



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Transformacja ustrojowa a ciągłość instytucji prawnych - uwagi teoretyczne

Mańko, R.

DOI

[10.21697/zp.2016.16.2.01](https://doi.org/10.21697/zp.2016.16.2.01)

Publication date

2016

Document Version

Final published version

Published in

Zeszyty Prawnicze

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Mańko, R. (2016). Transformacja ustrojowa a ciągłość instytucji prawnych - uwagi teoretyczne. *Zeszyty Prawnicze*, 16(2), 5-35. <https://doi.org/10.21697/zp.2016.16.2.01>

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

RAFAŁ MAŃKO

Uniwersytet Amsterdamski

TRANSFORMACJA USTROJOWA A CIĄGŁOŚĆ INSTYTUCJI PRAWNYCH – UWAGI TEORETYCZNE*

1. WPROWADZENIE

Głębokie przemiany ustrojowe, jakie nastąpiły w Polsce na przełomie lat 80. i 90 XX w. nie doprowadziły do całkowitego zerwania z przedtransformacyjnym porządkiem prawnym. Zmiany następowały stopniowo. W prawie prywatnym za punkty zwrotne należy uznać nowelę lipcową z 1990 r. (zmieniającą Kodeks cywilny) oraz nowelę sierpniową z 1996 r. (zmieniającą Kodeks postępowania cywilnego), które przyczyniły się do usunięcia wielu instytucji i norm prawnych, typowych dla epoki realnego socjalizmu, takich jak umowy planowe, specjalna zdolność prawna osób prawnych czy rewizja nadzwyczajna¹.

Niezależnie jednak od tych zmian, nie można zaprzeczyć ciągłości szeregu instytucji prawnych, wywodzących z epoki realnego socjalizmu, których nie wyeliminowano ani w 1990 r., ani potem. Ograniczając

* Autor pragnie gorąco podziękować kol. J. Łakomemu (UWr) za wnikliwą lekturę wcześniejszej wersji tekstu i cenne spostrzeżenia. Tekst niniejszy stanowi wyraz wyłącznie osobistych przekonań naukowych Autora i nie przedstawia stanowiska żadnej instytucji.

¹ Por. W. WOŁODKIEWICZ, *I cambiamenti del codice civile polacco dopo 1989 possono essere trattati come segno del ritorno alla tradizione romanistica?*, [w:] *The Roman Law Tradition in Societies in Transition*, red. P. BĚLOVSKÝ, M. SKŘEJPEK, Praha 2003; F. ZEDLER, *Co dalej z kodeksem postępowania cywilnego?*, [w:] *Czterdziestolecie kodeksu postępowania cywilnego*, Kraków 2006.

przykłady jedynie do prawa prywatnego², wskazać można na takie instytucje prawne, jak, przykładowo, spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu, spółdzielcze lokatorskie prawo do lokalu, prawo użytkowania wieczystego, czy też wprowadzone do kodeksu w 1964 r. i wciąż w nim unormowane *contractus nominati* – umowa kontraktacji czy umowa dostawy (nieznane jako odrębne typy umów w kodeksach zachodnioeuropejskich). Nie można też pomijać ciągłości występowania w Kodeksie cywilnym przepisów odwołujących się do dwóch socjalistycznych klauzul generalnych – „zasad współżycia społecznego” i „społeczno-gospodarczego przeznaczenia prawa”³.

Podobnie instytucji wywodzących się z epoki PRL można też doszukiwać się w prawie postępowania cywilnego⁴. Spośród najbardziej charakterystycznych przykładów można wymienić wzorowaną na rozwiązaniach radzieckich szeroką legitymację czynną prokuratora. Ale też niewątpliwie przydatna i ideologicznie neutralna instytucja pytań prawnych do Sądu Najwyższego ma swoją genezę socjalistyczną – wprowadzona została w 1953 r. jako ułomna proteza zniesionej w 1950 r. kasacji w sprawach cywilnych.

Powyższy przegląd wybranych instytucji prawa prywatnego mających swą genezę w okresie Polski Ludowej, które przetrwały transformację ustrojową⁵ 1989/1990, wskazuje na istnienie interesującego zjawiska, które powinno spotkać się z należytym zainteresowaniem nauk praw-

² Por. R. MAŃKO, *Survival of the Socialist Legal Tradition? A Polish Perspective*, «Comparative Law Review» 4.1/2013, s. 16-20.

³ Por. szerzej R. MAŃKO, *Quality of Legislation Following a Transition from Really Existing Socialism to Capitalism: A Case Study of General Clauses in Polish Private Law*, [w:] *The Quality of Legal Acts and its Importance in Contemporary Legal Space*, red. J. ROZENFELDS i in., Riga 2012.

⁴ Por. R. MAŃKO, *Is the Socialist Legal Tradition «Dead and Buried»? The Continuity of Certain Elements of Socialist Legal Culture in Polish Civil Procedure*, [w:] *Private Law and the Many Cultures of Europe*, red. T. WILHELMSSON i in., Alphen aan den Rijn 2007; IDEM, *Survival...*, s. 20-22.

⁵ Transformację ustrojową rozumiem tu jako przejście od jednego ustroju (formacji) do drugiego. Por. R. MAŃKO, *Relikty...*, s. 208-209. Por. jednak T. GIARO, *Roman Law Always Dies with a Codification*, [w:] *Roman Law and European Legal Culture*, red. A. DĘBIŃSKI, M. JOŃCA, Lublin 2008, s. 22.

nych, a w szczególności teorii, filozofii, socjologii i historii prawa. Istnieje bowiem potrzeba naukowego wytłumaczenia, dlaczego – pomimo odejścia od większości instytucji prawnych typowych dla PRL – niektóre z nich jednak „przetrwały”. Udzielenie odpowiedzi na to pytanie wymaga skonstruowania adekwatnego pojęcia, które pozwoli nie tylko opisać zjawisko ciągłości wybranych instytucji prawnych pomimo transformacji, ale także umożliwi wyjaśnienie przyczyn i mechanizmów takiej ciągłości. Nie chodzi przy tym o pojęcie dające się zastosować jedynie *ad hoc*, ale takie, które będzie możliwe do zastosowania także w innych epokach historycznych, działach prawa i obszarach geograficznych. Wszak ciągłość niektórych instytucji prawnych pomimo głębokich nieraz przemian politycznych i społeczno-gospodarczych nie jest bynajmniej polską *specialité de la maison* i nie dotyczy wyłącznie tzw. postkomunizmu. Zjawisko trwania instytucji prawnych, które niejako odrywają się od swojej społeczno-gospodarczej i politycznej genezy, jest, jak się wydaje, całkiem rozpowszechnione. Wystarczy wskazać na postjustyniańskie dzieje prawa rzymskiego⁶, w szczególności w następstwie jego recepcji w Europie Zachodniej, a później i poza kontynentem europejskim – np. w Afryce Południowej⁷. Poszczególne instytucje prawne starożytnego Rzymu ulegały ewolucji zarówno w zakresie ich treści dogmatycznej, jak i w zakresie ich funkcji społeczno-gospodarczej⁸.

W tym kontekście niniejszy artykuł stawia sobie dwa cele. Po pierwsze, wykazanie, że dla analizy tego rodzaju „reliktowych instytucji prawnych” brak jest aktualnie adekwatnych pojęć naukowych (pkt 2).

⁶ Por. W. WOŁODKIEWICZ, *Rzymskie korzenie współczesnego prawa cywilnego*, Warszawa 1978; M. KURYŁOWICZ, *Prawo rzymskie: historia, tradycja, współczesność*, Lublin 2003; H. KUPISZEWSKI, *Prawo rzymskie a współczesność*, Bielsko-Biała 2013 [1989].

⁷ Por. np. B. SITEK, *Prawo rzymsko-holenderskie. Współczesne stosowanie prawa rzymskiego*, [w:] *Dzieje wymiaru sprawiedliwości*, red. T. MACIEJEWSKI, Koszalin 1999; R. MAŃKO, *Prawo rzymskie jako źródło prawa w Afryce Południowej*, «Zeszyty Prawnicze» 3.1/2003; IDEM, *Sądowe stosowanie Corpus Iuris Civilis w Afryce Południowej w świetle wybranego orzecznictwa*, «Zeszyty Prawnicze» 4.1/2004.

⁸ Jednym z pierwszych przykładów jest charakterystyczna ewolucja społecznej funkcji instytucji *emancipatio*, ujętej w ustawie XII tablic. Por. M. i J. ZABŁOCCY, *Ustawa XII Tablic. Tekst – tłumaczenie – objaśnienia*³, Warszawa 2013, s. 28-29.

Po drugie, zaprezentowanie, w nawiązaniu do dwóch wcześniejszych opracowań⁹, pojęcia „reliktu prawnego” rozumianego jako instytucja prawna, która przetrwała transformację ustrojową (pkt 3). W niniejszym opracowaniu szczególna uwaga zostanie poświęcona substratowi reliktu prawnego (pkt 3.1), tj. ustaleniu, jakiego rodzaju zjawiska kultury prawnej mogą być uznawane za relikty, a także wyróżnieniu i przeciwstawieniu sobie aspektu statycznego i dynamicznego reliktyw prawnych (pkt 3.3 i 3.4). Poza zakresem niniejszego artykułu znalazły się natomiast szczegółowe rozważania dotyczące postulowanej metodologii badania reliktowych instytucji prawnych, która z pewnością wymaga kompleksowego opracowania.

Od strony metodologicznej niniejszy artykuł ma charakter pracy teoretycznej (w rozumieniu analitycznej teorii prawa). Jego celem jest dopracowanie pojęcia „reliktu prawnego”, dającego się zastosować w badaniach prowadzonych na styku historii, socjologii i teorii prawa, w komparatystyce prawniczej, a także poszczególnych dogmatykach prawniczych, uprawianych w sposób uwzględniający możliwie szeroki, historyczno-porównawczy i socjologiczny kontekst prawa pozytywnego.

2. POTRZEBA WYPRACOWANIA NOWEGO POJĘCIA

2.1. Uwagi wprowadzające

Aby odpowiedzieć na pytanie, czy rzeczywiście istnieje potrzeba wprowadzania nowego pojęcia w celu opisu ciągłości instytucji prawnych pomimo przemian ustrojowych, konieczne jest w pierwszej kolejności ustalenie, czy istniejące pojęcia naukowe nie są już w tym celu odpowiednie. Wydaje się, że należy wziąć pod uwagę trzy takie pojęcia, a mianowicie tradycję prawną, ciągłość prawną oraz recepcję prawa¹⁰.

⁹ Por. R. MAŃKO, *Legal Survivals: A Conceptual Tool for Analysing Post-Transformation Continuity of Legal Culture*, [w:] *Tiesību efektivitāte postmoderna sabiedrībā* [Skuteczność prawa w społeczeństwie ponowoczesnym], Rīga 2015; TENŻE, *Relikty w kulturze prawnej. Uwagi metodologiczne na tle pozostałości epoki socjalizmu realnego w polskim prawie prywatnym*, «Przegląd Prawa i Administracji» 102/2015.

¹⁰ R. MAŃKO, *Legal Survivals...*, s. 18-19.

2.2. Pojęcie „tradycji prawnej”

Pojęcie „tradycji prawnej” odnosi się do ogólnej ciągłości materiału normatywnego i metod prawniczych, wywodzących się w określonej przestrzeni czasowej i geograficznej i wywierających wpływ na określoną późniejszą kulturę prawną¹¹. Tradycja prawna rozumiana jest jako „przedłużenie przeszłości w teraźniejszość”, coś, co jest „w sposób ciągły przekazywane, w określonym kontekście społecznym, aby zachować aktualność”¹². Można więc mówić o „tradycji prawa rzymskiego” czy o „tradycji *common law*”, by podkreślić, że określone współczesne systemy i kultury prawne pozostają pod wpływem dawnego prawa rzymskiego czy angielskiego *common law*.

Czy jednak pojęcie „tradycji prawnej” we wskazanym wyżej znaczeniu jest adekwatne, by przez jego pryzmat badać zjawisko ciągłości poszczególnych instytucji prawnych pomimo transformacji ustrojowej? Wydaje się, że nie, gdyż pojęcie „tradycji prawnej” charakteryzuje kulturę prawną jako całość, a nie odnosi się ono do poszczególnych instytucji prawnych (nawet jeżeli występowanie określonych instytucji prawnych należy do rysu charakterystycznego dla danej tradycji prawnej). Wobec tego należy przyjąć, iż pojęcie „tradycja prawna”, podobnie jak pojęcie „rodziny prawnej”¹³ (*legal family*) w prawie porównawczym, pozwala scharakteryzować daną kulturę prawną w sposób ogólny, wskazując na jej historyczne źródła i warstwy, jest jednak nieadekwatne do analizowania ciągłości instytucji prawnych¹⁴, gdyż odnosi się ono do zjawisk wyższego rzędu¹⁵ – tj. do kultury prawnej jako całości.

¹¹ Por. np. H.P. GLENN, *Concept of a Legal Tradition*, «Queen's Law Journal» 34/2008-2009, s. 431; IDEM, *Legal Traditions of the World*⁵, Oxford 2014. Por. R. MAŃKO, *Survival...*, s. 3-4.

¹² H.P. GLENN, *Legal Traditions...*, s. 12.

¹³ Por. np. K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*³, Oxford 1998, s. 68-72.

¹⁴ R. MAŃKO, *Relikty...*, s. 202.

¹⁵ Por. J. GERRING, *Social Science Methodology. A United Framework*, Cambridge 2012, s. 114 („*high-order concept*”).

2.3. Pojęcie „ciągłości prawnej”

Drugim pojęciem, które *prima facie* mogłoby się wydawać adekwatne do badania ciągłości poszczególnych instytucji prawnych w warunkach transformacji ustrojowej, jest pojęcie „ciągłości prawnej”. Odnosi się ono jednak do ciągłości i tożsamości porządku prawnego jako całości, np. w następstwie przemian o charakterze rewolucyjnym¹⁶, a nie odnosi do ciągłości poszczególnych przepisów prawa, zakodowanych w nich norm czy zbudowanych z nich instytucji. Analiza pojęcia „ciągłości prawnej”, dokonywana np. przez filozofa prawa J. Finnis¹⁷, odwołuje się do rozważań o znacznej doniosłości teoretycznej, opartych na koncepcji normy podstawowej Kelsena czy reguły uznania Harta, jednakże ma ona niewiele do zaoferowania, gdy idzie o ciągłość poszczególnych instytucji prawnych i ich praktyczne funkcjonowanie w warunkach potransformacyjnych.

2.4. Pojęcie „repcji prawa”

Ostatnim pojęciem teoretycznym, które potencjalnie mogłoby się wydawać odpowiednie do analizowania ciągłości instytucji prawnych w następstwie ustrojowej transformacji, jest pojęcie „repcji prawa”¹⁸. Pojęcie to jednak stanowi wcześniejszą próbę opisywania zjawiska przeszczepiania norm prawnych z jednego porządku prawnego (np. historycznie wcześniejszego) do późniejszego, a zatem odnosi się do zjawiska, które A. Watson określił mianem „przeszczepów prawnych” (*legal transplants*)¹⁹, a które niektórzy inni badacze określają obecnie mianem „transferów prawnych” (*legal transfers*)²⁰.

¹⁶ Por. np. J. FINNIS, *Revolutions and the Continuity of Law*, [w:] *Philosophy of Law: Collected Essays*, IV, Oxford 2011, s. 407-434.

¹⁷ J. FINNIS, *Revolutions...*, ibidem.

¹⁸ Por. np. J. BARDACH, *Repcja w historii państwa i prawa*, [w:] *Themis a Clio czyli prawo a historia*, Warszawa 2001.

¹⁹ A. WATSON, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*² [1974], Athens-London 1993, s. 21-30, 95-101. Por. J. KRZYNÓWEK, *Tradycje prawne Europy*, [w:] *Prawo polskie a prawo Unii Europejskiej*, red. E. PIONTEK, Warszawa 2003, s. 27 i n.

²⁰ Por. np. *Law and Development and the Global Discourses of Legal Transfers*, red. J. GILLESPIE, P. NICHOLSON, Cambridge 2012.

Pojęcie recepcji prawa (względnie „przeszczepów” lub „transferów” prawnych) nie wydaje się być adekwatnym pojęciem do opisu *ciągłości* instytucji prawnych w warunkach transformacji ustrojowej, a to z tego względu, że odnosi się ono do wprowadzania do danego porządku prawnego nowych i wcześniej nieznanymi instytucji prawnych, nie do trwania instytucji prawnych już w danym porządku prawnym zakorzenionych²¹.

Można więc mówić o recepcji prawa rzymskiego w średniowiecznej Europie, ale nie można mówić o jego recepcji w XIX-wiecznym niemieckim prawie prywatnym, albowiem można mówić jedynie o jego dalszym trwaniu pomimo przemian społeczno-gospodarczych. Podobnie w prawie polskim można mówić o recepcji określonych instytucji prawa radzieckiego w latach 40. i 50. XX w., natomiast w sytuacji, gdy instytucje te trwają pomimo transformacji ustrojowej dokonanej w 1989 r., nie można już mówić o ich „recepcji” czy „transferze” w okresie III RP.

3. POJĘCIE „RELIKITU PRAWNEGO”

3.1. Substrat reliktu prawnego

Powyższe rozważania wskazują, że pojęcia „tradycji prawnej”, „ciągłości prawnej” oraz „recepcji prawa” nie stanowią adekwatnych pojęć, pozwalających kompleksowo opisać zjawisko ciągłości poszczególnych instytucji prawnych w okresie po transformacji ustrojowej. Skłania to do zaproponowania pojęcia nowego – „reliktu prawnego”²².

Teoretycznie rzecz ujmując, substratem reliktu prawnego mogłoby być dowolne zjawisko kultury prawnej. Skoro bowiem samo pojęcie „reliktu” jest przeszczepem z dziedziny socjologii²³, nie ma przeszkód, by stosować je w sposób szeroki w dziedzinie nauk prawnych. Można by zatem mówić

²¹ Relacja pomiędzy pojęciami „relikty prawne” a „transfery prawne” wymaga dalszych badań, zarówno analitycznych, jak i empirycznych.

²² Termin ten jest odpowiednikiem angielskiego „*survival*”, do którego pojęcie reliktu się odnosi, podkreślając element „przetrwania” (*survive*) danej instytucji prawnej. Co do genezy koncepcji reliktyw prawnych w antropologii i socjologii, por. szerzej R. MAŃKO, *Relikty...*, s. 204-207 i cyt. tam literatura.

²³ Por. Ibidem, *Relikty...*, s. 204-207.

o reliktach prawnych zarówno przybierających postać instytucji prawnych (np. instytucja spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu, instytucja pytań prawnych do Sądu Najwyższego w postępowaniu cywilnym II instancji), jak i przybierających postać pojedynczych przepisów prawa czy też norm prawnych, a nawet takich zjawisk kultury prawnej, jak poszczególne metody prawnicze (np. prymat wykładni językowej nad funkcjonalną), uregulowania organizacyjne (np. odrębność korporacji radców prawnych od korporacji adwokatów) czy też koncepcje teoretyczne. Argumenty za tak szerokim ujmowaniem potencjalnych substratów relikatów prawnych dostarczają niektóre nurty badań prawnoporównawczych, w których za przedmiot transferu prawnego uznaje się np. teorie filozoficznoprawne – tytułem przykładu M. Graziadei traktuje jako przedmiot transferu prawnego recepcję teorii Kelsena, Harta i Dworkina w krajach Ameryki Łacińskiej²⁴. Jest w tym na pewno sporo racji, bowiem, jak wskazywał już J. Bardach, recepcji prawa (rozumianego jako treść normatywna) towarzyszy zazwyczaj „infiltracja idei i koncepcji prawnych”²⁵.

Powstaje jednak pytanie, czy można przenieść te ustalenia, dotyczące analizy transferów prawnych (recepcji) wprost na obszar badań nad relikatami prawnymi? Wydaje się, że odpowiedź na tak postawione pytanie zależy od tego, czemu służyć ma proponowane pojęcie. W szczególności, jeżeli ma ono służyć analizie, w jaki sposób określona instytucja prawna, a więc wchodzące w jej skład normy prawne, ulegają dostosowaniu do zmienionych warunków społeczno-gospodarczych i politycznych, a także w jaki sposób ewoluuje ich funkcja społeczna, należałoby jednak przyjąć, że włączenie w obręb pojęcia „relikatów prawnych” innych zjawisk kultury prawnej, takich jak poglądy na istotę prawa, dominujące teorie wykładni czy idee (doktryny) polityczne i prawne byłoby niecelowe. Dlatego też, nie negując występowania zjawiska ciągłości praktyki wykładni prawa czy idei politycznych i prawnych w okresie po transformacji, które można by określić mianem relikatów kultury

²⁴ M. GRAZIADEI, *Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions*, [w:] *The Oxford Handbook of Comparative Law*, red. M. REIMANN, R. ZIMMERMANN, Oxford 2008 [2006], s. 458.

²⁵ J. BARDACH, *op. cit.*, s. 43.

prawnej *sensu largo*²⁶, dalsze rozważania zostaną ograniczone do reliktywów prawnych *sensu stricto*, tj. instytucji prawnych, których ciągłość oparła się transformacji ustrojowej.

Skoro zatem pojęcie reliktu prawnego powinno odwoływać się do pojęcia instytucji prawnej („reliktywa instytucja prawna”), konieczne jest zdefiniowanie pojęcia instytucji prawnej oraz ustalenie, czy także pojedyncze normy prawne (formanty) mogą być reliktywami („reliktywa norma prawna”), czy też analizy należy dokonywać jedynie na poziomie instytucji jako całości.

Zasadniczo w nauce prawa panuje zgoda co do tego, że instytucja prawna jest czymś pośrednim pomiędzy gałęzią prawa (większą całością) a normą prawną/przepisem prawa jego najmniejszą „jednostką” systemu prawa. Przy definiowaniu pojęcia „instytucji prawnej” autorzy odwołują się także do elementów pozaprawnych, stwierdzając na przykład, że instytucja prawna normuje „pewien typowy stosunek społeczny”²⁷ lub też że odnosi się do „stosunków w jakiejś dziedzinie życia społecznego”²⁸. Instytucję prawną definiuje się zatem nie „od wewnątrz” systemu prawnego, lecz „od zewnątrz” – kryterium wyodrębnienia instytucji prawnej i zgrupowania norm prawnych w jej ramach znajduje się poza samym systemem prawnym. Podkreśla się też, że normy prawne wchodzące w skład instytucji cechuje to, że wspólnie „spełniają określone funkcje”²⁹, lub – innymi słowy – że stanowią one „funkcjonalną całość”³⁰. W literaturze podkreśla się też, że normy (względnie przepisy), z jakich składa się określona instytucja prawna, cechują się spójnością³¹ i wzajemną

²⁶ Por. szerzej R. MAŃKO, *Weeds in the Gardens of Justice? The Survival of Hyperpositivism in Polish Legal Culture as a Symptom* («*Sinthome*», «*Pólemos: Journal of Law, Literature and Culture*» 7.2/2013. Por. uwagi T. Giaro, wedle którego prawniczy podział wschód/zachód w Europie jest dziś „kwestią kultury prawnej i stylu prawniczego, raczej niż prawa materialnego” (T. GIARO, *Legal Tradition of Eastern Europe. Its Rise and Demise*, «*Comparative Law Review*» 2.1/2011, s. 21).

²⁷ A. ŁOPATKA, *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 1969, s. 260.

²⁸ W. GROMSKI, [w:] *Wprowadzenie do nauk prawnych. Leksykon tematyczny*², Warszawa 2008, red. A. BATOR, s. 187.

²⁹ A. SULIKOWSKI, *Wstęp do prawoznawstwa. Krótki kurs*, Wałbrzych 2007, s. 61.

³⁰ W. GROMSKI, *op. cit.*, s. 187.

³¹ A. SULIKOWSKI, *Wstęp...*, s. 35 („spójny zespół norm”).

współzależnością³². Podsumowując, można więc stwierdzić, że instytucję prawną można wyróżnić poprzez wskazanie następujących cech konstytutywnych: po pierwsze, w jej skład wchodzi szereg norm prawnych (a nie tylko jedna norma)³³; po drugie, że normy te są ze sobą powiązane, cechuje je spójność i współzależność; po trzecie, że normy te regulują określony wycinek życia społecznego; po czwarte wreszcie, że łącznie spełniają określoną funkcję społeczną.

Odwołując się do przykładów reliktywów prawnych wskazanych na wstępie niniejszego artykułu, można stwierdzić, iż nie budzi wątpliwości uznanie za instytucje prawne *iura in rem*, takich jak spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu czy prawo użytkowania wieczystego, *iura in personam*, jak spółdzielcze lokatorskie prawo do lokalu, *contractus nominati*, takich jak umowa kontraktacji czy umowa dostawy, figur prawnoporocowych, takich jak rewizja nadzwyczajna, legitymacja czynna prokuratora w postępowaniu cywilnym czy pytania prawne do Sądu Najwyższego w sprawach cywilnych.

Pewne wątpliwości może jednak budzić status klauzul generalnych, a co za tym idzie, czy za reliktyw prawny można uznać np. zasady współżycia społecznego. Jak wskazuje W. Gromski, klauzula generalna jest zwrotem językowym wchodzącym w skład przepisu prawnego³⁴. Z kolei L. Leszczyński rozróżnia „klauzule odsyłające”, jako pojęcie nadrzędne, w ramach których wyodrębnia „generalne klauzule odsyłające”. „Klauzule odsyłające” autor ten definiuje jako „konstrukcje prawodawczej praktyki upoważniania organu stosującego prawo do wykorzystywania w procesie decyzyjnym kryteriów, które w tekstach prawnych są wymienione, ale niedokreślone od strony konkretnych preferencji.”³⁵ *Differentia specifica* wyróżniająca w obrębie klauzul odsyłających te, które mają charakter „generalny” („generalne klauzule odsyłające”) tkwi, zdaniem L. Leszczyńskiego, w tym, że „kryteria i oceny pozaprawne, do których

³² Z. ZIEMBIŃSKI, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980, s. 34.

³³ Por. K. RENNER, *The Institutions of Private Law and their Social Functions*, London 1976 [1904], s. 75.

³⁴ W. GROMSKI, *op. cit.*, s. 188.

³⁵ L. LESZCZYŃSKI, *Generalne klauzule odsyłające*, Kraków 2001, s. 21.

prawodawca przez klauzule odsyła, mają charakter ukierunkowany i «systemowy»³⁶.

Zestawiając tak rozumiane pojęcie klauzuli generalnej z pojęciem instytucji prawnej, należałoby dojść do wniosku, że klauzula generalna – jako fragment przepisu odsyłający do kryteriów pozaprawnych – instytucją prawną nie jest. Należałoby raczej przyjąć, że klauzula generalna może wchodzić w skład określonej instytucji prawnej, np. zakazu nadużycia prawa (art. 5 k.c.), zakazu czynności prawnych *contra bonos mores* (art. 58 § 2 k.c.) czy swobody umów (art. 353¹ k.c.).

Na sprawę można jednak spojrzeć odmiennie, jeżeli przyjmie się, że klauzula generalna to nie tylko językowy zwrot czy zawierający go przepis, ale także zespół norm wypracowanych w doktrynie i orzecznictwie, określających sposób, w jaki organ stosujący prawo powinien posługiwać się daną klauzulą. Przykładowo, w wypadku zasad współżycia społecznego, nie chodzi tylko o przepis art. 5 k.c. czy inny przepis Kodeksu cywilnego zawierający odesłanie do tej klauzuli, ale przede wszystkim o utrwalone orzecznictwo, określające „proceduralne”³⁷ aspekty powoływania się na zasady współżycia społecznego przez sądy. Mowa jest tu więc nie o formantach legislacyjnych, ale o formantach orzeczniczych, wypracowanych w utrwalonej judykaturze Sądu Najwyższego. Formanty te określają m.in., w jakich gałęziach i działach prawa, a także typach spraw dopuszczalne jest powoływanie się na zasady współżycia społecznego (np. norma, zgodnie z którą można powoływać się na zasady współżycia w sprawach o zachówek³⁸, jak też norma, zgodnie z którą nie można powoływać się na te zasady w sprawach z zakresu ubezpieczeń społecznych³⁹). Następnie można wskazać na normę (również wypracowaną w orzecznictwie SN), że analiza stanu faktycznego pod kątem przestrzegania zasad współżycia wymaga uwzględniania całokształtu

³⁶ L. LESZCZYŃSKI, *op. cit.*, s. 28.

³⁷ Nie chodzi tu oczywiście o zasady prawa cywilnego procesowego w ścisłym znaczeniu tego słowa.

³⁸ Por. np. uchw. SN z 19 maja 1981 r., sygn. akt III CZP 18/81, «Lex» 2666; wyr. SN z 7 kwietnia 2004, sygn. akt IV CK 215/03, «Lex» 152889.

³⁹ Por. np. wyr. SN z 19 czerwca 1986, sygn. akt II URN 96/86; wyr. SN z 2 grudnia 2009, sygn. akt I UK 174/09, «Lex» 585709.

okoliczności danego wypadku, a nie tylko wybranych jego aspektów⁴⁰; na normę określaną jako „zasada czystych rąk”⁴¹ czy też na normę, zgodnie z którą z zasad współżycia nie można wywodzić uprawnień o trwałym charakterze i nie mają one charakteru nadrzędnego nad innymi normami prawnymi⁴².

Biorąc pod uwagę, że normy te – mające postać formantów orzeczniczych – stanowią spójny zespół norm, regulują zasady posługiwania się przez sądy klauzulą generalną, a także spełniają określoną funkcję społeczną (*supplere, corrigere*), zasadne wydaje się uznanie, w takim znaczeniu, klauzuli generalnej (wraz z jej zapleczem „proceduralnym”) za instytucję prawną, a tym samym uznanie jej za substrat reliktu prawnego.

Na marginesie można dodać, że także pojedyncze normy prawne mogą mieć charakter reliktowy („reliktowe normy prawne”). Przykładem reliktywnej normy prawnej jest norma statuująca dyskrecjonalną kompetencję sądu do odmowy uwzględnienia biegu przedawnienia, jeżeli przemawiają za tym wyjątkowe okoliczności. Przypomnijmy, że taką kompetencję wprost statuował art. 117 § 3 k.c. w brzmieniu pierwotnym, który przewidywał, że sąd może nie uwzględnić upływu przedawnienia, jeżeli „opóźnienie w dochodzeniu roszczenia jest usprawiedliwione wyjątkowymi okolicznościami i nie jest nadmierne”⁴³. W 1990 r. ustawodawca uchylił ten przepis, a zatem na poziomie formantu ustawodawczego nastąpiła zmiana stanu prawnego – wykluczająca władzę dyskrecjonalną sądu w zakresie uwzględnienia bądź nie upływu biegu przedawnienia roszczenia⁴⁴. Tym niemniej na poziomie prawa operatywnego⁴⁵ – tj. formantu orzeczniczego (*jurisprudential formant*) – norma

⁴⁰ Por. np. wyr. SN z 20 stycznia 2011 r., sygn. akt I PK 135/10, «Lex» 794776.

⁴¹ Por. np. wyr. SN z 20 stycznia 2011 r., sygn. akt II I PK 135/10, «Lex» 794776.

⁴² Por. np. uchw. SN (7 sędziów) z 19 kwietnia 1971 r., sygn. akt III PRN 7/71, «Lex» 527259; post. SN z 2 czerwca 2011 r., sygn. akt I CSK 520/10, «Lex» 1129076.

⁴³ Należy oczywiście mieć na względzie odmiennosc reżimu przedawnienia w okresie realnego socjalizmu i obecnie. W szczególności wpływ biegu przedawnienia pomiędzy j.g.u. skutkowało wygaśnięciem roszczenia, a sądy i inne organy uwzględniały jego bieg z urzędu.

⁴⁴ Por. aktualne brzmienie art. 117 k.c.

⁴⁵ Por. J. WRÓBLEWSKI, *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1988, s. 98 i n.

ta w dalszym ciągu obowiązuje. Ma ona charakter typowej normy prawa sędziowskiego, którą Sąd Najwyższy formalnie wywodzi z normy art. 5 k.c. Sąd Najwyższy stwierdził bowiem, że: „Nie można (...) przyjąć, że skreślenie § 3 art. 117 k.c. pozostawia obecnie zawsze poza oceną sądu skutki upływu terminu przedawnienia, a ściślej – skutki zgłoszenia zarzutu przedawnienia. Skreślenie wspomnianego przepisu oznacza, że sąd nie znajdzie podstawy do nieuwzględnienia upływu przedawnienia w obrębie przepisów o »przedawnieniu roszczeń«, jednakże wolno mu poszukiwać podstawy do unicestwienia rażących skutków przedawnienia w innych przepisach kodeksu cywilnego, a w szczególności w przepisach mających charakter klauzul generalnych.”⁴⁶ I rzeczywiście, w praktyce podniesienie zarzutu przedawnienia badane jest przez sąd pod kątem zgodności z zasadami współżycia i nieraz oddalane jako nadużycie prawa podmiotowego⁴⁷. Opisany przykład stanowi egzemplifikację sytuacji, w której w ramach danej instytucji prawnej (przedawnienie roszczeń) występuje pojedyncza reliktowa norma prawna, w danym wypadku – norma prawa operatywnego, a nie pozytywnego (formant orzecznicy, a nie ustawodawczy w terminologii R. Sacco)⁴⁸.

Podsumowując powyższe rozważania, należy stwierdzić, że pojęcie reliktu prawnego powinno zasadniczo odnosić się jedynie do określonej instytucji prawnej („reliktovej instytucji prawnej”), rozumianej jako funkcjonalnie powiązany zespół norm prawnych, przy czym pojęcie „norm prawnych” nie powinno być tu ograniczane jedynie do przepisów prawnych, ale powinno być rozumiane szeroko, z uwzględnieniem praktyki stosowania prawa i jego społecznych funkcji. Niemniej jednak, w wyjątkowych wypadkach, można poddać analizie jako relikty prawne także reliktove normy prawne, wchodzące w skład większych zespołów norm.

⁴⁶ Uchw. SN z dnia 10 marca 1993 r., sygn. akt III CZP 8/93, «Lex» nr 3893.

⁴⁷ Por. ostatnio wyr. SN z 20 października 2011 r., sygn. akt IV CSK 16/11, «Lex» nr 1111006.

⁴⁸ R. SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Instalment I of II)*, «American Journal of Comparative Law» 39.1/1991, s. 21 i n.

3.3. Aspekt statyczny reliktywów prawnych – ciągłość normatywna

3.3.1. Ciągłość normatywna jako cecha dystynktywna reliktywnych instytucji prawnych

Tym, co wyróżnia reliktywne instytucje prawne, jest cechująca je ciągłość normatywna⁴⁹. Podczas gdy inne instytucje prawne dawnego ustroju są eliminowane, a nowe, nieznanne w dawnym ustroju instytucje – wprowadzane, część instytucji dawnego ustroju trwa pomimo transformacji. Odwołując się do przykładów zaczerpniętych z polskiej transformacji 1989 r. i ograniczając się do prawa prywatnego można wskazać np. na instytucję użytkowania przez rolnicze spółdzielnie produkcyjne, instytucję umów planowych czy instytucję własności społecznej (jako uprzywilejowanej formy własności) jako na przykłady instytucji prawnych, które zostały po 1989 r. wyeliminowane. Z kolei takie instytucje, jak umowa leasingu, umowa timesharingu czy umowa o pakiet turystyczny mogą być przykładami nowych instytucji prawnych, wprowadzonych po 1990 r. To na tle instytucji „wychodzących” i „przychodzących” reliktywne instytucje prawne jawią się jako te, które trwają pomimo transformacji.

Biorąc jednak pod uwagę złożoność instytucji prawnej jako zespołu licznych norm prawa zarówno pozytywnego (formanty ustawodawcze), jak i operatywnego (formanty orzecznicze), nie sposób wymagać całkowitej statyczności normatywnej danej instytucji. Pewne zmiany są nieuniknione. Każdy wyrok sądowy i każdy artykuł doktrynalny wpływają na zmianę stanu prawnego *sensu largo* – prawa wyinterpretowanego

⁴⁹ „Ciągłość normatywna” odwołuje się do treści norm prawnych, składających się na instytucje prawne, przy czym „normy prawne” rozumiane są tu jako zdania dyrektywne, wyrażone w języku prawniczym, mające charakter generalny i abstrakcyjny. Por. A. BATOR, *op. cit.*, s. 142-144. Do „norm prawnych” zaliczam zarówno normy zrekonstruowane w oparciu o ustanowione przez ustawodawcę przepisy prawne (normy prawa pozytywnego i normy wyinterpretowane z prawa pozytywnego), jak też normy zrekonstruowane w oparciu o prawo operatywne (rzeczywiście stosowane przez sądy). Te pierwsze odpowiadają „formantom ustawodawczym” R. Sacco, a te drugie – „formantom orzeczniczym”. Por. R. SACCO, *Legal Formants... (Instalment I of II)*..., s. 21 i n.

i prawa operatywnego. Rozumienie norm prawa stanowionego (formantów ustawodawczych) ulega przekształceniu pod wpływem doktryny (formantów doktrynalnych) i orzecznictwa (formantów orzeczniczych). W pewnym sensie można więc powiedzieć, że system prawny – jak i jego poszczególne instytucje – jest w ciągłym ruchu. Dostrzeżenie aspektu statycznego, jeżeli nie ma być on ograniczony jedynie do ciągłości przepisów kodeksowych (co byłoby zbyt daleko idącym uproszczeniem⁵⁰) wymaga więc pewnego wysiłku poznawczego.

3.3.2. Metodologia badania ciągłości normatywnej

Klucza do ustalenia „tożsamości” reliktu prawnego, tj. do uznania, że dana instytucja prawna przetrwała transformację i nadal pozostaje tą samą instytucją, należy szukać w definicji instytucji prawnej, wyrażającej istotę tego pojęcia. Jak wskazano wyżej (pkt 3.2), instytucję prawną rozumie się w nauce prawa jako spójny zespół norm regulujących określony wycinek życia społecznego i spełniających łącznie określoną funkcję. Powstaje jednak pytanie, kiedy dana instytucja prawna przekształca się w inną, tak że nie sposób już mówić o ciągłości. Na pewno nie powinna tu decydować nazwa danej instytucji, np. zmiana nazwy z „apelacja” na „rewizja” nie powinna być decydującym czynnikiem przemawiającym za uznaniem, że w roku 1950 i 1996 zastąpiono jedną instytucję prawną inną (wprowadzając, a następnie znosząc rewizję). Podobnie zmiana nazwy z „zasady współżycia społecznego” na „dobrą wiarę” (gdyby ustawodawca w końcu zdecydowałby się na ten krok) nie przesądzałyby o tym, że nie mamy do czynienia z nieciągłością instytucji prawnej. Konieczne byłoby zbadanie, czy w praktyce stosowania prawa – a zatem na poziomie prawa operatywnego (formantów orzeczniczych) nastąpiło odejście od dotychczasowych norm i ich zastąpienie nowymi. Pomocnicze znaczenie będzie miała też analiza formantów doktrynalnych, które częstokroć wpływają na treść prawa operatywnego.

Nie ulega wątpliwości, że przy badaniu ciągłości danej instytucji prawnej nie można polegać wyłącznie na mechanicznym porównywaniu tekstu

⁵⁰ Byłoby to tzw. „wąskie ujęcie analityczne”, które poddane zostało krytyce, w oparciu o konkretne przykłady reliktyw prawnych, w pracy R. MAŃKO, *Relikty...*, s. 210 i n.

przepisów prawnych (formantów ustawodawczych), lecz że konieczne jest sięgnięcie do prawa operatywnego (formantów orzeczniczych)⁵¹. Ponadto zastąpienie jednego tekstu aktu prawnego przez inny, tj. zastąpienie jednych przepisów przez inne nie musi oznaczać zmiany na poziomie normatywnym, gdyż normy zakodowane w nowych przepisach, nawet o odmiennym brzmieniu, mogą mieć taką samą lub zbliżoną treść⁵². Przykładowo więc fakt, że spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu regulowane było w trzech kolejnych aktach prawnych rangi ustawowej, nie przekreśla, że mamy wciąż do czynienia z tym samym (tożsamym historycznie) prawem rzeczowym.

3.3.3. Przypadki problematyczne i konieczność wyróżnienia istoty (rdzenia) danej instytucji prawnej

Problematyczne są wszelkie wypadki, gdy treść normatywna danej instytucji ulega zmianie. Rodzi się bowiem pytanie, jak daleko idące zmiany można uznać za pozwalające na zachowanie tożsamości danej instytucji, a kiedy już o takiej tożsamości nie można mówić. Kluczowe w tym kontekście wydają się trzy momenty. Po pierwsze, istota (rdzeń) danej instytucji prawnej, przeciwstawiony jego „otocze”. Można bowiem przyjąć, że każda instytucja prawna ma bowiem swoje *essentialia*, które ją typizują (wyróżniają spośród innych instytucji prawnych), *naturalia*, które zazwyczaj (w perspektywie historyczno-porównawczej) należą do zespołu norm wchodzących w skład danej, typowej instytucji, oraz *accidentalia*, które niekiedy występują w ramach danej instytucji. Oceny, które normy należą do której kategorii, można dokonać jedynie w oparciu o kryteria systemowe i historyczno-porównawcze. Kryteria systemowe odwołują się do miejsca danej instytucji w określonej gałęzi i dziale prawa. Kryteria historyczno-porównawcze natomiast zakładają porównanie analizowanej instytucji z jej odpowiednikami w innych systemach prawnych i epokach historycznych.

⁵¹ Należy przy tym stanowczo odróżnić od siebie aspekt normatywny instytucji prawnej (tj. treść norm prawnych, składających się na nią, zarówno zrekonstruowanych w oparciu o prawo pozytywne, jak i operatywne) od aspektu funkcjonalnego instytucji prawnej (jej skutków społecznych). Por. pkt 3.4. poniżej.

⁵² T. GRZYBOWSKI, *Wpływ zmian prawa na jego wykładnię*, Warszawa 2013, s. 42-43.

Essentialia danej instytucji prawnej są tymi elementami tej instytucji (zazwyczaj poszczególnymi normami prawnymi, które się na nią składają), które ją typizują, tj. które przesądzają o tym, że jest ona tą właśnie, a nie inną instytucją, tj. że potencjalnie należy do zbioru innych, jednorodzących instytucji prawnych (istniejących w innych systemach prawnych i epokach historycznych lub mogących, hipotetycznie, zaistnieć⁵³).

W razie wątpliwości kluczowe znaczenie ma rodzaj instytucji, do jakiej dana instytucja się zalicza, np. czy jest ona *ius in rem*, czy *contractus nominatus*. Wiadomo, że istotnych elementów prawa podmiotowego rzeczowego należy poszukiwać w sferze bezwzględnych uprawnień do władania określonym składnikiem majątkowym, a istotnych elementów umowy nazwanej – w podstawowych świadczeniach stron.

I tak, przykładowo, do *essentialia* sprzedaży należeć będzie zobowiązanie do wydania rzeczy i zapewnienia jej spokojnego posiadania; zobowiązanie do przeniesienia jej własności będzie stanowić *naturale*⁵⁴, zaś automatyczne przeniesienie własności (czynność prawna o podwójnym skutku) – to już tylko *accidentale*⁵⁵. Do *essentialia* z kolei spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu, które jest prawem rzeczowym ograniczonym, należeć będzie uprawnienie *erga omnes* do używania oznaczonego lokalu, zbywalne *inter vivos* i *mortis causa*. Natomiast np. prawo do jego wynajmowania bez ograniczeń, powiązanie prawa z członkostwem spółdzielni, czy też zasada jednopodmiotowości – należeć będą do *accidentalialia*, względnie do *naturalia* tej instytucji prawnej. Z naszego punktu widzenia rozróżnienie na *accidentalialia* i *naturalia* nie jest zresztą kluczowe, gdyż nie pełni funkcji typizującej, a co za tym idzie – nie rozstrzyga o zachowaniu tożsamości danej reliktywnej instytucji prawnej.

⁵³ Możliwe jest bowiem występowanie instytucji, która jest jedynym elementem zbioru instytucji prawnych danego rodzaju, choćby dlatego, że jeszcze nie pojawiły się jej odpowiedniki w innych systemach prawnych, a ma ona charakter nowatorski.

⁵⁴ A nie *essentials*, bo przykładowo w prawie rzymskim i prawie socjalistycznym przeniesienie własności nie należało do *essentialiów* sprzedaży.

⁵⁵ Nie zna jej np. współczesne prawo niemieckie, a prawo polskie – tylko w odniesieniu do rzeczy oznaczonych co do tożsamości.

3.4. Aspekt dynamiczny reliktyw prawnych – adaptacja funkcjonalna

3.4.1. Pojęcie funkcji instytucji prawnej

Istota reliktyw prawnych zasadza się na ich ciągłości normatywnej (aspekt statyczny) pomimo transformacji ustrojowej. Często aspektowi statycznemu towarzyszy także aspekt dynamiczny, polegający na zmianie funkcji pełnionych przez określoną instytucję (adaptacja funkcjonalna). Choć adaptacja funkcjonalna nie wydaje się należeć do istoty reliktywu prawnego, z pewnością zazwyczaj go cechuje.

Przed przejściem do szczegółowych rozważań dotyczących funkcji reliktywowych instytucji prawnych, konieczne jest zdefiniowanie pojęcia „funkcji” w prawie⁵⁶. I. Bogucka wyróżniła cztery możliwe rozumienia tego pojęcia – po pierwsze, tzw. matematyczne rozumienie funkcji jako relacji (współzależność) pomiędzy prawem a rzeczywistością społeczną⁵⁷; po drugie, funkcja jako działanie (rola) prawa w społeczeństwie⁵⁸; po trzecie, funkcja jako założony cel⁵⁹ i wreszcie po czwarte, funkcja jako skutek, tj. rzeczywiste oddziaływanie prawa⁶⁰.

W niniejszym artykule pojęcie „funkcji” będzie rozumiane w drugim i czwartym znaczeniu, tj. jako rzeczywistej roli społecznej danej instytucji prawnej, z uwzględnieniem skutków jej oddziaływania na życie społeczne⁶¹. Pojęcie „funkcji” instytucji prawnej na potrzeby analizy reliktyw prawnych należy rozumieć w sposób maksymalnie realistyczny

⁵⁶ Pojęcie „funkcji” do analizowania reliktyw prawnych wprowadził pionier badań w tej dziedzinie, K. RENNER, *op. cit.*. Nie można zgodzić się z I. Bogucką, jakoby użycie pojęcia funkcji „milcząco wprowadzało do formułowanych twierdzeń element wartościowania”, choć prawdą jest, że wymaga ono „poczynienia pewnych założeń wyjściowych dotyczących prawa i społeczeństwa” (por. I. BOGUCKA, *Funkcje prawa. Analiza pojęcia*, Kraków 2000, s. 143). Założenia takie – oparte o teorię społecznego konstruowania rzeczywistości – zostaną przedstawione w pkt 3.4.2 poniżej.

⁵⁷ I. BOGUCKA, *op. cit.*, s. 11-26.

⁵⁸ *Ibidem*, s. 27-50.

⁵⁹ *Ibidem*, s. 51-66.

⁶⁰ *Ibidem*, s. 67-93.

⁶¹ Por. K. RENNER, *op. cit.*, s. 55; A. REDELBACH, S. WRONKOWSKA, Z. ZIEMBIŃSKI, *Zarys teorii państwa i prawa*, Warszawa 1994, s. 270. Poza zakresem tak rozumianej funkcji znajdują się w szczególności poglądy społeczeństwa na temat funkcji prawa, które w polskiej nauce badała m.in. M. BORUCKA-ARCTOWA, *Z zagadnień społecznego*

(„realizm funkcjonalny”), tj. zwracając uwagę na „rzeczywiste zachowanie” aktorów prawnych, a nie na aprioryczne założenia ustawodawcy, doktryny prawniczej czy społeczeństwa⁶² dotyczące tego, jakie funkcje dana instytucja ma pełnić (funkcjonalizm klasyczny)⁶³, co odpowiadałoby trzeciemu znaczeniu „funkcji” w ujęciu I. Boguckiej (funkcja jako założony cel). Jak słusznie podkreśla bowiem D. Šulmane, normy prawne mogą wywierać zarówno skutki zamierzone i pożądane przez ustawodawcę, jak też skutki niezamierzone czy wręcz niepożądane⁶⁴. W odróżnieniu jednak od propozycji zgłoszonych przez I. Bogucką⁶⁵, pod pojęciem „funkcji” rozumiane będą zarówno skutki „pozytywne”, jak i „negatywne”⁶⁶, a to dlatego, że ocena (wartościowanie) danych skutków zależy od przyjmowanego społecznego punktu widzenia⁶⁷, a badacz działający na pograniczu historii i socjologii prawa, zainteresowany wyjaśnieniem mechanizmów ciągłości instytucji prawnych, powinien przyjmować zewnętrzny punkt widzenia. Konsekwencją przyjętej konwencji jest wykluczenie pojęcia „dysfunkcjonalności” i jego ewentualne zastąpienie pojęciami „skutków niepożądanych przez ustawodawcę” lub „skutków nieprzewidzianych przez ustawodawcę”⁶⁸.

Przykładowo, ustawodawca francuski, powołując do życia instytucję tzw. „cywilnego paktu solidarności” („PaCS”)⁶⁹, tj. związku partnerskiego, miał na względzie prawną instytucjonalizację związków

badania prawa, Kraków 1962; EADEM, *Poglądy na funkcje społeczne prawa w świetle badań empirycznych*, «PiP» 5/1981. Por. I. BOGUCKA, *op. cit.*, s. 141.

⁶² Por. A. REDELBAH i in., *op. cit.*, s. 269-270.

⁶³ Por. B.Z. TAMANAHA, *Realistic Socio-Legal Theory: Pragmatism and a Social Theory of Law*, Oxford 1997, s. 106.

⁶⁴ D. ŠULMANE, *Versatility of Effects of Legal Provisions*, [w:] *Quality of Legal Acts in Contemporary Legal Space*, red. J. ROZENFELDS i in., Riga 2012, s. 438-439.

⁶⁵ I. BOGUCKA, *op. cit.*, s. 92-93.

⁶⁶ Tak samo A. REDELBAH i in., *op. cit.*, s. 275.

⁶⁷ Przykładowo, fakt, że po 1990 r. spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu pełni nowe funkcje lokaty kapitału i narzędzia pobierania renty kapitałowej (w drodze wynajmu), może być oceniany różnie, zależnie od poglądów ekonomicznych i politycznych danej osoby.

⁶⁸ D. ŠULMANE, *op. cit.*, s. 438-439.

⁶⁹ Art. 515-1 k.c. francuskiego.

homoseksualnych, nie określając jednak (odmiennie, niż ustawodawca niemiecki⁷⁰), że para zawierająca „pakt solidarności” musi składać się z dwóch osób tej samej płci. Praktyka posługiwania się tą instytucją prawną poszła w takim kierunku, iż większość osób zawierających „pakt solidarności” to pary heteroseksualne, poszukujące mniej zobowiązujących form instytucjonalizacji swego pożycia niż tradycyjny związek małżeński⁷¹. W takim wypadku lepiej jest mówić o „skutkach nieprzewidzianych przez ustawodawcę” niż (ocennie) o „dysfunkcjonalności” instytucji.

3.4.2. Typologia funkcji instytucji prawnych

Analiza funkcji instytucji prawnych⁷² i ich ewentualnych zmian wymaga wprowadzenia określonej typologii tych funkcji, co jest niezbędne w celu uporządkowania materiału empirycznego i prowadzonych na jego podstawie rozważań. Pozostając przy realistycznym podejściu do istoty funkcji (por. wyżej, pkt 3.4.1), celowe wydaje się podzielenie funkcji, po pierwsze, na skierowane do wewnątrz systemu prawnego (funkcje wewnątrzsystemowe – *ad intra*) oraz skierowane do innych systemów (subświatów) rzeczywistości społecznej (funkcje pozasystemowe – *ad extra*)⁷³. Funkcje *ad intra* określonej instytucji prawnej zakładają, że prawo jest pewnym zamkniętym systemem funkcjonalnym⁷⁴, a dana instytucja pełni w nim dającą się określić funkcję (w znaczeniu

⁷⁰ Por. § 1 Lebenspartnerschaftsgesetz z 16.II.2001 (BGBl. I, S. 266).

⁷¹ Por. np. S. SAYARE, M. DE LA BAUME, *In France, Civil Unions Gain Favor Over Marriage*, «New York Times» 15.XII.2010 r., dostęp online: http://www.nytimes.com/2010/12/16/world/europe/16france.html?pagewanted=all&_r=0 (27/1/2016).

⁷² Por. I. BOGUCKA, *op. cit.*, s. 94. Niniejsze rozważania dotyczą wyłącznie funkcji instytucji prawnych rozumianych w sposób określony w pkt 3.2 powyżej.

⁷³ Funkcje *ad extra* odpowiadają pojęciu „funkcji społecznych” w ujęciu I. BOGUCKIEJ, *op. cit.*, s. 96.

⁷⁴ Pojęcie „systemu” w odniesieniu do prawa rozumiane jest tu w takim znaczeniu, że prawo składa się z powiązanych ze sobą norm, które zgrupowane są w instytucje, gałęzie i działy prawa, a pomiędzy nimi występują związki funkcjonalne. Takie ujęcie nie przesądza, czy normy te są spójne (np. aksjologicznie) i niesprzeczne treściowo, wskazuje jednak na istnienie wewnętrznych współzależności w obrębie systemu prawnego. Por. M. STĘPIEŃ, *Systemowość prawa europejskiego*, Poznań 2008, s. 13.

przedstawionym w pkt 3.4.1). Przykładowo, instytucja rewizji nadzwyczajnej pełniła, w obrębie systemu prawnego PRL, funkcję eliminowania z obrotu prawomocnych orzeczeń sądowych niezależnie od inicjatywy stron, a instytucja procedury pytań prawnych do Sądu Najwyższego pełniła i nadal pełni funkcję wiążącego rozstrzygnięcia przez SN zagadnień prawnych przed sądem II instancji w trybie pozainstancyjnym, także niezależnie od inicjatywy stron.

Typologia funkcji *ad extra* – funkcji społecznych, wychodzących poza obręb systemu prawnego – musi z kolei być oparta na określonej wizji pozaprawnej rzeczywistości społecznej. Podążając w tym względzie za juryscentryczną koncepcją A. Kozaka, za najbardziej adekwatną należy uznać wypracowaną przez P. Bergera i Luckmanna wizję równoległych „subświatów instytucjonalnych”, które konstruują swoje własne systemy znaczeń, interpretujących w określony sposób rzeczywistość⁷⁵. Prawo jest właśnie jednym z takich subświatów, a funkcje *ad extra* instytucji prawnych odnoszą się, przy takich założeniach, do oddziaływania subświata prawnego na inne, równoległe względem niego subświaty. Stąd też typologia funkcji *ad extra* powinna stanowić, w pierwszym rzędzie, pochodną określonej typologii subświatów instytucjonalnych⁷⁶.

Wynika stąd propozycja wyróżnienia przede wszystkim funkcji ekonomicznych (oddziaływanie danej instytucji prawnej na subświat ekonomiczny) i politycznych (oddziaływanie danej instytucji prawnej na subświat polityki)⁷⁷.

⁷⁵ P. BERGER, T. LUCKMANN, *The Social Construction of Reality: A Treatise in the Sociology of Knowledge*, London 1991 [1966]; A. KOZAK, *Granice prawniczej władzy dyskrecjonalnej*, Wrocław 2002, s. 136 i n.; IDEM, *Myślenie analityczne w nauce prawa i praktyce prawniczej*, Wrocław 2010, s. 47 i n.

⁷⁶ Ujęcie funkcji prawa, proponowane w pracy A. REDELBACH i in., *op. cit.*, s. 270 i nast. (stabilizująca, dynamizacyjna, ochronna, organizacyjna, represyjna, wychowawcza) nie wydaje się adekwatne do badań nad relikdami prawnymi, gdyż ulokowane jest ono na wyższym poziomie uogólnienia, przez co nie daje się ono połączyć ze zjawiskiem transformacji ustrojowej.

⁷⁷ Por. A. KOZAK, *Granice...*, s. 139, gdzie wyróżnia się „porządki” – prawny, polityczny i ekonomiczny, a także „światy” – prawa, polityki, społecznej moralności i ekonomii.

Równocześnie jednak nie można zapominać, że prawo oddziałuje nie tylko na zachowania podmiotów poruszających się w obrębie określonych subświatów, ale także na ich świadomość⁷⁸. Innymi słowy, prawo pełni nie tylko funkcje normatywno-represyjne (regulujące zachowanie ludzi i ich grup za pomocą odpowiednio sankcjonowanych norm prawnych), ale także funkcje symboliczne (oddziaływanie na świadomość, poglądy, przekonania itp. ludzi i ich grup, w tym na sposób postrzegania samych siebie jako podmiotów⁷⁹). Tę ostatnią funkcję określić można jako „funkcję symboliczną” lub „ideologiczną” prawa⁸⁰.

Nadto należy wyróżnić, jako kategorię rezydualną, funkcje społeczne *sensu stricto* instytucji prawnych jako obejmujące wszelkie funkcje społeczne *sensu largo* niemieszczące się w kategorii funkcji politycznych, ekonomicznych i ideologicznych. Przykładowo, funkcją instytucji małżeństwa na gruncie k.r.o. jest nie tylko organizacja ekonomicznych aspektów pożycia (funkcja ekonomiczna), a także utwierdzenie społeczeństwa w przekonaniu o szczególnej wartości trwałego, monogamicznego i heteroseksualnego pożycia nad innymi formami pożycia (funkcja ideologiczna), ale także organizacja życia osobistego małżonków (funkcja społeczna *sensu stricto*).

Prowadzi to do czwórelementowej typologii funkcji społecznych (*ad extra*) instytucji prawnych: ekonomicznych, politycznych, społecznych *sensu stricto* i ideologicznych⁸¹. W obrębie funkcji ekonomicznych celowe jest nadto wyróżnienie funkcji makroekonomicznych (odnoszących

⁷⁸ H. COLLINS, *Marxism and Law*, London 1982, s. 50-51.

⁷⁹ Por. koncepcję tzw. „interpelacji ideologicznej”, o której por., w odniesieniu do prawa: R. MAŃKO, *Koncepcja interpelacji ideologicznej a krytyczny dyskurs o prawie*, «Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej» 8/2014; IDEM, «Reality Is for Those Who Cannot Sustain the Dream»: *Fantasies of Selfhood in Legal Texts*, «Wrocław Review of Law, Administration and Economics» 4.2/2015. Por. A. SULIKOWSKI, *Posthumanizm a prawoznawstwo*, Opole 2013, s. 98.

⁸⁰ Por. L. ALTHUSSER, *Ideologie i aparaty ideologiczne państwa*, Warszawa 2006 [1969], s. 10; I.D. BALBUS, *Commodity Form and Legal Form: An Essay on the Relative Autonomy of Law*, «Law and Society Review» 11/1977; R. MAŃKO, *Quality...*, s. 541.

⁸¹ Należy przy tym pamiętać, że takie same funkcje pełnią także inne, obecne w społeczeństwie, systemy normatywne (obyczaje, moralność), a także inne subświaty (subświat ekonomiczny, religijny). Por. I. BOGUCKA, *op. cit.*, s. 98-99.

się do gospodarki państwa jako całości) i mikroekonomicznych (odnoszących się np. do pojedynczego przedsiębiorstwa czy gospodarstwa domowego).

Powyższe tezy teoretyczne można zilustrować, odwołując się do przykładu spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu, które do 1989 r. pełniło równocześnie zarówno funkcje ekonomiczne, polityczne i ideologiczne, które uległy zmianom po transformacji ustrojowej⁸². W sferze mikroekonomicznej (perspektywa gospodarstwa domowego) prawo to zapewniało osobom fizycznym i rodzinom zaspokojenie ich potrzeb mieszkaniowych. W sferze makroekonomicznej skłaniało obywateli do przesunięcia środków z indywidualnego funduszu konsumpcji do zbiorowego funduszu inwestycji w ten sposób, że mogli oni sfinansować budowę swojego lokum ze środków wypłacanych im przez socjalistyczne państwo w charakterze pensji. Równocześnie skłaniało to obywateli uzyskujących inne, np. nieujawnione dochody, do ich legalizacji poprzez nabycie od kontrolowanej przez państwo spółdzielni mieszkaniowej lokalu. Przewidziano nawet specjalny tryb dla obywateli dysponujących dewizami. W sferze politycznej konstrukcja dogmatyczna spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu, w powiązaniu z konstrukcjami dogmatycznymi spółdzielni mieszkaniowej, prawa użytkowania wieczystego oraz rzeczywistym dysponowaniem własnością gruntów przez państwo pozwalała socjalistycznemu państwu zachować własność gruntów, przekazując je spółdzielniom w użytkowanie wieczyste, które wznosiły na tych gruntach budynki (stanowiące własność spółdzielni), a obywatele mogli uzyskać jedynie *ius in re aliena* do sfinansowanego w całości z własnych środków lokalu. Niewątpliwie, umacniało to państwo i jego centralne władze (a co za tym idzie – rządzące krajem elity partyjne) względem jednostek-obywateli, którym odmawiano prawa odrębnej własności lokalu, a nawet – w wypadku spółdzielców przedwojennych – prawo takie im odbierano. Wreszcie w sferze ideologicznej taki stan rzeczy odpowiadał podstawowym założeniom marksizmu-leninizmu,

⁸² R. MAŃKO, *The Cooperative Member's Proprietary Right to an Apartment: A Legal Survival of the Period of Actually Existing Socialism in Polish Private Law*, «Zeszyty Prawnicze» 15.4/2015, s. 147 i n.

wedle których środki produkcji (*in casu*, ziemia) powinny należeć do państwa socjalistycznego.

Po 1989 r. odpadły dotychczasowe funkcje ideologiczne, polityczne i makroekonomiczne spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu. Utrzymały się funkcje mikroekonomiczne (zaspokajanie potrzeb mieszkaniowych), ale dołączyły do nich nowe. Instytucja spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu pełni, po 1989 r., nowe funkcje mikroekonomiczne – może stać się dobrem inwestycyjnym, lokatą oszczędności, przedmiotem spekulacji na rynku nieruchomości, jak też narzędziem do pobierania renty kapitałowej. Z uwagi na rozmaite przepisy obowiązujące w okresie pierwszych czterech dekad istnienia przedmiotowej instytucji prawnej, nie była ona zdolna pełnić takich funkcji w okresie PRL.

3.4.3. Mechanizmy adaptacji funkcji instytucji prawnej

Adaptacja funkcjonalna może następować zarówno w wyniku praktyki wykładni⁸³, jak i w wyniku ingerencji ustawodawcy w treść przepisów, składających się na daną instytucję. Mówiąc językiem R. Sacco, adaptacja instytucji prawnej może następować zarówno w sferze formantów orzeczniczych, jak i ustawodawczych. Odwołując się do przytoczonych wcześniej przykładów, można mówić o adaptacji funkcjonalnej ograniczonej do sfery formantów orzeczniczych np. w wypadku klauzul generalnych, natomiast o adaptacji funkcjonalnej obejmującej także formanty ustawodawcze, a więc przepisy prawa pozytywnego – w wypadku spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu.

3.4.4. Czy adaptacja funkcjonalna jest niezbędna? Problem instytucji i norm „neutralnych ideologicznie” („technicznych”)

Na wstępie niniejszej części rozważań (por. pkt 3.4.1) pojawiła się sugestia, by do istoty reliktu prawnego zaliczyć aspekt statyczny (ciągłość normatywną) w warunkach transformacji ustrojowej, traktując natomiast adaptację funkcjonalną jako zazwyczaj należącą do jego

⁸³ Por. K. OPAŁEK, *Zagadnienia teorii prawa i teorii polityki*, Warszawa 1986, s. 211-212.

właściwości, ale bez zaliczania jej do istoty samego zjawiska. Za takim postawieniem sprawy kryje się hipoteza, że możliwe są relikty prawne, które nie zmieniają swych funkcji, tj. pełnią te same funkcje zarówno w ustroju dawnym, jak i nowym. Tego rodzaju instytucje prawne (a także poszczególne normy wchodzące w ich skład) miałyby zatem charakter neutralny (politycznie, ideologicznie czy w odniesieniu do ustroju gospodarczego), mogłyby więc przetrwać – bez zmiany swej zasadniczej funkcji – zarówno przekształcenie feudalizmu w kapitalizm, jak też kapitalizmu w tzw. socjalizm realny, a nawet przetrwać upadek tego ostatniego i wynikającą stąd restaurację stosunków rynkowych w gospodarce.

Pogląd taki stanowi nawiązanie do koncepcji sformułowanej swego czasu przez włoskiego komparatystę o zacięciu teoretycznym, R. Sacco, którego zdaniem większość „morfemów prawnych” (formantów, instytucji itp.) ma charakter politycznie i ideologicznie neutralny⁸⁴. Zdaniem R. Sacco: „wiele przepisów prawnych (*legal rules*) zdolnych jest przetrwać rewolucje właśnie dlatego, że nie reprezentują one żadnej aksjologii, nie odpowiadają żadnej ideologii, obce są wszelkim systemom moralnym, a odpowiadają podstawowym potrzebom organizacji społeczeństwa.”⁸⁵ Obserwacja R. Sacco jest niewątpliwie interesująca. Jeżeli bowiem przyjmujemy, że większość instytucji prawnych, takich jak karalność zabójstwa (podana jako przykład przez samego Sacco z powołaniem się na... J. Stalina⁸⁶), czy „techniczne” reguły prawa prywatnego (Sacco przywołuje tu takie instytucje, jak *obligatio, rei vindicatio, emptio venditio*⁸⁷), mają charakter „neutralny”, jak nazywa je Sacco, wówczas fakt, iż przetrwały one kolejne transformacje ustrojowe, jest oczywistością.

Sacco rozwija tę myśl w następujących słowach: „Neutralność tych morfemów wyjaśnia przetrwanie (*survival*) rzymskich norm i instytucji w prawie feudalnym, wolnorynkowym i socjalistycznym (...). Z drugiej strony neutralność morfemów prawnych wyjaśnia, dlaczego społeczeństwa oparte na podobnych podstawach gospodarczych mogą

⁸⁴ R. SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Instalment II of II)*, «American Journal of Comparative Law» 39.2/1991, s. 393-394.

⁸⁵ R. SACCO, *Legal Formants... (Instalment II of II)...*, p. 392.

⁸⁶ Ibidem, s. 392.

⁸⁷ Ibidem, s. 393.

dysponować normami i instytucjami, które są w sposób nieredukowalny odmienne, tak jak ma to miejsce w wypadku instytucji prawa *common law*, które są w nieredukowalny sposób odmienne od prawa kontynentalnego. [...] [P]rawo dysponuje własnym geniuszem, który pozwala na to, by następowały zmiany [społeczne – R.M.], podczas gdy leżące u podstaw struktury prawne trwają.⁸⁸

Idąc za tezą R. Sacco, reliktowe instytucje i normy prawne należałoby podzielić na ideologicznie neutralne („techniczne”) i ideologicznie „naznaczone” (upolitycznione). Przykładowo, instytucja pytań prawnych do Sądu Najwyższego z pewnością jest instytucją „techniczną”, którą można wyobrazić sobie w każdym ustroju i epoce historycznej (jej prekursorem jest wszak *Aktenversendung* dawnego *ius commune*). Z kolei instytucja czynnej legitymacji prokuratora w postępowaniu cywilnym, choć z pozoru czysto techniczna, ma niewątpliwie swą ideologiczną genezę. Można w związku z tym postawić roboczą tezę, że „techniczne” relikty prawne mogą przetrwać bez zmiany swej funkcji społecznej (choć zmiana taka jest niewykluczona), podczas gdy „ideologiczne” relikty prawne muszą zostać wpierw pozbawione swoich aspektów ideologiczno-politycznych⁸⁹, zanim będą mogły przetrwać⁹⁰. Bliższa analiza mechanizmów przetrwania np. zasad współżycia społecznego (początkowo silnie zideologizowanych) czy ideologicznie inspirowanych praw rzeczowych (spółdzielcze prawo do lokalu, użytkowanie wieczyste) zdaje się powyższą tezę potwierdzać, choć niewątpliwie konieczne są tu dalsze, szczegółowe badania na płaszczyźnie empirycznej.

⁸⁸ Ibidem, s. 393-394.

⁸⁹ Co oznacza pozbawienie ich określonych ideologicznych i politycznych funkcji. Por. R. MAŃKO, «*We Do Not Recognise Anything 'Private'*»: *Public Interest and Private Law Under the Socialist Legal Tradition and Beyond*, [w:] *Private Interest and Public Interest in European Legal Tradition*, red. B. SIEK i in., Olsztyn 2015, s. 65.

⁹⁰ Ciągłość reliktowych instytucji prawnych bez zmiany ich funkcji społecznej można też wytłumaczyć bez odwoływania się do koncepcji instytucji technicznych i neutralnych, albowiem brak zmiany może bowiem wynikać także z podobieństwa, w danym zakresie, pomiędzy ustrojem wcześniejszym a późniejszym. Zagadnienie to wymaga jednakże dodatkowych badań.

4. ZAKOŃCZENIE

Transformacja ustrojowa, niezależnie od tego, czy przebiega ona gwałtownie, czy stopniowo, pociąga za sobą zazwyczaj daleko posunięte zmiany w prawie. Część z tych zmian następuje niemal od razu (np. w Polsce – nowela k.c. z 1990 r.), inne natomiast następują z mniejszym lub większym opóźnieniem. Prawo jednak nie ulega całkowitej zmianie i nie jest rekonstruowane od zera. Część instytucji prawnych trwa pomimo transformacji. Niektóre z nich, w szczególności te o charakterze ideologicznie neutralnym i technicznym, nie wymagają większych adaptacji i zdolne są przetrwać kolejne zmiany ustrojowe. Inne natomiast wymagają modyfikacji, w szczególności w zakresie ich funkcji społecznej. Tym, co łączy wszystkie takie instytucje, jest ich aspekt statyczny – ciągłość normatywna, w ramach której zachowują one swoją tożsamość.

Wprowadzenie do obiegu naukowego pojęcia „reliktu prawnego” na oznaczenie tego typu instytucji prawnych jest celowe z co najmniej trzech powodów. Po pierwsze, już samo wprowadzenie tego pojęcia, rozumianego w sposób zaproponowany w artykule, zwróci uwagę badaczy na zjawiska, które w przeciwnym wypadku mogłyby umknąć ich uwadze, nie stając się przedmiotem pogłębionych badań naukowych. Relikty prawne, które otaczają nas codziennie od początku naszej socjalizacji prawniczej, jak np. zasady współżycia społecznego czy legitymacja czynna prokuratora w postępowaniu cywilnym, nie budzą jednak zainteresowania badaczy w takim stopniu, jak rozwiązania nowe, będące transferami prawnymi z zagranicy⁹¹. Po drugie, jak zostało wykazane w punkcie 2, brak jest – poza zaproponowanym pojęciem „reliktu prawnego” – adekwatnych pojęć opisujących zjawisko ciągłości poszczególnych instytucji prawnych pomimo transformacji ustrojowej. Istniejące w obiegu naukowym pojęcia: „tradycja prawna”, „ciągłość prawna” i „recepja prawa” („przeszczep”, „transfer” prawny), pomimo

⁹¹ Może to prowadzić wręcz do celowego pomijania epoki realnego socjalizmu w badaniach nad rozwojem instytucji prawa prywatnego w myśl założenia, że epoka ta była „zaciemnieniem” (*blackout*) w rozwoju prawa. Por. szerzej T. GIARO, *Some Prejudices About the Legal Tradition of Eastern Europe*, [w:] *Comparative Law in Eastern and Central Europe*, red. B. SÍTEK i in., Cambridge 2013, s. 45-48.

niewątpliwej wartości poznawczej i adekwatności do innych celów nie są, jak się wydaje, do końca odpowiednie, by uchwycić szczególne właściwości reliktywów prawnych. Po trzecie wreszcie, pojęcie „reliktywności”, zaproponowane w niniejszym artykule, jest nie tylko sugestią wprowadzenia nowej nazwy („etykiety”) do obiegu naukowego, ale pociąga za sobą określony program badawczy – skłaniający do interdyscyplinarnego namysłu nad ciągłością instytucji prawnych pomimo transformacji ustrojowej, ze szczególnym uwzględnieniem zmian funkcji społecznej poszczególnych reliktywów prawnych oraz interakcji pomiędzy ciągłością normatywną (aspektem statycznym) a zmianami funkcjonalnymi (aspektem dynamicznym).

SYSTEMIC TRANSFORMATION AND THE CONTINUITY OF SELECTED LEGAL INSTITUTIONS

Summary

Despite a systemic transformation a number of legal institutions survive. The existing conceptual framework does not account sufficiently for this phenomenon, hence the need to introduce and refine the concept of ‘legal survival,’ as applicable to a legal institution characterised by normative continuity, though often attended by a political, economic, social or ideological change in its social function.

Słowa kluczowe: transformacja, instytucje prawne, ciągłość normatywna, funkcja społeczna, relikty prawne.

Keywords: transformation, legal institutions, normative continuity, social function, legal survivals.

Literatura:

- ALTHUSSER L., *Ideologie i aparaty ideologiczne państwa*, Warszawa 2006
BALBUS I.D., *Commodity Form and Legal Form: An Essay on the Relative Autonomy of Law*, «Law and Society Review» 11/1977
BARDACH J., *Recepcja w historii państwa i praw [w:] Themis a Clio czyli prawo a historia*, Warszawa 2001

- BATOR A., [w:] *Wprowadzenie do nauk prawnych. Leksykon tematyczny*², red. A. BATOR, Warszawa 2008
- BERGER P., LUCKMANN T., *The Social Construction of Reality: A Treatise in the Sociology of Knowledge*, London 1991 [1966]
- BOGUCKA I., *Funkcje prawa. Analiza pojęcia*, Kraków 2000
- BORUCKA-ARCTOWA M., *Z zagadnień społecznego badania prawa*, Kraków 1962
- BORUCKA-ARCTOWA M., *Poglądy na funkcje społeczne prawa w świetle badań empirycznych*, «Państwo i Prawo» 36.5/1981
- COLLINS H., *Marxism and Law*, London 1982
- FINNIS J., *Revolutions and the Continuity of Law*, [w:] *Philosophy of Law: Collected Essays*, IV, Oxford 2011
- GERRING J., *Social Science Methodology. A United Framework*, Cambridge 2012
- GIARO T., *Legal Tradition of Eastern Europe. Its Rise and Demise*, «Comparative Law Review» 2.1/2011
- GIARO T., *Roman Law Always Dies with a Codification*, [w:] *Roman Law and European Legal Culture*, red. A. DĘBIŃSKI, M. JOŃCA, Lublin 2008
- GIARO T., *Some Prejudices About the Legal Tradition of Eastern Europe*, [w:] *Comparative Law in Eastern and Central Europe*, red. B. SITEK i in., Cambridge 2013
- GILLESPIE J., NICHOLSON P., (red.). *Law and Development and the Global Discourses of Legal Transfers*, Cambridge 2012
- GLENN H.P., *Concept of a Legal Tradition*, «Queen's Law Journal» 34/2008-2009
- GLENN H.P., *Legal Traditions of the World*⁵, Oxford 2014
- GRAZIADEI M., *Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions*, [w:] *The Oxford Handbook of Comparative Law*, red. M. REIMANN, R. ZIMMERMANN, Oxford 2008 [2006]
- GROMSKI W., [w:] *Wprowadzenie do nauk prawnych. Leksykon tematyczny*², red. A. BATOR, Warszawa 2008
- GRZYBOWSKI T., *Wpływ zmian prawa na jego wykładnię*, Warszawa 2013
- KOZAK A., *Granice prawniczej władzy dyskrejonalnej*, Wrocław 2002
- KOZAK A., *Myslenie analityczne w nauce prawa i praktyce prawniczej*, Wrocław 2010
- KRZYŃÓWEK J., *Tradycje prawne Europy*, [w:] *Prawo polskie a prawo Unii Europejskiej*, red. E. PIONTEK, Warszawa 2003
- KUPISZEWSKI H., *Prawo rzymskie a współczesność*, Bielsko-Biała 2013 [1989]
- KURYŁOWICZ M., *Prawo rzymskie: historia, tradycja, współczesność*, Lublin 2003
- LESZCZYŃSKI L., *Generalne klauzule odsyłające*, Kraków 2001
- ŁOPATKA A., *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 1969

- MAŃKO R., «*Reality Is for Those Who Cannot Sustain the Dream*»: *Fantasies of Selfhood in Legal Texts*, «Wrocław Review of Law, Administration and Economics» 4.2/2015 (w druku)
- MAŃKO R., «*We Do Not Recognise Anything 'Private'*»: *Public Interest and Private Law Under the Socialist Legal Tradition and Beyond*, [w:] *Private Interest and Public Interest in European Legal Tradition*, red. B. SITEK I IN., Olsztyn 2015
- MAŃKO R., *Is the Socialist Legal Tradition «Dead and Buried»? The Continuity of Certain Elements of Socialist Legal Culture in Polish Civil Procedure*, [w:] *Private Law and the Many Cultures of Europe*, red. T. WILHELMSSON I IN., Alphen aan den Rijn 2007
- MAŃKO R., *Koncepcja interpelacji ideologicznej a krytyczny dyskurs o prawie*, «Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej» 8/2014
- MAŃKO R., *Legal Survivals: A Conceptual Tool for Analysing Post-Transformation Continuity of Legal Culture*, [w:] *Tiesību efektivitāte postmoderna sabiedrībā [Skuteczność prawa w społeczeństwie ponowoczesnym]*, Rīga 2015
- MAŃKO R., *Prawo rzymskie jako źródło prawa w Afryce Południowej*, «Zeszyty Prawnicze» 3.1/2003
- MAŃKO R., *Relikty w kulturze prawnej. Uwagi metodologiczne na tle pozostałości epoki socjalizmu realnego w polskim prawie prywatnym*, «Przegląd Prawa i Administracji» 102/2015
- MAŃKO R., *Sądowe stosowanie Corpus Iuris Civilis w Afryce Południowej w świetle wybranego orzecznictwa*, «Zeszyty Prawnicze» 4.1/2004
- MAŃKO R., *Survival of the Socialist Legal Tradition? A Polish Perspective*, «Comparative Law Review» 4.1/2013
- MAŃKO R., *The Cooperative Member's Proprietary Right to an Apartment: A Legal Survival of the Period of Actually Existing Socialism in Polish Private Law*, «Zeszyty Prawnicze» 15.4/2015
- MAŃKO R., *Weeds in the Gardens of Justice? The Survival of Hyperpositivism in Polish Legal Culture as a Symptom/«Sinthome»*, «Pólemos: Journal of Law, Literature and Culture» 7.2/2013
- OPALEK K., *Zagadnienia teorii prawa i teorii polityki*, Warszawa 1986, s. 211-212
- REDELBACH A., WRONKOWSKA S., ZIEMBIŃSKI Z., *Zarys teorii państwa i prawa*, Warszawa 1994
- RENNER K., *The Institutions of Private Law and their Social Functions*, London 1976 [1904]
- SACCO R., *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installation I of II)*, «American Journal of Comparative Law» 39.1/1991

- SACCO R., *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installation II of II)*, «American Journal of Comparative Law» 39.2/1991
- SAYARE S., DE LA BAUME, D. *In France, Civil Unions Gain Favor Over Marriage*, «New York Times» 15.XII.2010 r., dostęp online: http://www.nytimes.com/2010/12/16/world/europe/16france.html?pagewanted=all&_r=0 (27/1/2016)
- SITEK B., *Prawo rzymsko-holenderskie. Współczesne stosowanie prawa rzymskiego*, [w:] *Dzieje wymiaru sprawiedliwości*, red. T. MACIEJEWSKI, Koszalin 1999
- STĘPIEŃ M., *Systemowość prawa europejskiego*, Poznań 2008
- SULIKOWSKI A., *Posthumanizm a prawoznawstwo*, Opole 2013
- SULIKOWSKI A., *Wstęp do prawoznawstwa. Krótki kurs*, Wałbrzych 2007
- ŠULMANE D., *Versatility of Effects of Legal Provisions*, [w:] *Quality of Legal Acts in Contemporary Legal Space*, red. J. ROZENFELDS i in., Riga 2012
- TAMANAH B.Z., *Realistic Socio-Legal Theory: Pragmatism and a Social Theory of Law*, Oxford 1997
- WATSON A., *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*² [1974], Athens-London, 1993
- WOŁODKIEWICZ W., *I cambiamenti del codice civile polacco dopo 1989 possono essere trattati come segno del ritorno alla tradizione romanistica?*, [w:] *The Roman Law Tradition in Societies in Transition*, red. P. BĚLOVSKÝ, M. SKŘEJPEK, Praha 2003
- WOŁODKIEWICZ W., *Rzymskie korzenie współczesnego prawa cywilnego*, Warszawa 1978
- WRÓBLEWSKI J., *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1988
- ZABŁOCCY M. i J., *Ustawa XII Tablic. Tekst – tłumaczenie – objaśnienia*³, Warszawa 2013
- ZEDLER F., *Co dalej z kodeksem postępowania cywilnego?*, [w:] *Czterdziestolecie kodeksu postępowania cywilnego*, Kraków 2006.
- ZIEMBIŃSKI Z., *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980
- ZWEIGERT K., KÖTZ H., *Introduction to Comparative Law*³, Oxford 1998.