to błędnie, sędzia południowoafrykański winien powrócić do *Corpus Iuris*, por. M. KASER, *op. cit.*, s. 19.

⁴⁶ Cyt. za R. ZIMMERMANN, *Roman Law in a Mixed*, *cit.*, s. 69.

⁴⁷ R.W. LEE, *op. cit.*, s. 19 i n.

⁴⁸ R.W. LEE, *op. cit.*, s. 20 i n. Chodzi o opinię dawnych holenderskich *prudentes* zawarte w *Hollandsche Consultatien* z lat 1645-1646.

⁴⁹ Por. E. FAGAN, *Roman-Dutch Law in its South African Context*, [w:] *Southern Cross*, *cit.*, s. 41.

⁵⁰ R.W. LEE, *op. cit.*, s. 19.

⁵¹ Por. wyżej, s. 147 i n..

stawie zwyczaju⁵² – autorytatywny pogląd na ten temat wyraził jeszcze sam Grocjusz⁵³.

3.7. Prawo rzymskie

Prawo rzymskie znajduje się więc najniżej w hierarchii źródeł prawa południowoafrykańskiego i stosowane jest *in subsidio*⁵⁴. W orzecznictwie podkreślano, że do prawa rzymskiego sędzia może się odwołać jedynie wtedy, gdy pisarze rzymsko-holenderscy nie traktują wprost o danym zagadnieniu, lub gdy ich wypowiedzi są zbyt lakoniczne i wymagają naświetlenia⁵⁵. Jest starą zasadą w prawie południowoafrykańskim, że sądy orzekają na podstawie prawa rzymsko-holenderskiego a nie justyniańskiego, a sąd jest związany interpretacją *Corpus Iuris* zawartą w pismach jurystów rzymsko-holenderskich⁵⁶. Zasada ta nie jest jednak przyjmowana bezdyskusyjnie, stawiane były bowiem postulaty powrotu do prawa klasycznego⁵⁷ w ramach uwzględniania dorobku współczesnej romanistyki. Wydaje się, że praktyka raczej nie poszła w tym kierunku⁵⁸.

⁵² R. W. LEE, *op. cit.*, s. 21; E. FAGAN, *op. cit.*, s. 41.

⁵³ H. GROTIUS, *The Jurisprudence of Holland*, przekł. R. W. LEE, Oxford 1926, 1, 2, 22 (s. 11): „... prawa rzymskie, w szczególności tak jak skodyfikował je Justynian, uważane były przez rozumnych ludzi za pełne mądrości i słuszności, zostały one wprawdzie przyjęte jako wzory mądrości i słuszności, a z biegiem czasu zwyczajowo uznane jako prawo”.

⁵⁴ *Wille's*, *cit.*, s. 39.

⁵⁵ Tak w orzeczeniu *Lammers and Lammers v. Giovannoni*, 1955 (3) S.A. 385 (A), s. 396. Por. R. ZIMMERMANN, *Roman Law in a Mixed*, *cit.*, s. 61.

⁵⁶ R. ZIMMERMANN, *Roman law in a Mixed*, *cit.*, s. 60.

⁵⁷ Por. M. KASER, *op. cit.*, s. 20 i n.

⁵⁸ R. Zimmermann, *Roman Law in a Mixed*, *cit.*, s. 59. Autor ten zwraca uwagę na niezwykle rzadkie cytowanie współczesnej literatury romanistycznej. Por. wyniki zamieszczone w tabeli 2. Wynika z nich, iż autorzy *ius commune* cytowani są 18 razy (!) częściej niż romanisci XX-wieczni.

3.8. Tzw. autorytety perswazyjne

Poza katalogiem źródeł prawa obowiązującego znajdują się tzw. autorytety perswazyjne (*persuasive authorities*), do których sędziowie sięgają, gdy nie znajdą rozwiązania w omówionych wyżej źródłach⁵⁹. Do autorytetów perswazyjnych należą przede wszystkim współczesne systemy prawne, a w ostateczności – zasady słuszności⁶⁰. Sędziowie południowoafrykańscy chętnie sięgają więc do orzecznictwa z innych krajów, w szczególności – ze względów językowych – z krajów anglojęzycznych. Jest to wyraz „otwartej struktury prawa południowoafrykańskiego i nieskończonej różnorodności potencjalnie relewantnych źródeł”⁶¹.

4. ROLA PRAWA RZYMSKIEGO W ORZECZNICTWIE

Wyłącznie teoretyczne umiejscowienie prawa rzymskiego w hierarchii źródeł prawa południowoafrykańskiego nie wystarcza, by uchwycić jego rzeczywistą rolę w tym systemie prawa. Stąd konieczność zbadania obecności prawa rzymskiego we współczesnym orzecznictwie południowoafrykańskim. Dwie metody badawcze – ilościowa i jakościowa – wzajemnie się uzupełniają, pozwalając uzyskać kompleksowy obraz sytuacji.

4.1. Analiza ilościowa

Dotychczas nie przeprowadzono badań statystycznych obejmujących całość opublikowanego orzecznictwa południowoafrykańskiego – dysponujemy jedynie wynikami badań fragmentarycznych, obejmujących rok 1960, lata siedemdziesiąte oraz lata 1990-1991. Wyniki te przedstawione są w poniższej tabeli:

⁵⁹ *Wille's*, cit., s. 40 i n.

⁶⁰ *Wille's*, cit., s. 41.

⁶¹ R. ZIMMERMANN, *Roman Law in a Mixed*, cit., s. 67.

Odwołania w orzecznictwie południowoafrykańskim ⁶² (badania W. J. Hosten, D. van der Merwe i J. de Plessis)			
Rodzaj odwołań	1960 ⁶³	1970-1979 ⁶⁴	1990-1991 ⁶⁵
1. Do orzeczeń anglosaskich	<i>brak danych</i>	24 %	<i>brak danych</i> ⁶⁶
2. Do autorów <i>ius commune</i> ogółem	<i>brak danych</i>	20,6 %	10,5 %
3. Do holenderskich autorów <i>ius commune</i>	<i>brak danych</i>	14,1 %	6,1 %
4. Do pozostałych autorów <i>ius commune</i> ⁶⁷	<i>brak danych</i>	6,5 %	4,4 %
5. Do źródeł prawa rzymskiego ⁶⁸	2,1%	4,6 %	4,7 %
6. Do współczesnych romanistów	<i>brak danych</i>	<i>brak danych</i>	0,6 % ⁶⁹

⁶² Liczby te nie sumują się, ponieważ jedno i to samo orzeczenie nieraz figuruje w więcej niż jednej rubryce. Por. R. ZIMMERMANN, *Roman Law in a Mixed*, cit., s. 56, przyp. 83.

⁶³ Dane zebrane przez W.J. Hosten, łącznie 725 orzeczenia, z których 15 powoływało się na prawo rzymskie, opublikowane w M. KASER, *op. cit.*, s. 29, przyp. 99.

⁶⁴ Dane zebrane przez D. van der Merwe na podstawie orzeczeń Wydziału Apelacyjnego Najwyższego Sądu Apelacyjnego RPA opublikowanych w latach 1970-1979 (łącznie 782 orzeczenia), opublikowane w R. ZIMMERMANN, *Roman Law in a Mixed*, cit., s. 55.

⁶⁵ Dane zebrane przez J. de Plessis na podstawie orzeczeń opublikowanych w «South African Law Reports» od początku stycznia 1990 do końca grudnia 1991 r. (łącznie 725 orzeczeń, obejmujących – oprócz Wydziału Apelacyjnego SN RPA – także orzeczenia innych sądów publikowane w «SALR», w tym SN Zimbabwe, SN Namibii), opublikowane w R. ZIMMERMANN, *Roman Law in a Mixed*, cit., s. 55-56.

⁶⁶ W badaniach J. du Plessis nie uwzględniono tej kategorii odwołań.

⁶⁷ W tym do nieholenderskich autorów niderlandzkich.

⁶⁸ Kategoria ta obejmuje przede wszystkim teksty *Corpus Iuris Civilis*. W okresie 1990-1991 spośród odwołań do prawa rzymskiego 58,8% stanowiły

W latach siedemdziesiątych oraz na początku lat dziewięćdziesiątych odsetek odwołań do źródeł prawa rzymskiego nie był zbyt wysoki, oscylując między 4,5 a 5%. Stanowiło to jednak istotny wzrost w stosunku do 1960 r.

Pamiętać przy tym należy, iż przedmiotem badań były orzeczenia zapadłe we wszystkich rodzajach spraw, a więc nie tylko cywilnych, ale również karnych i administracyjnych, gdzie siłą rzeczy nie ma zbyt wiele miejsca na odwołania do prawa rzymskiego. Z tym zastrzeżeniem, można uznać za znaczący fakt, iż w co dwudziestym orzeczeniu wyższych sądów południowoafrykańskich cytuje się prawo rzymskie. Porównując te dane z częstotliwością odwołań do paremii łacińskich w orzecznictwie najwyższych polskich instancji sądowych (ok. 1,6%)⁷⁰ należy dodatkowo uwzględnić fakt, iż w orzeczeniach południowoafrykańskich mamy do czynienia z odwołaniami do konkretnych tekstów prawnych, cytowanych z podaniem księgi, tytułu i fragmentu, a nierzadko przytaczanych *in extenso* po łacinie.

Niezbyt częste odwoływanie się do samego prawa rzymskiego nie oznacza jednak, iż nie stanowi ono istotnego składnika „żywego prawa” w Południowej Afryce. Jak już zostało przedstawione wyżej, prawo rzymskie postrzegane jest zawsze przez pryzmat jurysprudencki rzymsko-holenderskiej, która sama w dużym stopniu czerpa-

odwołania do Digestów, 14,7% – do Kodeksu Justyniańskiego, 5,8% – do Instytucji Justyniańskich oraz po 2,9%, czyli po jednym odwołaniu – do Nowel oraz do Instytucji Gaiusa. W badanym okresie brak było odwołań do innych tekstów rzymskich. Por. R. ZIMMERMANN, *Roman Law in a Mixed*, cit., s. 56.

⁶⁹ Por. R. ZIMMERMANN, *Roman Law in a Mixed*, cit., s. 59. Dwukrotnie cytowano Bucklanda, raz Van Zyla i raz Kasera (*Das römische Zivilprozessrecht*).

⁷⁰ Z badań W. Wołodkiewicza wynika, że paremii łacińskie są w 1,57% orzeczeń TK, SN, NSA i wybranych orzeczeniach SA. W. Wołodkiewicz przebadał ok. 35 000 orzeczeń tych sądów z lat 1971-2001, wykrywając łącznie 548 cytowań paremii łacińskich. Por. W. WOŁODKIEWICZ, *Łacińskie paremie prawnicze w polskiej praktyce prawnej*, [w:] *Regulae iuris. Łacińskie inskrypcje na kolumnach Sądu Najwyższego Rzeczypospolitej Polskiej*, red. W. WOŁODKIEWICZ, Warszawa 2001, s. 10.

ła z *Corpus Iuris*. Zgodnie z omówionymi już regułami dotyczącymi źródeł prawa, co do zasady sędzia może sięgnąć do prawa rzymskiego jedynie wtedy, gdy na zagadnienie prawne nie znajduje odpowiedzi w traktatach jurystów holenderskich. To tłumaczy znacznie częstsze występowanie odwołań do tych jurystów niż do *Corpus Iuris* (trzykrotnie częstsze w okresie 1970-1979).

Interesująca jest również duża częstotliwość odwołań do nieholenderskich autorów *ius commune* (6,5 % w latach siedemdziesiątych, 4,4 % w latach 1990-1991). Pozornie nie ma dla nich zbyt wiele miejsca w katalogu źródeł prawa⁷¹, jednak dość częste cytowanie takich autorów jak Pothier czy Domat świadczy o przynależności prawa rzymsko-holenderskiego do rodziny *ius commune*⁷² oraz o otwartości⁷³ systemu prawa południowoafrykańskiego⁷⁴.

Zwraca uwagę znaczny spadek odwołań do autorów *ius commune* – o ile w latach siedemdziesiątych odwoływano się do nich w co piątym orzeczeniu, o tyle na początku lat dziewięćdziesiątych już tylko w co dziesiątym. Spadek ten dotyczy w znacznie większym stopniu klasycznych autorów holenderskich, będących formalnym źródłem prawa (spadek o blisko 57%), a w mniejszym stopniu autorów nieholenderskich (spadek o 32%). W tym samym czasie wskaźnik cytowań tekstów rzymskich odnotowuje lekki wzrost (o 0,2%).

⁷¹ W doktrynie i orzecznictwie istnieje spór o status nieholenderskich autorów *ius commune*. W słynnym orzeczeniu *Tjollo Ateljees (Eins) Bpk v. Small*, 1949 (1) 856 (A), s. 865 sędzia Van Den Heever wypowiedział następujące *dictum*: „Since we observe the law of Holland we must exclude the Romanists of other countries as well as the the pragmatists from neighbouring regions”. Szczegóły na temat sporu podaje E. FAGAN, *op. cit.*, s. 42-45.

⁷² Por. R. ZIMMERMANN, *Roman Law in a Mixed*, *cit.*, s. 63.

⁷³ M. KASER, *op. cit.*, s. 16, słusznie mówi w tym kontekście o „braku *numerus clausus* źródeł prawa”.

⁷⁴ Podobna otwartość na inne systemy prawne cechuje prawo angielskie. Dobrym przykładem jest ostatnio zapadłe orzeczenie Izby Lordów w sprawie *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd* [2002] 3 All ER 305, dotyczącej odszkodowania za szkody wyrządzone pracownikom przez azbest. W orzeczeniu tym Lord

Aby wyjaśnić zjawisko malejącej częstotliwości cytowań autorów *ius commune*, konieczne byłoby porównanie tych danych z liczbą cytowań południowoafrykańskich ustaw i precedensów. Można postawić hipotezę, iż spadek cytowań tekstów *ius commune* sprzężony jest z rozwojem orzecznictwa i ustawodawstwa, które, mając wyższą pozycję w hierarchii źródeł prawa, czynią odwołania do źródeł rzymsko-holenderskich zbędne od momentu, gdy same wkroczą na dany obszar.

Ze wstępnych badań ilościowych⁷⁵ wynika, iż w orzeczeniach, w których cytowane jest prawo rzymskie, prawo to nie stanowi jedynej podstawy rozstrzygnięcia. W orzeczeniach, w których cytowane były źródła prawa rzymskiego, 53,1% ogółu cytowań stanowiły orzeczenia południowoafrykańskie. Źródła prawa rzymskiego stanowiły 17,2% ogółu cytowań⁷⁶, a współczesna doktryna południowoafrykańska – 15,9%. W badanej próbie wyjątkowo rzadko cyto-

Bingham powołał się m.in. na prawo niemieckie, austriackie, greckie, niderlandzkie i norweskie (par. 24 i n.), a Lord Rodger zacytował w wersji oryginalnej i w tłumaczeniu angielskim dwa fragmenty z Digestów (D. 9, 2, 51 i D. 9, 2, 11, 2) oraz doktrynę romanistyczną, opatrując wszystko własnym komentarzem (par. 157-160). Lord ten powołał się też na prawo niemieckie i francuskie (par. 166 i n.).

⁷⁵ Za podstawę badania przyjęto dziewięć przykładowych orzeczeń z lat 1999-2001, w których cytowane były źródła prawa rzymskiego. Ogółem w orzeczeniach tych wystąpiło 239 cytowań. Jako jednostkę cytowania przyjęto ustawę, orzeczenie, tytuł książki lub artykułu, *lex* z Digestów, *lex* z Kodeksu, fragment z Instytucji, Nowelę. Wielokrotne cytowanie tego samego źródła w tym samym orzeczeniu nie zostało wzięte pod uwagę. Orzeczenia uwzględnione to *De Kock v. Hänel and Others*, 1999 (1) SA 994 (C); *Nederduitse Gereformeerde Kerk in Afrika (OVS) en 'n Ander v. Verenigde Gereformende Kerk in Suider-Afrika*, 1999 (2) SA 156 (A); *ABSA Bank Ltd v. Deeb and Others*, 1999 (2) SA 656 (N); *Doyle v. Board of Executors*, 1999 (2) SA 805 (C); *Janse van Rensburg v. Grieve Trust CC*, 2000 (1) SA 315 (CPD); *Melamed and Another v. BP Southern Africa (Pty) Ltd*, 2000 (2) SA 614 (W); *Sanlam Life Insurance Ltd v. South African Breweries Ltd*, 2000 (2) SA 628 (W); *Kerbyn 178 (Pty) Ltd v. Van Den Heever and Others NNO*, 2000 (4) SA 864 (W); *First National Bank of Southern Africa Ltd v. Perry No and Others*, 2001 (3) SA 960. Wyniki tych badań mają jedynie charakter wstępny i wymagają weryfikacji na bardziej reprezentatywnej puli orzecznictwa.

⁷⁶ W tym do Digestów – 78% (32 cytowania), do Kodeksu Justyniana – 9,8%; do Nowel Justyniana – 4,9% (2 cytowania) oraz po jednym cytowaniu (2,4%) do Instytucji Justyniana, Instytucji Gaiusa oraz do konstytucji *De conceptione Digestorum*. Wy-

wano autorów rzymsko-holenderskich (tylko 3,3%) i innych autorów *ius commune* (tylko 1,2%)⁷⁷. Wyniki tych badań zdają się wskazywać na rosnącą rolę orzecznictwa w Południowej Afryce, do którego sędziowie odwołują się nawet wtedy, gdy do rozwiązania przypadku posługują się źródłami prawa rzymskiego.

4.3. Analiza jakościowa

Obok analizy ilościowej, w której prawo rzymskie wypada nieźle, konieczne są badania jakościowe. Problemem tym zajmował się ostatnio R. Zimmermann⁷⁸. Z jego badań wynika, że w połowie spraw, w których sąd odwołał się do prawa rzymskiego, odwołanie to miało „jedynie charakter incydentalny (lub dekoracyjny): stanowiło część przeglądu historycznego, który, ściśle rzecz biorąc, jest niepotrzebny, gdy problemy prawne rozstrzyga prawo współczesne”⁷⁹. W pozostałych sprawach – a więc w ok. 2,3 % badanych orzeczeń z lat 1990-1991 – prawo rzymskie było w istocie niezbędne do rozstrzygnięcia zawistego przed sądem sporu.

Zimmermann podaje listę zagadnień prawnych, które sądy południowoafrykańskie w latach 1990-1991 rozstrzygnęły w oparciu o prawo rzymskie⁸⁰. Wśród nich znajdują się m.in.: zakres klauzuli umownej wykluczającej odpowiedzialność za wady ukryte⁸¹, znaczenie intencji właściciela w zakresie *inaedificatio*⁸², zakres zakazu *pacta com-*

niki te są zbliżone do wyników badań J. du Plessis obejmujących orzeczenia cytujące prawo rzymskie za okres 1990-1991, gdzie również na pierwszym miejscu były Digesta, a na drugim – Kodeks, por. wyżej przyp. 68.

⁷⁷ Ponadto ustawy południowoafrykańskie stanowiły 3,3% cytowań, współczesna doktryna romanistyczna i orzecznictwo obce – każde po 1,7% cytowań, współczesna doktryna obca – 1,3%, tyle samo – inna literatura (historia prawa, wydawnictwa słownikowe).

⁷⁸ R. ZIMMERMANN, *Roman Law in a Mixed*, cit., s. 56 i n.

⁷⁹ R. ZIMMERMANN, *Roman Law in a Mixed*, cit., s. 56.

⁸⁰ R. ZIMMERMANN, *Roman Law in a Mixed*, cit., s. 56 i n.

⁸¹ *Van Der Merwe v. Meades*, 1991 (2) S.A. 1 (A).

⁸² *Sumatie (Edms.) Bpk v. Venter en 'n ander NNO*, 1990 (1) S.A. 173 (T).

*missoria*⁸³, odpowiedzialność mandanta za czyny mandatariusza⁸⁴, jurysdykcja sądu nad osobami zatrzymanymi przez funkcjonariuszy publicznych⁸⁵, możliwość poręczenia za dług własny⁸⁶ czy zakres podmiotowy edyktu *de nautis*⁸⁷.

Z nowszych przykładów można wskazać na orzeczenie, w którym sąd dokonał rozszerzającej wykładni edyktu edylów kurulnych i przyznał sprzedawcy *actio quanti minoris* w przypadku *negotium mixtum* sprzedaży i zamiany⁸⁸. Inny przykład – gdzie kasus został rozstrzygnięty w oparciu o subsumpcję stanu faktycznego pod Digesta – to orzeczenie, w którym sąd rozważał, jaka dokładnie *condictio* przysługuje powodowi⁸⁹.

Z badań jakościowych wynika, że liczba spraw, w których sąd południowoafrykański rzeczywiście rozstrzyga na podstawie prawa rzymskiego, nie jest zbyt wielka. Sprawy takie jednak się zdarzają, a sędzia w RPA musi być przygotowany na to, że kilka razy w roku rozstrzygnięcie sprawy będzie zależeć od właściwej egzegezy *Corpus Iuris Civilis*.

5. PODSUMOWANIE

Czynniki umożliwiające przetrwanie nieskodyfikowanej kultury prawnej *ius commune* w Południowej Afryce można podzielić na wewnętrzne, wynikające z cech samego *ius commune* oraz ze-

⁸³ *Hesseling v. Meyer*, 1991 (1) S.A. 276 (SWA).

⁸⁴ *Eksteen v. Van Schalwyk en 'n ander*, 1991 (2) S.A. 39 (T).

⁸⁵ *S v. Ebrahim*, 1991 (2) S.A. 553 (A).

⁸⁶ *Nedbank Ltd. v. Van Zyl*, 1990 (2) S.A. 469 (A).

⁸⁷ *Cotton Marketing Board of Zimbabwe v. Zimbabwe National Railways*, 1990 (1) S.A. 582 (ZSC).

⁸⁸ *Janse Van Rensburg v. Grieve Trust CC*, 2000 (1) SA 315 (C).

⁸⁹ *First National Bank of Southern Africa Ltd v. Perry NO and Others*, 2001 (3) SA 960 (A). Sąd zaklasyfikował roszczenie powoda jako *condictio ob turpem vel iniustam causam* w oparciu o D. 12,5,6. Sąd wyraźnie podkreślił „D 12.5.6 gives us the authority that we need” (s. 971).

wewnętrzne, związane ze szczególnymi okolicznościami historycznymi.

Do tych pierwszych należy zaliczyć szczególną żywotność niderlandzkiej odmiany *ius commune*⁹⁰, będącej owocem twórczej syntezy praktycznego nastawienia *mos italicus* z antykwarycznym podejściem *mos gallicus*. Efektem była nowoczesna *iurisprudentia forensis*, dostawiająca prawo rzymskie do *mores hodiernae*, przy jednoczesnym utrzymywaniu stałego kontaktu ze źródłami. Ważnym aspektem niderlandzkiego *ius commune* była ścisła łączność teorii i praktyki; Grocjuszowi i Van Leeuwenowi obca była idea skostniałego *Professorenrecht*, oderwanego od „prawa w działaniu”, a taki przecież był los niemieckiego *ius commune* w końcu XIX w.

Niezwykły potencjał rozwojowy zawarty w niderlandzkiej odmianie *ius commune* stał się z pewnością kołem zamachowym rozwoju tego systemu prawa w Południowej Afryce. Własne walory systemu prawnego nie zawsze jednak umożliwiają jego przetrwanie – *ius commune* zostało przecież obalone w samych Niderlandach.

Konieczny był więc zespół czynników zewnętrznych, wśród których wymienić trzeba konserwatyzm prawny Anglików i ich szacunek dla lokalnych systemów prawnych w koloniach, ogólny konserwatyzm Burów oraz brak monarchy oświeconego, który dążyłby do wprowadzenia kodeksu⁹¹.

Na końcu wypada zadać pytanie o przyszłość *ius commune europaeum* w Afryce Południowej. Niewątpliwie, jego zniesienie i zastąpienie kodyfikacją stanowiłoby wielką stratę dla światowej kultury prawnej. Afryka Południowa – obok San Marino⁹² i Szkocji⁹³ – po-

⁹⁰ Por. rozważania R. ZIMMERMANN w artykule *Roman-Dutch Jurisprudence*, cit., *passim*.

⁹¹ Por. M. KASER, *op. cit.*, s. 2 i n.

⁹² Por. P. STEIN, *Civil Law Reports and the Case of San Marino* [w:] *Römisches Recht in der europäischen Tradition. Symposium aus Anlass des 75. Geburtstages von Franz Wieacker*, red. O. BEHREND (M. DIESSELHORST (W.E. VOSS, Ebelsbach 1985, s. 323 i n.

⁹³ Por. W.M. GORDON, *Roman Law in Scotland*, [w:] *The Civil Law Tradition* cit., s. 13 i n.

zostaje ostatnim przyczółkiem tradycyjnej kultury prawnej Europy, sięgającej do prawa rzymskiego bez pośrednictwa kodeksowych paragrafów. Przetrvanie prawa rzymskiego w zmienionych warunkach politycznych odbędzie się z pewnością kosztem wchłonięcia pewnych elementów prawa tubylczego. Nie będzie to zresztą dla *ius Romanum* nic nowego – to właśnie dzięki zespoleniu się z dawnymi zwyczajami holenderskimi zostało ono recypowane w Niderlandach, a za cenę przyjęcia pewnych elementów *common law* angielskiego – zdołało przetrwać okres brytyjskiej kolonizacji Afryki Południowej. Pozostaje mieć nadzieję, że przyszłość nie będzie inna.

ROMAN LAW
AS A SOURCE OF LAW IN SOUTHERN AFRICA

Summary

Roman law is usually regarded as an object of historic study and not as a practical discipline of the legal science. However, the situation is different in six South African states – the Republic of South Africa, Zimbabwe, Lesotho, Swaziland, Botswana and Namibia – which have preserved the uncodified *ius commune europaeum* brought by the Dutch to the Cape of Good Hope in the 17th century.

The hierarchy of the *fontes iuris oriundi* in the South African legal system seems to be the following: the Constitution, statutes, customary law, case-law, Roman-Dutch law and Roman law. The position occupied by Roman law is in fact only subsidiary, however it is a source of law and is referred to from time to time in the case-law. On the other hand it permeates the whole legal system which is based on fundamental notions derived from Roman law, which have been preserved and developed in the treatises of the Roman-Dutch jurists and the case-law of the courts.

The frequency of citations of Roman law in the South African case-law has been an object of two major studies. One, conducted by Van Der Merwe concerned the period 1970-1979, the other, by Du Plessis – took into account the cases of 1990-1991. The studies revealed that Roman sources are cited in 4,7-4,8% of the case-law. According to another study by Zim-

mermann, only in half of those cases the Roman sources were relevant for deciding the case.

Nevertheless, it is submitted that these figures should be treated as significant, especially when compared with the position occupied by Roman sources in the modern case law in other civilian jurisdictions.