



Jerzy
Skorupka

O POCZĄTKU
PRAWA



Szkic
o historii procesu karnego
w kontynentalnej Europie
i Mezopotamii



Wolters Kluwer

Jerzy
Skorupka

O POCZĄTKU PRAWA



Szkic
o historii procesu karnego
w kontynentalnej Europie
i Mezopotamii



Wolters Kluwer

Wydanie publikacji zostało dofinansowane przez
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego
ze środków NCN OPUS 14 pt. *Dopuszczalność dowodów w procesie karnym.
Między poznaniem prawdy a rzetelnością i sprawnością postępowania*
nr 0201/2462/18, UMO-2017/27/B/HS5/00854

Zdjęcia zawarte w tej publikacji są powszechnie dostępne
i zostały wykorzystane do celów naukowych.

Recenzenci

Dr hab. Marian J. Ptak, prof. UWr

Dr hab. Marek Stępień

Prof. dr hab. Jerzy Zajadło

Wydawca

Monika Pawłowska

Redaktor prowadzący

Paulina Ambroży

Opracowanie redakcyjne

Violet Design

Projekt okładki

Anna Gogolewska

Ilustracja na okładce

Tolga_TZCAN/iStock

© Copyright by Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., 2023

ISBN 978-83-8328-703-4

Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o.

Dział Praw Autorskich

01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33

tel. +48 728 313 462

księgarnia internetowa www.profinfo.pl

Michałowi, który zawsze chciał być prawnikiem,
i Mateuszowi, który zawsze mówił, że nie będzie prawnikiem

SPIS TREŚCI

Wstęp	9
Rozdział I	
Wprowadzenie do rozważań o początku prawa	15
Rozdział II	
Narodziny prawa	27
Rozdział III	
Powstanie państwa	75
Rozdział IV	
Wynalezienie pisma	97
Rozdział V	
Zbiory prawa i praktyki prawniczej wybranych państw	
Mezopotamii	105
1. Zarys stosunków politycznych, społecznych i gospodarczych w Mezopotamii w IV, III i II tysiącleciu p.n.e.	105
2. Kodeks Ur-Nammy	134
A. Uwagi wstępne	134
B. Prolog	137
C. Prawa	138
D. Epilog	151
3. Kodeks Hammurabiego	152
A. Cel, funkcje i klasowy charakter kodeksu	152
B. Struktura kodeksu	172

C. Prolog	174
D. Prawa	178
E. Przepisy procesowe i organizacja sądownictwa	188
a) Ustrój i właściwość organów sądowych	191
b) Cechy procesu sądowego	203
c) Przebieg postępowania	219
F. Epilog	233
4. Praktyka prawnicza	237
5. Zarys prawa i postępowania sądowego według innych zbiorów praw starożytnej Mezopotamii	251
A. Prawa Urukaginy	251
B. Kodeks z Esznunny	257
C. Kodeks Lipit-Isztara	260
D. Prawo Hetytów	264
Wnioski	279
Literatura	295

WSTĘP

Gdy kilka lat temu przygotowywałem tekst dotyczący źródeł apelacji w procesie karnym, sięgnąłem do prawa rzymskiego. Pomimo obfitości dostępnych materiałów dużo wysiłku wymagało dotarcie do historii Publiusza Horacjusza i jego siostry Horatii, którą przebił mieczem, gdyż była potajemnie zaręczona z jednym z braci Kuracjuszy, których wcześniej położył trupem w walce. Komisja *duumviri perduellionis*, powołana przez króla Tullusa Hostiliusza, uznała Horacjusza za winnego zbrodni, a wtedy on wykrzyknął: *Provoco!* ('odwołuję się'), dzięki czemu postanowiono go przed zgromadzeniem ludowym, które uwolniło go od winy za popełnioną zbrodnię, nakazując dokonanie rytualnego oczyszczenia i złożenie ofiary bogom, gdyż Publiusz Horacjusz był *sacer*. Sto lat później, w roku 509 p.n.e., na wniosek (*rogatio*) konsula Lucjusza Waleriusza Publicoli, uchwalona została *lex Valeria de provocatione*, ustanawiająca *provocatio ad populum*, zabraniająca wykonania kary śmierci lub chłosty, gdy obywatel rzymski skorzystał z *provocatio* (*ne quis magistratus civem Romanum adversus provocationem necaret neve verberaret*).

W pracach poświęconych prawu starożytnej Grecji, a zwłaszcza prawu starożytnych Aten, znajdowały się wzmianki o dwuinstancyjności postępowania; nie wszędzie jednak zaznaczono, że odnosiło się to do możliwości odwołania do sądu od decyzji podjętej przez archonta lub innego urzędnika bądź radę (*boule*). Brakowało też informacji o źródłach takiego ukształtowania procesu sądowego. Dopiero lektura *Konstytucji ateńskiej*, przetłumaczonej przez J. Wierzbickiego, wydanej w Polsce w 1894 r., pozwoliła na poznanie przytoczonej przez Arystotelesa historii Eumelidesa z Alopei, który uratował od śmierci Lizymacha skazanego na karę śmierci przez radę (*boule*), który na miejscu egzekucji wołał, że „nie wolno wydać

na śmierć żadnego obywatela bez wyroku sądu ludowego”. Obywatel miał však prawo do odwołania się do sądu od orzeczenia wydanego przez organ niesądowy.

Jeszcze większe trudności stwarzało poznanie źródeł ewentualnej apelacji w prawie starożytnej Mezopotamii, w tym Babilonii. Z jedno-, a najwyżej kilkustronicowych wiadomości o tamtejszym prawie zamieszczonych w podręcznikach akademickich do historii i historii prawa na czoło wybijały się informacje o prawie talionu w Kodeksie Hammurabiego, z krótką wzmianką o braku dwuinstancyjności postępowania sądowego. Monografia M. Stępnia o *ensim (ensi)* w czasie III dynastii z Ur, a później lektura listów Hammurabiego zapisanych na glinianych tabliczkach podały w wątpliwość twierdzenie o braku instancyjności postępowania, gdyż strona mogła żądać od władcy skontrolowania prawidłowości wyroku wydanego w pierwszej instancji.

Prace nad wspomnianym tekstem uświadomiły mi, że ewolucja procesu karnego w jego początkowych etapach jest opisana w niewystarczający sposób i powszechnie nieznana. Stanowiło to impuls do podjęcia badań nad prawem Sumerów i Babilończyków, Ateńczyków i Rzymian, co doprowadziło do pojawienia się myśli, żeby opowiedzieć o historii procesu karnego. Studia nad prawem rzymskim w okresie dominatu, a zwłaszcza ostatnich cesarzy Teodora i Justyniana, skierowały moje zainteresowania na prawo Wizygotów, Ostrogotów, Franków i Germanów, a następnie na recepcję prawa rzymskiego w średniowiecznej Europie. Stąd był już tylko krok do Landrehtu pruskiego i *Constitutio Criminalis Carolina* oraz wielkich kodyfikacji prawa w XVIII i XIX w. Z czasem ilość zebranego materiału źródłowego była tak duża, że wykluczała sensowną opowieść na kartach jednej książki.

Postanowiłem więc napisać o historii procesu karnego pod wspólnym tytułem *Szkic o historii procesu karnego w kontynentalnej Europie i Mezopotamii* i dzięki uprzejmości Wolters Kluwer opublikować go w tym wydawnictwie. Zakres przedmiotowy opowieści celowo ograniczyłem do kontynentalnej Europy i Mezopotamii (wraz z Antiochią), pozostawiając na boku omówienie prawa np. w Egipcie i Izraelu oraz Anglii, Walii i Szkocji. Pomimo że „państwo faraonów” powstało i rozwijało się

w porównywalnym okresie co państwa Sumeru i Akadu, to nie pozostało zbiorów prawa, które można by analizować i porównać ze zbiorami prawa państw Mezopotamii i Hetytów. Brak egipskich pomników prawa nie wyklucza możliwości badania np. idei prawa, sprawiedliwości i słuszności prawa w starożytnej Mezopotamii i Egipcie, ale te zagadnienia pozostają poza obszarem niniejszego szkicu. Natomiast czytelników zainteresowanych wymienionymi kwestiami odsyłam do pasjonującej książki Larry'ego Maya, *Ancient Legal Thought. Equity, Justice, and Humaneness from Hammurabi and the Pharaohs to Justinian and the Talmud*, Cambridge University Press 2019.

Prawo Królestwa Izraela jest już znacznie późniejsze. Co prawda Stary Testament wskazuje na trzy zbiory prawa, tj. Księgę Przymierza, Kodeks Deuteronomiczny i Księgę Kapłańską (Kodeks Świętości), ale brak wystarczających kompetencji nie pozwala mi zająć się omówieniem tych zbiorów prawa. Czytelnikom polecam zaś dzieło Renaty Jasnos, *Deuteronomium jako „księga” w kontekście kultury piśmienniczej starożytnego Bliskiego Wschodu*, Kraków 2011. Uznałem też, że różnice dotyczące prawa w porządku kontynentalnym oraz Anglii, Walii i Szkocji są na tyle duże, że uzasadniają pominięcie *common law* bez szkody dla niniejszego dzieła. Z tego też względu określam je mianem „szkicu”, gdyż zajmuję się historią procesu karnego jedynie w określonym zakresie, a nie całościowo.

Choć ramy chronologiczne opowieści obejmują najdawniejsze czasy, w których narodziło się prawo, a później funkcjonowanie prawa pisanego w państwach Mezopotamii, prawo w starożytnych Atenach i Rzymie aż do prawa współczesnego, to jednak w podtytule dzieła celowo na pierwszym miejscu wymienilem kontynentalną Europę, a nie Mezopotamię, choć – chronologicznie rzecz ujmując – powinno być odwrotnie, gdyż znakomita część opowieści dotyczy prawa europejskiego. Opowiadał o historii prawa państw Mezopotamii, gdyż tam narodziło się prawo pisane (państwowe), na bazie którego później rozwijało się prawo hetyckie, hebrajskie i greckie. Ten wątek, choć ma bardzo ważne znaczenie w naszej opowieści, nie jest jednak dominujący.

Pierwsza książka traktuje o narodzinach prawa w najdawniejszych czasach oraz o prawie, a zwłaszcza procesie sądowym w państwach starożytnej

Mezopotamii, tj. Sumerze, Babilonii, państwie Hetytów. W kolejnych książkach opowiadam o historii prawa i procesu sądowego w starożytnych Atenach i Rzymie oraz o historii procesu sądowego i procesu karnego od wczesnego średniowiecza do współczesności.

Opowiadając o historii procesu karnego, korzystałem z opublikowanych źródeł i opracowań naukowych, których ilość jest tak duża, że przerasta możliwości ich opanowania i opracowania. Pomiąłem te opracowania, które choć dotyczą historii prawa, niewiele wnoszą do poznania ewolucji procesu karnego. Korzystałem z polskiej i obcej literatury wydanej w ubiegłym wieku, a niekiedy wcześniej, jak też całkiem niedawno, również z tego względu, aby zobaczyć ewolucję poglądów na określone zjawiska oraz instytucje.

Jednak przede wszystkim starałem się korzystać ze źródeł poznania prawa, tj. antycznych zbiorów prawa i kodeksów, edyktów królewskich, protokołów rozpraw sądowych i listów władców do podległych urzędników, późniejszych konstytucji i ustaw, statutów i ordonansów oraz mów sądowych greckich i rzymskich oratorów, a także dzieł starożytnych kronikarzy (Herodota, Arystotelesa, Tukidydesa, Ksenofonta, Diodora, Liwiusza, Tacyta, Appiana, Polibiusza, Pauzania, Plutarcha, Swetoniusza, Gajusza Salustiusza, Wallejusza Paterkulusa, Kwintyliana). Starałem się odrzucić wszelkie uprzedzenia w stosunku do powstałych w starożytności dzieł tych i innych historyków, nawet jeśli współcześnie są im wytykane jakieś błędy. Niektóre opowieści zawarte w starożytnych źródłach podawane są bowiem w wątpliwość przez współczesnych badaczy historii. Nie zawsze jednak jesteśmy w stanie stwierdzić, czy opowiedziane historie są prawdziwe. Ale nawet jeśli niektóre z nich zostały ubarwione, rzucają światło na to, jak Sumerowie, Babilończycy, Ateńczycy i Rzymianie postrzegali siebie i prawo. Dlatego chętnie przytaczam te historie.

Odkrywając antyczne i średniowieczne prawo, pomyślałem, że warto o nim opowiedzieć i zachęcić do poznania ewolucji procesu karnego, a także dziejów i kultury ludów i państw, które przed tysiącami lat stworzyły wspaniałe cywilizacje, a później wydobywały prawo z upadku, a przynajmniej z zastoju, doprowadzając do jego odrodzenia i obecnego kształtu. Choć trywialnie brzmią słowa, że zrozumienie obecnego prawa wymaga

poznania jego źródeł, jest w tym głęboki sens, gdyż na dobrą sprawę niewiele się zmieniło od czasu, gdy blisko 4 tys. lat temu Nindada została skazana na karę śmierci za współudział w zabiciu męża Lu-Indady przez zgromadzenie sądowe w Nippur. Protokoły rozpraw sądowych zapisane na glinianych tabliczkach, a później mowy sądowe greckich i rzymskich oratorów pokazują, że źródłem sporów sądowych była namiętność, chciwość, pożądanie i zwykłe pieniactwo, podobnie jak obecnie.

Pierwsza książka, zatytułowana *O początku prawa*, stanowi efekt kilkuletnich poszukiwań o prawie antycznym. Stanowi opowieść o bardzo dawnych dziejach i sprawach napisaną na podstawie tego, co wynika z pomników prawa i dokumentów zapisanych na glinianych tabliczkach, oraz tego, co opracowali uczeni i badacze historii i prawa oraz badacze z innych dziedzin nauki, tj. archeologii, antropologii, etnografii, etologii, psychologii społecznej i psychologii ewolucyjnej, filozofii polityki, a nawet neurobiologii.

Omawiając Kodeks Hammurabiego, oparłem się na tłumaczeniu tego dzieła przez Marka Stępnia. Stąd w każdym wypadku cytowania tego kodeksu pochodzi ono od M. Stępnia. Jeżeli zatem przy cytowaniu Kodeksu Hammurabiego nie ma żadnego odnośnika, oznacza to, że tłumaczenie pochodzi od M. Stępnia. W nielicznych wypadkach wykorzystałem także tłumaczenie Kodeksu Hammurabiego pióra Witolda Tyborowskiego, ale wtedy zazaczyłem to w tekście.

Zasadniczym celem pracy jest ukazanie rozwoju prawa od jego początku do państwa Hetytów. Centralne miejsce zajmuje omówienie Kodeksu Ur-Nammy, a zwłaszcza Kodeksu Hammurabiego. Do opowieści o antycznym prawie włączyłem prawo Hetytów, mając świadomość, że państwo Hetytów leżało w Antiochii, a nie w Mezopotamii. Uznałem, że pomimo to warto jednak ukazać to osiągnięcie kulturowe naszych przodków. W skrótowny sposób omówiłem też stosunki polityczne, społeczne i gospodarcze w Mezopotamii od IV do II wieku p.n.e. Charakterystyka ustroju i stosunków społeczno-politycznych w miastach-państwach Mezopotamii ma charakter szkicowy i w żadnej mierze nie pretenduje do całościowego ich omówienia. Z tych względów celowo podałem w tytule właściwego rozdziału, że omawiam zarys stosunków politycznych, społecznych

i gospodarczych, a w podtytule całego dzieła zaznaczyłem, że ma ono charakter szkicu. Za wszystkie błędy i nieścisłości ponoszę wyłączną odpowiedzialność.

Nie jestem historykiem. Zawodowo zajmuję się dogmatyką prawa karnego procesowego i z tej perspektywy patrzę na ewolucję procesu karnego. Analizując prawo przedpaństwowe oraz antyczne prawo sądowe, starałem się umieścić je we właściwym kontekście historycznym, uwzględniając ówczesny stopień rozwoju społeczno-politycznego państw Mezopotamii, a także stopień rozwoju kulturowego zamieszkających w nich ludzi. Pomimo to interpretacja niektórych źródeł i faktów może odbiegać od przyjętej w literaturze historycznej. Wyraźnie chcę też zaznaczyć, że książka nie ma charakteru historycznego. Nie prowadzę w niej własnych badań historycznych ani analiz źródeł prawa. Opieram się na opublikowanym dorobku historyków starożytności, filozofów i filozofów prawa. Nie jest to też książka o ewolucji człowieka, pomimo że opowiadam o powstaniu prawa na „jakims” etapie rozwoju *homo sapiens*.

Nad książką pracowałem osobiście. Drobnej pomocy przy zebraniu literatury historycznej udzieliła mi mgr Dominika Czerniak z mojej katedry, za co składam jej słowa podziękowania.

Jerzy Skorupka

Wrocław, marzec 2023 r.

Rozdział I

WPROWADZENIE DO ROZWAŻAŃ O POCZĄTKU PRAWA

Opowieść o historii procesu karnego powinna zacząć się od jego powstania. Wymaga tego rzetelność wykładu, gdyż historia procesu karnego powinna być opowiedziana od początku do czasów współczesnych. Daje wtedy pełny obraz ewolucji prawa procesowego i procesu karnego oraz wpływu wszelkich czynników władzy na ich tworzenie i stosowanie w praktyce. Realizacja tego zadania nie jest jednak łatwa. Proces kar-ny w ścisłym tego słowa znaczeniu narodził się wszak dopiero w średnio-wieczu, z chwilą rozdzielenia dwóch gałęzi prawa, tj. prawa cywilnego i prawa karnego, a w dalszej kolejności – procesu karnego od procesu cywilnego, a w pełni samodzielnie i autonomicznie był stosowany dopiero w okresie Oświecenia. Do tego czasu sprawy o czyny zagrożone karą na życiu lub ciele, więzieniem albo karą majątkową były prowadzone w ramach jednolitego procesu sądowego. Z tego względu opowieść o historii procesu karnego należy cofnąć w czasie i rozpocząć od pojawienia się procesu sądowego, a zatem postępowania prowadzonego przed organem uprawnionym do rozstrzygania sporów i stosowania kar (represji), który niekoniecznie nazywał się sądem, choć spełniał funkcje rozstrzygania (sądenia).

Rodzi to jednak kolejny problem, gdyż proces prowadzony przed sądem (organem powołanym do wymierzania sprawiedliwości), według określonej procedury, pojawił się dopiero wraz z powstaniem organizacji państwowej. Przed powstaniem państwa ludzie też popełniali czyny karalne, wchodzili w spory z innymi ludźmi, domagali się rozstrzygnięcia kwestii

mażeńskich czy kwestii między rodzicami i dziećmi. Takie i inne sprawy występowały, od kiedy człowiek zaczął tworzyć wspólnoty i mieszkać razem (żyć) na jednym terenie (w jaskini, szałasie) z innymi członkami zbiorowości. Wymagały one rozwiązania dla dobra zważnionych stron, ale przede wszystkim dla dobra wspólnoty. Niewielkie liczbowo zbiorowości ludzi nie mogły prawidłowo funkcjonować w stanie napięcia i nierozwiązanego konfliktu pomiędzy członkami grupy.

Wymaga to rozważenia, czy w okresie przedpaństwowym istniało prawo, w tym prawo zabraniające określonego zachowania pod groźbą kary, niezależnie od tego, w jaki sposób pierwotnie były rozumiane te pojęcia (prawo, zakaz lub nakaz określonego zachowania, kara).

Opowieść o historii procesu karnego należy zatem rozpocząć od narodzin prawa. I znów pojawia się problem, gdyż prawo jest pojęciem niejednolitym i spornym, definiowanym w różny sposób. Tytułem przykładu należy podać, że Arystoteles pod pojęciem prawa rozumiał pewien dobry porządek. „Słuszne prawo” definiował jako korzystne dla państwa i ogółu obywateli, władcy powinni zaś znać obowiązujące prawo i czuwać nad tym, aby postępować zgodnie z prawem¹. Według pozytywizmu prawniczego (np. Herberta Harta) prawo jest systemem norm stworzonych w sposób określony przez społeczne konwencje², które określają wymogi obowiązywania norm prawnych, tj. wskazują, jakie warunki muszą być spełnione, aby mogło dojść do stworzenia, zmiany czy ustania norm prawnych³. W omawianej teorii centralne miejsce w procesie tworzenia prawa przypada prawodawcy, którym jest organ władzy publicznej wyposażony w kompetencję prawotwórczą zawartą w obowiązujących normach prawnych. Do sposobów tworzenia

¹ Zob. Arystoteles, *Polityka*, tłum. L. Piotrowicz, Warszawa 2012, Ks. VII, 1323b–1324a, s. 185–185.

² W pozytywizmie prawniczym prawo jest „osadzone” w konwencjach społecznych. Jest to tzw. społeczna teza pozytywizmu prawniczego. Pociąga ona za sobą tezę o rozdziale między prawem a moralnością. Według tej tezy nie istnieje definicyjny związek pomiędzy prawem a moralnością. Zob. A. Dyrda, *Konwencja u podstaw prawa*, Warszawa 2013.

³ Zob. H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, Warszawa 1998, s. 140–162.

prawa (norm prawnych) zalicza się z reguły kreowanie prawa w drodze stanowienia i umowy prawotwórczej⁴.

Według innej koncepcji, tzw. czystej teorii prawa, której twórcą jest Hans Kelsen⁵, prawo jest systemem norm stworzonych przez akty woli ustawodawcy i zabezpieczonych sankcją przymusu. Ujęcie prawa przez H. Kelsena jest bliskie ujęciu wczesnych pozytywistów, ponieważ zakłada, że istotnym elementem prawa jest poparcie go sankcją przymusu. Zdaniem H. Kelsena tak rozumiane prawo jest bytem *sui generis* (odmiennym od moralności oraz społecznych i przyrodniczych faktów), który statuuje się w sferze *Sollen* (a nie w sferze *Sein*). Określanie celów prawa nie jest zadaniem filozofii prawa. Natomiast normatywność prawa wynika z fikcyjnej normy podstawowej będącej źródłem normatywności wszystkich norm prawnych (konstytucyjnych, ustawowych, podustawowych i decyzji sędziowskich), określanej mianem *Grundnorm*.

Według teorii prawnonaturalnych, np. Tomasza z Akwinu, prawo jest zbiorem norm słuszných, tj. zgodnych z moralnością. Jak ujął to Święty Augustyn, *lex iniusta non est lex*. Ta teza, wspólna dla wszystkich teorii prawnonaturalnych, zakłada, że wśród warunków koniecznych obowiązywania norm prawnych znajduje się wymóg zgodności z moralnością. Występujące teorie prawnonaturalne zakładają różne (odmienne) ontologie prawa⁶. Według Cycerona źródłem prawa jest porządek natury, do którego

⁴ W niektórych opracowaniach obie te formy obejmuje się zbiorczym terminem „stanowienie prawa”, rozróżniając dwa typy: stanowienie aktów normatywnych oraz stanowienie norm prawnych w drodze umowy prawotwórczej, w tym zwłaszcza w drodze umów międzynarodowych. W pozytywizmie prawniczym przyjmuje się, że prawo zwyczajowe i prawo precedensowe są rezultatem procesu prawotwórczego odzwierciedlającego stan wiążących społecznie norm postępowania; istotną cechą różniącą te formy od dwóch pierwszych jest to, że zostały one ukształtowane ewolucyjnie w życiu społecznym, a ponadto że są odczytywane przez organy wymiaru sprawiedliwości z uwzględnieniem poczucia słuszności oraz innych wartości aprobowanych społecznie.

⁵ Odnośnie do teorii pozytywizmu prawniczego i dalszych teorii prawa omówionych we „Wprowadzeniu” zob. J. Stelmach, R. Sarkowicz, *Filozofia prawa XIX i XX wieku*, Kraków 1999, s. 21, 61, 85, 119, 133, 143, 155.

⁶ Prawo natury to prawo złożone z ponadczasowych zasad absolutnych, na istnienie których człowiek nie ma wpływu. Prawo natury traktuje się jako to prawo, które nadaje sens i wyznacza cele prawu stworzonemu przez człowieka. Zwolennicy tego prawa traktują je jako zbiór pewnych podstawowych zasad, które powinny być brane pod uwagę przy tworzeniu

odnoszą się ustanowione przez człowieka przepisy nakładające kary na przestępców i chroniące ludzi uczciwych⁷. Tomasz z Akwinu twierdził zaś, że *lex aeterna*, czyli prawo w najpełniejszym sensie, jest tożsama z rozumem Boga. Głównym celem prawa w teoriach prawnonaturalnych jest realizowanie wartości moralnych. Konkretnie teorie prawnonaturalne doprecyzowują zaś, o jakie konkretnie wartości moralne chodzi.

W hermeneutyce prawniczej, np. Arthura Kaufmanna, prawo jest rezultatem procesu interpretacji sędziowskiej, tj. konkretną decyzją sędziowską. Prawo nie istnieje przed interpretacją – powstaje dopiero w jej trakcie. Jest więc ostatecznie „osadzone” w osobie sędziego. To właśnie za pośrednictwem osoby sędziego, który poddaje interpretacji abstrakcyjne normy prawne w kontekście konkretnych przypadków, pojawia się „prawdziwe prawo” w postaci decyzji sędziowskiej. Zatem prawo jest czymś innym niż na przykład ustawy, które są tylko jednym z elementów uwzględnianych przez sędziego w procesie hermeneutycznej interpretacji.

W rozważaniach dotyczących narodzin prawa nieprzydatne są pojęcia prawa proponowane przez H. Harta i innych przedstawicieli pozytywizmu prawniczego, H. Kelsena, A. Kaufmanna oraz przedstawicieli innych teorii prawniczych zgłaszanych w XIX i XX w., osadzających prawo na decyzjach właściwych organów państwa bądź decyzjach sądów lub sędziów. Z wyróżnionych koncepcji rozumienia terminu „prawo” do poszukiwania źródeł prawa najbardziej przydatna wydaje się propozycja Cyncerona, że ostoją prawa jest porządek natury. Dla opisu prawa przedpaństwowego wstępnie wykorzystać więc należy propozycję autora *De legibus*.

* * *

prawa. Punktem wspólnym dla wszystkich kierunków prawnonaturalnych jest przede wszystkim uznanie, że prawo naturalne istnieje niejako poza aktem woli człowieka i to nie on je tworzy, choć oczywiście mu podlega. Prawo natury zwykle traktuje się jako wzorzec dla prawa stanowionego, środek służący do dyskwalifikowania prawa niesprawiedliwego, a także jako narzędzie do walki o prawo słuszne. Zob. S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 2001, s. 59–60.

⁷ Zob. Cynceron, *De legibus (O prawach)*, tłum. I. Żółtowska, Kęty 2013, s. 128.

Naukowe rozważania o początkach prawa wymagały odrzucenia pod koniec XVIII w. panującego niepodzielnie światopoglądu biblijnego hamującego rozwój cywilizacji zachodniej w sferze idei i zwrócenia uwagi na historię antyczną, a nawet na prehistorię⁸. Przypomnieć trzeba, że poczynając od Jordanesa i jego *Historii gockiej* z połowy VI w.⁹, autorzy kronik i prac historycznych dość powszechnie starali się powiązać dzieje swoich ludów z ważnymi wydarzeniami historii starożytnej, jak wojna trojańska lub historia biblijna. Zabiegi te, na co zwracał uwagę Krzysztof Pomian¹⁰, spełniały określone funkcje polityczno-propagandowe, mając m.in. zapobiegać oskarżeniom o barbarzyńską przeszłość i stanowić rękojmię praw do uczestniczenia w europejskiej i chrześcijańskiej kulturze¹¹. Dzieje biblijne do tego stopnia stanowiły podstawę światopoglądu Europejczyków, że po odkryciu przez Kolumba Ameryki powstał problem człowieczeństwa Indian, nieuwzględnianych w dotychczasowych egzegezach biblijnych, rozstrzygnięty dopiero przez papieża Juliusza II w 1512 r., który uznał ich za potomków Adama i Ewy. Na początku XVII w. James Ussher, arcybiskup z Armagh w północnej Irlandii, idąc śladem dociekań św. Augustyna, obliczył na podstawie danych zawartych w Biblii, że stworzenie Ziemi nastąpiło 4004 lata przed narodzinami Chrystusa. Data ta, opublikowana wraz z innymi w pracy J. Usshera *Roczniki Starego i Nowego Testamentu* w 1650 r.¹², została powszechnie zaakceptowana i stanowiła kanon wiedzy historycznej, przełamany dopiero w połowie XIX w.¹³

⁸ Zob. J. Lech, *Prehistoria i przemiany światopoglądowe w Europie*, „Archeologia Polski” 1992/1–2, s. 266.

⁹ Zob. E. Zwolski, *Kasjodor i Jordanes. Historia gocka, czyli scytyjska Europa*, Lublin 1984.

¹⁰ Zob. K. Pomian, *Przeszłość jako przedmiot wiary. Historia i filozofia w myśli średniowiecza*, Warszawa 1968, s. 11–28.

¹¹ Zob. A. Gurewicz, *Kategorie kultury średniowiecznej*, Warszawa 1976, s. 117–135; J. Topolski, *Świat bez historii*, Warszawa 1976, s. 81–84 i 111.

¹² Zob. J. Ussher, *Annales Veteris Testamenti, a prima mundi origin deducti, una cum rerum Asiaticarum et Aegyptiacarum chronico, a temporis historiyi principio usque ad Macca-baearum initia producto*. „Roczniki Starego Testamentu, wynioskowane z pierwszych początków świata, kronika tematów azjatyckich i egipskich od początku czasów historycznych do początku Machabeuszów”. Zob. J. Ussher, *Annals of the World: James Ussher's Classic Survey of World History* [w:] *Modern English republication*, red. L. i M. Pierce, Green Forest 2003.

¹³ Zob. A. Gurewicz, *Kategorie kultury...*, s. 123–124; B.G. Trigger, *A History of Archaeological Thought*, Cambridge 1987, s. 31–35.

Filozoficzną podstawę odrzucenia wymienionych poglądów stwarzał nurt myśli oświeceniowej, który znalazł wyraz w dziele Nicolasa de Condorceta *Szkic obrazu postępu ducha ludzkiego poprzez dzieje*, napisanym w 1794 r. i wydanym w roku następnym już po samobójczej śmierci autora¹⁴. Nicolas de Condorcet i inni podobni mu filozofowie głosili teorię nieuchronnego postępu wynikającego z rozwoju umysłu ludzkiego, wznosząc tym samym fundament pod ewolucjonistyczne pojmowanie dziejów. Zanim jednak zaakceptowano na gruncie nauki teorię ewolucji, badacze przeszłości musieli przełamać poglądy stanowiące kanon wiedzy naukowej w XVII i XVIII w.

Analizując uwarunkowania determinujące powstanie prawa, badacze wyrażają przekonanie, że już w społecznościach pierwotnych można poszukiwać początków prawa. Odkąd tylko ludzie zaczęli wieść zbiorową egzystencję, musieli kierować się określonymi regułami postępowania względem siebie. Te normy społecznych zachowań tworzyły z biegiem czasu cały system nakazów i zakazów, utrwalonych w tradycjach pokoleń, kształtując świadomość zbiorową. Prawo przedpaństwowe, określane pejoratywnie mianem „prawo prymitywne”, jest przedmiotem analizy w antropologii prawa oraz ewolucyjnej filozofii prawa. W pierwszej teorii przyjmuje się założenie, że prawo jest wytworem i zarazem czynnikiem kultury danego społeczeństwa, że zjawiska prawne stanowią część zjawisk społecznych, a zatem ich badanie jest częścią badań prowadzonych w ramach antropologii kulturowej¹⁵. Przedmiotem antropologii kulturowej jest zaś świat zjawisk społecznych, uwarunkowany strukturalnie i funkcjonalnie kulturą badanych społeczności. W badaniach antropologicznych zjawiska prawne traktowane są zaś jako jeden z zasadniczych typów zjawisk społecznych. Tym samym zjawiska prawne (prawo) należą do podstawowego obszaru badawczego antropologii kulturowej, a w ich ramach stanowią podstawę do wyodrębnienia antropologii prawa¹⁶.

¹⁴ Zob. N. de Condorcet, *Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain*, Paris 1795; zob. też Z. Kuderowicz, *Filozofia nowożytnej Europy*, Warszawa 1989, s. 445–446.

¹⁵ Zob. A. Korybski, *Antropologiczne badanie prawa*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2015/2, według którego jednym z najważniejszych kierunków badań antropologów prawa są badania nad sposobami rozwiązywania sporów w różnych społecznościach.

¹⁶ Zob. A. Korybski, L. Leszczyński, *Stanowienie i stosowanie prawa. Elementy teorii*, Warszawa 2015, s. 25; J. Kurczewski, *Prawo prymitywne*, Warszawa 1973, który przedstawia

Współcześni polscy badacze prawa powołują się na Bronisława Malinowskiego, według którego badanie prawa nie może zostać ograniczone do formalnych jego przejawów, mających we współczesnych państwach postać odpowiednich aktów normatywnych i przepisów prawnych podlegających rygorystycznym zasadom oraz rozumowaniom wykładni prawa. W antropologii kulturowej prawo jest wieloaspektowym zjawiskiem kulturowym, widocznym w działaniach komunikacyjnych danej grupy społecznej i utrwalonym językowo¹⁷. Twierdzi się, że antropologiczne badanie prawa wymaga przyjęcia założenia o ontologicznym charakterze, że prawo jest wytworem i czynnikiem kultury danej zorganizowanej grupy społecznej (społeczności)¹⁸.

Według B. Malinowskiego, który był jednym z pionierów antropologicznej analizy prawa, prawo i zjawiska prawne nie wyrażają się w jakichś niezależnych instytucjach. Prawo znajduje swój wyraz raczej w pewnym aspekcie życia plemiennego krajowców, aniżeli w jakichś niezależnych, autonomicznych urządzeniach. Prawo nie polega na jakimś specjalnym systemie ustaw przewidujących i określających możliwe formy niewypełnienia jego reguł oraz dostarczających odpowiednich przeszkód i środków zaradczych. Prawo jest specyficznym wynikiem konfiguracji zobowiązań czyniącej dla krajowca rzeczą niemożliwą zrzucenie z siebie odpowiedzialności bez odcierpienia tego w przyszłości¹⁹. Prawo pierwotne nie jest jednorodnym, idealnie skompletowanym zespołem reguł opartych na jednej zasadzie rozwiniętej w konsekwentny system. Prawo krajowców składa się z wielu systemów, w mniejszym lub większym stopniu niezależnych

badania społeczeństw tradycyjnych, które nie utworzyły jeszcze państwa, nie znają pojęcia władzy centralnej i nie mają instytucji ani organów kontrolujących czy egzekwujących określone normy zachowania. Zob. też B. Malinowski, *Zwyczaj i zbrodnia w społeczności dzikich* [w:] B. Malinowski, *Dzieła*, t. 2, Warszawa 1984.

¹⁷ Zob. A. Korybski, L. Leszczyński, *Stanowienie i stosowanie prawa...*, s. 26.

¹⁸ B. Malinowski definiuje prawo w następujący sposób: „Reguły prawa wyodrębniają się od reszty reguł pod tym względem, że odczuwa się je i uważa za zobowiązania jednej osoby oraz uprawnione roszczenia innej. Reguły te znajdują swoją sankcję nie tylko w motywach natury psychologicznej, ale także w określonym społecznym mechanizmie wiążącej siły, opartym [...] na wzajemnej zależności i wyrażającym się w równoważącym się szeregu wzajemnych usług [...]” – B. Malinowski, *Życie seksualne dzikich*, Warszawa 1957, s. 45.

¹⁹ Zob. B. Malinowski, *Zwyczaj i zbrodnia...*, s. 48.

i tylko częściowo dopasowanych do siebie. Każdy z nich – matriarchat, patriarchat, prawo małżeńskie, prerogatywy i obowiązki wodza itd. – ma jakąś dziedzinę całkowicie własną, ale może także wykraczać poza swoje granice. Rezultatem tego jest stan naprężonej równowagi prowadzącej do przygodnych wybuchów²⁰.

Dla antropologicznego badania prawa istotnym wątkiem badawczym jest problematyka potrzeb oraz interesów, a także ich powiązania ze społecznym powstawaniem oraz działaniem prawa²¹. Według koncepcji potrzeb człowiek i jego życiowa aktywność są poddane podwójnemu determinizmowi: biologicznemu i kulturowemu²². B. Malinowski podkreślał,

²⁰ Zob. B. Malinowski, *Zwyczaj i zbrodnia...*, s. 76.

²¹ Prawo jest tu mechanizmem radzenia sobie z problemami danej społeczności i jego głównym celem jest przywracanie równowagi w grupie, które następuje poprzez uzgadnianie różnych stanowisk i doprowadzanie do kompromisu, a nie przez stosowanie abstrakcyjnych norm.

²² B. Malinowski dużo uwagi poświęca przyczynom, dla których jednostki przestrzegają prawa. Najważniejsza wydaje się zasada wzajemności (*do ut des*). Zgodnie z nią prawo jest przestrzegane, gdyż stanowi układ wzajemnych roszczeń. Wzajemność ta powinna być przede wszystkim rozpatrywana na poziomie wspólnot (np. wiosek czy rodzin), a nie jednostek. Wielokrotność wymiany, uroczysty sposób jej dokonywania, czyli m.in. publiczna jawność, a co za tym idzie – publiczna kontrola i możliwość krytyki, wzmacniają siłę wiążącą reguł prawnych. Zasada wzajemności uzupełniana jest przez użyteczność prawa, co oznacza, że normy są przestrzegane, ponieważ to się opłaca jednostkom. Równie ważne są też czynniki psychologiczne, szczególnie takie jak ambicja czy próżność. B. Malinowski pisze, że: „Szanujący się obywatel musi wykonywać swoje obowiązki, chociaż uległość jego nie wynika z jakiegoś instynktu lub intuicyjnego impulsu ani też z „poczucia grupowego”, lecz źródło swoje ma w precyzyjnym i skomplikowanym działaniu systemu, w którym każdy akt ma swoje własne miejsce i musi być niezawodnie wykonany. Chociaż najbardziej inteligentny krajowiec nie umie sformułować tego stanu rzeczy w ogólny abstrakcyjny sposób lub przedstawić go jako teorii socjologicznej, to jednak każdy zdaje sobie sprawę z jego istnienia i w każdym wypadku potrafi przewidzieć jego konsekwencje” oraz że: „Roszczenia wodza w stosunku do poddanych, męża w stosunku do żony, rodziców względem dzieci i *vice versa* są egzekwowane nie dowolnie i jednostronnie, lecz zgodnie z określonymi regułami i uszeregowane są w łańcuch wzajemnych usług. Nawet wódz, którego stanowisko jest dziedziczne, oparte na wysoce zaszczytnych tradycjach mitologicznych, otoczone półreligijną czcią, wyniesione ponad inne iście książęcym rytuałem dystansu, uniżenia i surowych tabu; wódz, który skupia wiele władzy, bogactwa i możliwości wykonawczych, musi stosować się do określonych norm i krępowany jest więzami prawa. Gdy chce ogłosić wojnę, zorganizować ekspedycję

że naczelną zasadą przenikającą życie społeczne w społeczeństwach pierwotnych jest zasada altruizmu wzajemnego, która leży u podstaw różnych form kooperacji²³.

B. Malinowski twierdzi, że dominującą formą prawa w społeczeństwach pierwotnych jest pewna pierwotna postać prawa cywilnego (prawa własności i prawa umów). „Prawo pierwotne nie składa się bynajmniej z nakazów wyłącznie czy choćby tylko głównie negatywnych i pierwotne prawo nie jest w całości tylko prawem kryminalnym [...]. Prawo cywilne, prawo pozytywne, rządzące wszystkimi stronami życia plemiennego składa się z zespołu wiążących zobowiązań, uważanych za przywilej przez jedną stronę i uznawany za obowiązek przez drugą, utrzymywanych w mocy przez specyficzny mechanizm wzajemności i jawności właściwy strukturze społeczeństwa pierwotnego”²⁴.

Charakterystyka prawa w perspektywie antropologicznej pozwala na sformułowanie wniosku, że określone normy oraz instytucje prawne są zjawiskami naturalnymi dla danej kultury. Prawo jest zdeterminowane biologicznie oraz kulturowo, jest funkcjonalne wobec jednostek tworzących daną społeczność oraz wobec tej społeczności, potrzeb jednostkowych i grupowych manifestowanych w danym otoczeniu społecznym tworzącym naturalne środowisko życia społecznego²⁵.

lub urządzić świąteczną uroczystość, musi wystąpić z formalnym wezwaniem, publicznie ogłosić swoją wolę, naradzić się ze starszyzną, przyjąć zgodnie z ceremoniałem daninę, usługi i pomoc swych poddanych i wreszcie wynagrodzić je zgodnie z określonym cennikiem” – B. Malinowski, *Zwyczaj i zbrodnia...*, s. 31 i 40.

²³ Zob. B. Malinowski, *Zwyczaj i zbrodnia...*, s. 46.

²⁴ Zob. B. Malinowski, *Zwyczaj i zbrodnia...*, s. 46, twierdził, że tezy te były sprzeczne z opiniami wielu antropologów, którzy utrzymywali, że prawo prymitywne przypominało raczej prawo karne, że składało się przede wszystkim z zakazów i kar. Innym mitem, w który uderzała analiza B. Malinowskiego, była teza, że posłuszeństwo wobec prawa było w społeczeństwach pierwotnych jakoś „automatyczne”, oparte na pewnym rodzaju uczuć kolektywistycznych, grupowych, doświadczanych przez członków tych społeczeństw. B. Malinowski uważał, że motywy przestrzegających prawa członków tych społeczeństw nie różnią się istotnie od motywów członków społeczeństw współczesnych – są to przede wszystkim motywy indywidualistyczne (troska o własny interes), a nie jakieś tajemnicze uczucia kolektywistyczne.

²⁵ Zob. A. Korybski, L. Leszczyński, *Stanowienie i stosowanie prawa...*, s. 28.

Według ewolucyjnej filozofii prawa²⁶ prawo prymitywne ma korzenie biologiczne. Jest bytem emergentnym²⁷ superwenującym²⁸ na kooperatywnych zachowaniach członków danej społeczności oraz uznaniu przez nich określonych zachowań za wzorce powinnego postępowania, a pośrednio lub ostatecznie – na ich kooperatywnych dyspozycjach będących tworem ewolucji biologicznej. Prawo nie tylko superwenuje na naturalnych, kooperatywnych dyspozycjach, lecz także wzmacnia je i rozszerza sferę ich funkcjonowania. Prawo pozwala zrealizować „potencjał kooperatywny” tkwiący w naturze ludzkiej²⁹.

Według Wojciecha Załuskiego, w świetle teorii ewolucji, prawo – w swej istocie – nie jest ani produktem rozumu (jak twierdził Thomas Hobbes³⁰), ani produktem ewolucji kulturowej jako jednego czynnika kauzalnego

²⁶ Zob. W. Załuski, *Ewolucyjna filozofia prawa*, Warszawa 2009, s. 95 i n. oraz s. 107, przez co autor rozumie analizę zagadnień należących do filozofii prawa prowadzoną z perspektywy osiągnięć Darwinowskiej teorii ewolucji, a dokładniej, przez pryzmat obrazu natury ludzkiej, jaki oferuje antropologia ewolucyjna (zwłaszcza psychologia ewolucyjna). Dodać należy, że psychologia ewolucyjna powstała w opozycji do Lockeowskiej wizji umysłu jako „czystej tablicy” (*tabula rasa*). Psychologowie ewolucyjni przeciwstawiają się wizji Locke’a, podkreślając rolę wykształconych w trakcie filogenezy, wrodzonych mechanizmów umysłu. Psychologia ewolucyjna zakłada, że duża część naszych mechanizmów i predyspozycji psychicznych stanowi biologiczne adaptacje wytworzone przez dobór naturalny i płciowy w tzw. środowiskach ancestralnych, czyli takich, w których kształtował się gatunek *homo sapiens*, oraz że są one modułami obliczeniowymi o ściśle określonych obszarach działania (przykładowe moduły: moduł wykrywania oszustów w interakcjach wymiany społecznej, moduł językowy, różnorakie emocje, takie jak gniew czy zazdrość, moduły czysto poznawcze, takie jak zapamiętywanie i rozpoznawanie twarzy, widzenie kolorów, przypisywanie stanów mentalnych innym osobom i wiele innych). Zob. więcej S. Pinker, *Tabula rasa. Spory o naturę ludzką*, Gdańsk 2008.

²⁷ Emergencja – powstawanie jakościowo nowych form i zachowań z oddziaływania między prostszymi elementami. Zjawiska emergentne powstają po osiągnięciu przez system pewnego progu złożoności, powiązań lub organizacji. Pozwala to tłumaczyć, że inteligencja może wynikać z oddziaływania pomiędzy bardzo wieloma prostymi neuronami. Emergentny jest także proces myślenia.

²⁸ W filozofii superwencji odnosi się do relacji między zbiorami własności lub zbiorami faktów. Mówi się, że X superwenuje na Y wtedy i tylko wtedy, gdy jakaś różnica w Y jest konieczna, aby jakakolwiek różnica w X była możliwa, np. czyż charakter wpływa na czyjeś działania.

²⁹ Zob. W. Załuski, *Ewolucyjna filozofia...*, s. 108.

³⁰ Zob. T. Hobbes, *Lewiatan, czyli materia, forma i władza państwa kościelnego i świeckiego*, Warszawa 1954, s. 236–238.

(jak twierdził Friedrich A. von Hayek³¹). Prawo jest przejawem ludzkich kooperatywnych dyspozycji będących produktem ewolucji biologicznej. Innymi słowy, prawo nie jest ani sztuczne (jak twierdził T. Hobbes), ani wytworzone tylko przez ewolucję kulturową (jak twierdził F.A. von Hayek). Prawo jest naturalne, tj. osadzone w ludzkich naturalnych, kooperatywnych dyspozycjach. Model Darwinowski, do którego odwołuje się W. Załuski, nie neguje ważnej roli ewolucji kulturowej w kształtowaniu treści prawa na różnych etapach jego rozwoju³². Neguje jednak takie ujęcie ewolucji kulturowej, które zakłada, że jej produkty przede wszystkim przeciwdziałają naturze ludzkiej. Model Darwinowski zakłada zaś, że wytwory ewolucji kulturalnej wyrażają naturę ludzką³³.

Na koniec tej części rozważań należy odnotować, że w tradycyjnym paradygmacie badawczym prawo jest formalną konstrukcją norm oraz instytucji, której cechą jest tetycznie uzasadnione obowiązywanie. Badanie prawa odnosi się do grupy formalnych źródeł prawa. Natomiast w antropologii prawniczej punktem wyjścia do badania prawa jest kultura danej społeczności, a także ujawniane w niej potrzeby i interesy jednostek. To one są podstawą oraz punktem odniesienia dla tworzących się ewolucyjnie instytucji społecznych oraz normatywnego ładu społecznego określonego jako wszechogarniający życie danej zbiorowości system kontroli społecznej³⁴. Według B. Malinowskiego o danej normie bądź instytucji jako elemencie szerszego porządku prawnego decyduje jej funkcjonalność kulturowa³⁵, dla przedstawicieli wąsko zorientowanego prawoznawstwa zaś – cecha obowiązywania tej normy bądź instytucji.

³¹ Zob. F.A. von Hayek, *Knowledge, Evolution and Society*, London 1983, s. 38.

³² Najbardziej charakterystyczną cechą darwinizmu społecznego jest nadawanie normatywnego sensu ogólnemu mechanizmowi zmian ewolucyjnych, tzn. doborowi naturalnemu. Ujmując rzecz ściślej, w teorii tej wyróżnia się aspekt deskryptywny – interpretację życia społecznego poprzez kluczowe pojęcia Darwinowskiej teorii ewolucji (doboru naturalnego, walki o byt, przeżycia jednostek najlepiej dostosowanych) – oraz aspekt normatywny – program takiej polityki społecznej, która zapobiegałaby zwiększaniu się w społeczeństwie proporcji jednostek najgorzej czy źle dostosowanych.

³³ Zob. W. Załuski, *Ewolucyjna filozofia...*, s. 108.

³⁴ Zob. A. Korybski, L. Leszczyński, *Stanowienie i stosowanie prawa...*, s. 29.

³⁵ Według B. Malinowskiego, *Zwyczaj i zbrodnia...*, s. 62, w społeczeństwie, gdzie prawa są nie tylko łamane od czasu do czasu, lecz także systematycznie omijane na drodze

Jeszcze inaczej wygląda sposób badania prawa przez pryzmat teorii ewolucji, gdzie priorytetem jest ustalenie określonych adaptacji biologicznych, które determinowały mechanizmy wpływające na zachowanie człowieka.

znanych i wypróbowanych metod, nie może być w ogóle mowy o „spontanicznym” posłuszeństwie wobec prawa, o niewolniczym przestrzeganiu tradycji, gdyż właśnie tradycja ta uczy człowieka, jak omijać niektóre z jej surowych nakazów.

Rozdział II

NARODZINY PRAWA

Datowanie początków prawa jest pewne jedynie w wypadku pomników prawa państw starożytnej Mezopotamii. Znane są wszak daty wydania i treść Kodeksu Hammurabiego oraz zbiorów praw starszych od tego dzieła, tj.: Kodeksu Lipit-Isztara z XX w. p.n.e., Kodeksu z Esznunny z przełomu XXI–XX w. p.n.e., Kodeksu Ur-Nammy z początku XXII w. p.n.e., praw Urukaginy z połowy XXIV w. p.n.e. Wymienione zbiory prawa powstały jednak w czasie obowiązywania organizacji państwowej.

Katarzyna Sójka-Zielińska¹ twierdzi, że terminem „prawo” należy określać wszelkie reguły postępowania przyjęte w danej społeczności, określające wzajemne prawa i obowiązki jednostek w każdej zbiorowości, w każdym organizmie społecznym, również w społeczeństwie pierwotnym, co jest wyrażane paremią *ubi societas – ibi ius* ('gdzie społeczeństwo – tam i prawo'). W takim ujęciu początków prawa należy poszukiwać już w najwcześniejszych stadiach rozwoju społeczeństw, na długo przed wykształceniem się organizacji państwowej².

¹ Zob. K. Sójka-Zielińska, *Historia prawa*, Warszawa 2015, s. 17.

² Według K. Sójki-Zielińskiej, *Historia prawa...*, s. 18, mimo znacznych trudności, jakie napotykają badania nad zjawiskami prawnymi społeczeństw pierwotnych, nie tylko ze względu na braki źródłowe, lecz także zazwyczaj nieporównywalność z rozwojem prawnym epok późniejszych, co uniemożliwia posługiwanie się wypracowanymi w prawoznawstwie kryteriami i metodami badawczymi, w literaturze spotyka się tendencję do ich ujmowania w pewną całość, określaną mianem prawa prymitywnego.

Zdaniem K. Sójki-Zielińskiej szeroko rozwijane już od schyłku ubiegłego stulecia badania etnograficzne (antropologiczne) i socjologiczne – zarówno nad zwyczajami ludów pierwotnych, jak i współcześnie istniejących prymitywnych wspólnot plemiennych – pozwoliły badaczom na sformułowanie tezy, że:

brak władzy nie oznacza braku istnienia uznawanych powszechnie, w danym społeczeństwie, przekonań na temat słuszności i niesłuszności danych roszczeń oraz nie oznacza braku systemu prawa, rozumianego jako uznawany społecznie zespół uprawnień i powinności jednostek i grup społecznych³.

Według Jacka Kurczewskiego w społeczeństwach bezpaństwowych również można zaobserwować różnego rodzaju normy określające właściwe zachowanie się ludzi. W normach tych zawarte są obowiązki i uprawnienia każdego członka danej społeczności. Istnieją przy tym mniej lub bardziej spójne systemy norm. W pozbawionym centralnych organów władzy społeczeństwie przedpiśmiennym jedność norm jest zapewniona przez jedność tradycji i doświadczeń. Ponadto normy te obowiązują z reguły na niewielkim obszarze i wśród stosunkowo niezróżnicowanych wewnętrznie społeczeństw. W procesie wychowania, ujętym niekiedy w normy bardziej zinstytucjonalizowanej nauki zwyczajów (zwykle towarzyszy to obrzędowi inicjacyjnemu), jednostka uzyskuje znajomość właściwych sposobów postępowania, a wiedza jej nie różni się od wiedzy innych osób w danej społeczności (zarówno krewnych, sąsiadów, jak i rówieśników). Przestrzeganie poszczególnych reguł jest wynikiem nie tylko procesu wychowania, lecz także takich czynników, jak osobiste doświadczenie, doświadczenie innych osób, wiara w określone sankcje o charakterze nadprzyrodzonym,

³ Zob. J. Kurczewski, *Prawo prymitywne...*, s. 12, który przyjmuje, że prawo prymitywne stanowi system funkcjonowania społeczności, które nie wytworzyły własnej państwowości, nie znają pojęcia władzy centralnej oraz nie mają rozwiniętych instytucji ani organizacji kontrolujących i egzekwujących określone normy zachowania. Pojęcie prawa prymitywnego nie odnosi się do potocznego rozumienia słowa „prawo”, które wydaje się ściśle związane z działaniem władzy państwowej albo nauką. Prawo, które definiuje się jako normę społeczną możliwą do przeforsowania przy użyciu przymusu, może zatem zaistnieć w formie określania ról w danej społeczności, które są przez nią respektowane i w pewien sposób egzekwowane.

szacunek i umiłowanie tradycji własnego ludu. W większości wypadków siły te okazują się wystarczające dla zachowania względnej zgodności zachowań z normami⁴.

Nie sposób wyznaczyć ściśle chronologiczne granice prawa przedpaństwowego. W dziejach człowieka są to tysiąclecia poprzedzające powstanie monarchii Sumeru, Akadu i Babilonii, czasy sprzed uformowania się struktur państwowych Grecji i Rzymu oraz czasy poprzedzające powstanie organizacji plemiennych i szczepowych Germanów i Słowian⁵. Określenie momentu (czasu), w którym powstało prawo, wymaga jednak przyjęcia spekulatywnych założeń i prowadzi do wniosków niepoddających się empirycznej weryfikacji, np. jeżeli miało miejsce x , to skutkiem jest y ; jeżeli pierwotni ludzie zachowywali się w sposób x , oznacza to, że y . Pomimo przyjmowania najbardziej prawdopodobnych przebiegów zdarzeń nie da się wykluczyć innych (odmiennych) wniosków. Najlepiej świadczy o tym wielość i różnorodność poglądów wyrażanych odnośnie do tego samego przedmiotu badań, np. jaskiniowych malowideł naskalnych bądź sposobów grzebania zmarłych przez przedstawicieli *homo sapiens* i *homo neandertalis*. Wiemy, że ludzie pierwotni pozostawili wiele malowideł naskalnych, z czego zgodnie wywodzi się, że potrafili przygotować roślinny barwnik i nanieść go na ściany jaskiń. Przedmiotem sporów jest zaś sposób, w jaki to czynili, a zwłaszcza interpretacja powstałych malowideł. Podobnie rzecz wygląda z grzebaniem zmarłych i sporami co do znaczenia układania ciał w grobie, składania do grobu różnych wartościowych przedmiotów i posypywania ciał ochrą. Badacze historii (archeolodzy, antropolodzy, psychologowie ewolucyjni i inni) od lat spierają się, czy figurki Wenus, które występują w zapisach archeologicznych od ok. 30 tys. lat, są symbolem płodności, wizerunkiem bogini czy jedynie posążkami sztuki dekoracyjnej. Pomimo to wiele zachowań ludzi pierwotnych znajduje potwierdzenie we współczesnych doświadczeniach i eksperymentach, przeprowadzonych zwłaszcza na gruncie psychologii społecznej i psychologii ewolucyjnej.

⁴ Zob. J. Kurczewski, *Prawo prymitywne...*, s. 279.

⁵ Zob. K. Sójka-Zielińska, *Drogi i bezdroża prawa. Szkice z dziejów kultury prawnej Europy*, Wrocław 2010, s. 17.

Badanie prawa przedpaństwowego, a zwłaszcza aspektu jego pojawienia się (powstania, narodzin), wymaga uwzględnienia dwóch zdarzeń mających fundamentalne znaczenie dla ewolucji człowieka, mianowicie wytwarzania ognia i pojawienia się mowy. Opanowanie sztuki podtrzymywania ognia wywołanego przez np. wyładowania atmosferyczne, a następnie sztuki wytwarzania ognia pozwoliło w większym niż wcześniej stopniu na gromadzenie się ludzi w zbiorowości (wspólnoty) i wspólne egzystowanie wokół ognia (ogniska), mającego przeważnie centralne miejsce w jaskini lub szałasie bądź innym miejscu przebywania pierwotnych ludzi. Ogień jest jednym z podstawowych elementów towarzyszących cywilizacji ludzkiej. Ludzie pierwotni najpewniej zaobserwowali płomienie powstające podczas uderzeń piorunów, erupcji wulkanów i nauczyli się obchodzić z nimi, a następnie je podtrzymywać. Ogień dawał możliwość przygotowania żywności, co znacznie poprawiało jej jakość, oraz ograniczył czas potrzebny na zapewnienie ciała określonej ilości energii. Ogień chronił przed zimmem oraz pozwalał na skuteczne odstraszenie zwierzyny lub innych ludzi.

Zasiadanie przy ognisku, choćby w celu wspólnego spożycia pokarmu (jeżeli istniał taki obyczaj, co jest prawdopodobne), integrowało grupę, wzmacniało łączące ją więzi pokrewieństwa, sprzyjało werbalnemu i pozawerbalnemu porozumiewaniu się, zaplanowaniu jakiejś pracy na następny dzień, a być może na kilka dni naprzód. Przy ognisku można było rozmawiać, opowiadać historie, snuć bliższe i dalsze plany, naradzać się, planować kolejny dzień, w tym polowanie na zwierzynę, ale także śmiać się, przedrzeżniać, bawić. Wspomnienie spotkania innej grupy ludzi pozwalało np. na uświadomienie sobie upływu czasu, ocenę tego spotkania i zachowania innych ludzi, różnic pomiędzy swoimi a obcymi.

Wynalezienie sposobu pozyskiwania i podtrzymywania ognia oraz budowania prostych konstrukcji szałasowych było czynnikiem, który umożliwił ówczesnym gromadom ludzkim opanowanie strefy klimatów umiarkowanych na początku środkowego plejstocenu, a jednocześnie kolejnym etapem procesu ewolucji. Można wręcz powiedzieć, że przyswojenie i opanowanie ognia oraz prymitywnych sposobów budowania szałasów były podstawowymi wynalazkami, które umożliwiły