

NIKOLA F. PAVKOVIC

Uniwersytet w Belgradzie

## ETNOLOGIA PRAWNA \*

Niewątpliwie korzystne byłoby, aby w kręgu marksistowskiej teorii prawa przeprowadzić próbę określenia przedmiotu, miejsca i naukowego znaczenia tych systemów prawnych, które dotychczas nie tylko nie były obiektem badań naukowych, lecz także poddawano w wątpliwość ich charakter prawny. Mamy tutaj na myśli prawo tzw. społeczeństw prymitywnych, społeczeństw niepiśmiennych, tradycyjnych społeczeństw, jak określano narody i społeczeństwa, które stosunkowo późno i stopniowo pojawiają się po okresie wielkich odkryć geograficznych na arenie światowej. Od momentu ich pojawienia do połowy XIX wieku, w europejskich naukach prawnych nie zastanawiano się w ogóle nad problemem istnienia prawa u „dzikusów” Nowego Świata, czy u czarnych mieszkańców Afryki.

Charakterystycznych dla myśli praetnologicznej było porównywanie „my” — „oni”. „Oni” byli z jednej strony tak daleko, że odmawiano im nie tylko prawa, instytucji, porządku, przepisów, moralności (i innych elementów kultury), lecz także odmawiano im ludzkiej istoty. Potrzebny był czas, istniała potrzeba zebrania licznych wiadomości o tych społeczeństwach, by powstała naukowa myśl etnologiczna, która wykazałaby, że „oni” wszystko to zasadniczo posiadają, tylko odmienne od naszego, europejskiego. Należało dojść do stwierdzenia, że i to jest kulturą, że kultura posiada rozmaite formy.

Równoległe z zainteresowaniem tylko egzotyką, tym czego nie ma w Europie, równoległe z odrzuceniem istnienia prawa u „prymitywnych społeczeństw”, powstaje idea „dobrego dzikusa”, która kulminuje się w dziele J. Rousseau.

Kiedy ostatecznie w drugiej połowie XIX wieku zaczyna w etnologii przeważać przekonanie, że prawo istnieje u ludów „prymitywnych”, pojawiają się nowe skrajności: u nich istnieje nie tylko prawo, lecz jest ono nawet bardzo złożone, u ludów prymitywnych istnieją cechy wrodzone, osobiste zalety podporządkowują normy zwyczajowo-prawne. Podporządkowanie zwyczajów przez wymienione cechy, a w szczególności zwyczajów prawnych, europejska myśl prawna tłumaczyła to

---

\* wg. „Gledišta”, nr 2, 1979, ss. 77 - 81

wplywem niedoskonałości ustanawiających i kodyfikujących mechanizmów.

Na gruncie takich poglądów zaczyna się stopniowo kształtować nowa dyscyplina etnologiczna — etnologia prawna. Początki jej powstania w drugiej połowie XIX wieku łączą się z nowym, pierwszym naukowym kierunkiem w etnologii — ewolucjonizmem (J. J. Bachofen, *Das Mutterrecht*, 1861; H. S. Maine, *Acient Law*, 1861; Mac-Lenan, *Primitive Mariage*, 1865; Lewis Morgan, *Acient Society* 1877). Szczególną rolę w początkowej fazie rozwoju etnografii prawnej odegrały prace niemieckiego prawnika A. H. Posta, który w tytułach swych dzieł pochodzących z lat siedemdziesiątych i osiemdziesiątych XIX wieku: *Postawy prawnej etnologii*, *Wprowadzenie w badania etnologicznej jurisprudenccji* i *Purisprudenccja Afryki*, zapowiedział powstanie nowej dyscypliny etnologicznej — prawnej etnologii.

Od czasu powstania dzieł Posta do okresu dekolonizacji, wszystko to, co zrobiono w zakresie prawnej etnologii Afryki, nosiło znamię stałego porównywania dwóch zupełnie różnych (i przeciwstawnych) systemów prawnych: kolonialnego i autochtonicznego. Jest rzeczą zrozumiałą, że zawsze ze szkodą dla drugiego, który traktowany był jako niższy i mniej wartościowy. Wszystkie prace z zakresu etnologii prawnej kolonii i metropolii posiadają wspólną wadę tkwiącą w tym, że systemy prawne nie były rozpatrywane w dialektycznej więzi z realiami społeczno-ekonomicznymi badanych środowisk, że „prymitywne prawo” najczęściej ujmowano stosując europejskie kryteria prawa. Stwierdzić można, że od momentu wydania pracy Engelsa (*O pochodzeniu rodziny...*) nie powstały zasadniczo wartościowe, oparte na zasadach analizy marksistowskiej, dzieła z zakresu prawnej etnologii.

Jeżeli chodzi o wzajemne układy między etnologią a prawem, można z całą pewnością stwierdzić, że przez długi okres czasu nie było między tymi dyscyplinami jakiegokolwiek współpracy, a nawet nie próbowały się wzajemnie poznać. Wiadome jest, że przez wiele wieków kierunki europejskiej myśli prawnej powiązane były z klasycznym, a wężej ujmując z prawem rzymskim. Niejednokrotnie też prawnicy podkreślali, że prawo rzymskie okazało się znacznie trwalsze od licznych (materialnych) pomników rzymskiej kultury. Niedostateczne wzajemne poznanie i brak współpracy jest charakterystyczne dla tych dyscyplin także i w Jugosławii.

W „prymitywnych” społecznościach siła prawa nie wynika z władzy centralnej, z praw pisanych, sądu i aparatu przymusu, lecz — jak podkreślają badacze — prawo w tych społecznościach stosowano spontanicznie, bez siły i przymusu. Podkreśla to również B. Malinowski (*Szkice z teorii kultury*, Warszawa 1958, str. 318 - 343). Jednakże, jak się wyda-

je, zrównał powierzchownie pojęcia siły i przymusu. Wiadomym jest, że w tych społecznościach nie było zinstytucjonalizowanych aparatów siły i przymusu, lecz istniała niewątpliwie siła kolektywnego, publicznego sądu, który zmuszał przestępcę, by popełnił samobójstwo skacząc z czubka wysokiej palmy. Lecz ten rodzaj siły i przymusu różni się jednak od sytuacji, w której tego samego przestępcę te dwa prawne wyroki, to znaczy siła i przymus, zrzuciły z palmy. Oznacza to, że istoty tego prawa nie należy dopatrywać się w tym, że nie jest ono kodyfikowane, lecz w tym, że (podobnie jak w przypadku obyczajów i norm społeczno-moralno-religijnych) jest obowiązujące, że posiada osłonę, którą stanowi cała społeczna wspólnota i że w swym funkcjonowaniu nie może się powoływać na sankcję siły (J. J. Wiatr, *Wstęp do socjologii systematycznej*, Warszawa 1973, 85 - 86).

Znamienne są dla prawa obowiązki, a są one rzeczywiście bardzo liczne i różnorodne w „prymitywnych” społecznościach, w których osobnik znajduje się pod silną społeczną kontrolą grupy, gdzie obowiązek jest siłą nadprzyrodzoną, gwarantującą trwanie całości wspólnoty.

Spółczesność „prymitywna” pod wieloma względami posiadała proste struktury społeczne, było mało zróżnicowane w pojęciu europejskim, także i jego mało zróżnicowane prawo było poprzepłatane i ściśle powiązane z religią, moralnością i wzorami zachowań. Stąd wynika dążenie do szerokiego pojmowania prawa, poprzez takie ujęcie można uchwycić całość życia społecznego, to znaczy wszystko to co w nim jest, choćby miało wtórny charakter. Takie ujęcie prawa reprezentowali B. Malinowski, szczególnie zaś Macel Mauss (*Manuel d'Ethnographie*, Payot, Paris 1967, 135), a u nas Valtazar Bogišić.

Przeplecenie prawa z normami społecznych zachowań, a szczególnie z religią, występowało najczęściej w przeszłości, a także w wielu przypadkach i obecnie w społeczeństwach, które nie są wiodącymi na drodze rozwoju cywilizacji. Nawet jeżeli nie weźmiemy w rozważaniach pod uwagę społeczeństw teokratycznych (jak na przykład starożydowskie i islamskie), właściwości systemu prawnego wykazuje prawo kanoniczne. W tym przypadku relatywnie mniej ważny jest problem, czy sankcja ma charakter ziemski (społeczny), czy nadprzyrodzony. Wiadome jest powszechnie, że liczne „czyste” kwestie prawne (jak przykładowo: spadek, stosunki krewniacze związane z zawraciem małżeństwa, małżeństwo, obowiązki, prawo karne itd.) regulowane było przez święte księgi, bądź określone inaczej przez święte przepisy (Henry Levi-Bruhl. *L'Ethnologie juridique. Ethnologie Générale, Encyclopédie de la Pléiade*. Paris 1968, 1115).

Należy podkreślić, że N. Visković w swych wystąpieniach wypowiada myśli bliskie współczesnemu pojmowaniu etnologii prawa, twierdzi,

że prawo istniało przed powstaniem państwa, przed powstaniem klas społecznych. W przeciwieństwie do jego twierdzeń, w wielu współczesnych wypowiedziach pojawia się myśl, że istota prawa związana jest z powstaniem państwa, z powstaniem klas, że stanowi wyraz różnic klasowych. Musimy stwierdzić, że takie stanowiska nie są uznawane przez współczesną etnologię prawną, a także i przez prawo.

Silny rozwój badań etnologicznych w końcu XIX i XX wieku, a szczególnie wyniki badań prowadzonych nad społecznymi kwestiami przez etnologię, potwierdziły, że prawo powstało i rozwijało się obok (a znaczy to także, że i przed) powstaniem klas społecznych i państwa. Znaczący to dalej, że każde społeczeństwo jest także społeczeństwem prawa, że nie ma ludzkich wspólnot bez organizacji tworzonej przez określony porządek i prawo. Takie rozumienie charakteru i genezy (zwyczajowego) prawa występowało u nas już wcześniej (*Encyklopedijaj Jugoslavije VI*, Zagreb 1965, S. V. *Običajno pravo*) i obecnie.

Już wcześniej także stwierdzono, że etnologia prawa cywilnego, w rozumieniu wspomnianego francuskiego prawnika H. Levi-Bruhla, w zasadzie nie jest zgodna z tezą Marksa o powiązaniu prawa z państwem: powstały one w określonym systemie produkcji (N. F. Pavković, *Če savremene metodološke problematike pravne etnologije*, Simpozijum o metodologiji etnoloških nauka 18 - 20, decembar 1972, SANU Beograd 1974, str. 165 - 165). Kiedy produkcyjny system kapitalistyczny zaniknie zastąpiony przez socjalizm, nie będzie państwa razem z prawem! Wydaje się nam że w tym miejscu mamy do czynienia z uproszczonym rozumieniem dzieł Marksa, w których nie ma zaprzeczenia istnienia prawa w prymitywnych wspólnotach społecznych. Genezy prawa Marks nie wiązał z powstaniem państwa. Pośrednio potwierdza to jego znane twierdzenie, że prawo, jak i religia, nie ma własnej historii, znaczyłoby to, że rozwijało się ono równoległe z ludzkim społeczeństwem. Odwrotnie, w krytyce ideologii niemieckiej wskazuje na ściśle powiązania współczesnego państwa i prawa, gdzie „wszystkie wspólne instytucje (a znaczy to i prawo, NFP) podporządkowane są państwu i otrzymują polityczny kształt” (Karl Marks, Fridrich Engels, *Rani radova*, Naprjed, Zagreb, 1967, 412, 413).

Systemy prawne tradycyjnych społeczności Afryki, Azji, Australii i Oceanii, Ameryki, jak i społeczności rolniczych regionów Europy, były i pozostały podstawowym przedmiotem zainteresowań badawczych etnologii prawa. Dzisiaj, w epoce postkolonialnej, okazało się, że szczególnie aktualne z naukowego i społeczno-politycznego punktu widzenia jest bardzo potrzebne, szczególnie wszechstronne badanie systemów prawnych tych społeczności. Dotychczasowe badania dowiodły, że oprócz źródła rzymskiego istnieją także inne źródła prawa, że są one bardzo

zróżnicowane, bogate i interesujące dla nauki i praktyki społecznej narodów, wśród których istnieją. Relatywnie szybkie tempo kształtowania się nowych państw, ich dążenia do przodowania pod ekonomicznym i społecznym względem, narzuciły potrzebę tworzenia nowego prawa. Tradycyjna zwyczajowo-prawna praktyka, wciąż jeszcze żywa, okazuje się być niedoskonałą w procesach regulacji złożoności współczesnego żywota. Z drugiej strony krokiem niezbyt odpowiednim okazało się odrzucenie prawa opartego na osnowie Code Civil'a oraz praw tych metropolii kolonialnych. Najczęściej wybierana jest droga pośrednia między tendencją do tworzenia nowych systemów prawnych nawiązujących do pozytywnych i trwałych wartościowych elementów własnego dziedzictwa kulturowego, a przyswajaniem wzorów obcych.

W rozprawach nad przedmiotem prawa wysunięto także kwestię określania jako prawo: normy prawa zwyczajowego, prawa zwyczajowego i naszego prawa samorządowego. Jeżeli chodzi o prawo zwyczajowe, podkreślamy, że jest ono uznawane jako prawo i że jego znaczenie jest niezależne od zgody i potwierdzenia przez władze.

Rozumie się, że wszędzie, także i u nas, istnieją różnice związane z szerokim i wąskim pojmowaniem prawa. Dla europejskiej, a szczególnie zachodnio-europejskiej myśli prawnej, charakterystyczny jest euro-pocentryzm, który o (nie) prawności niczego nie rozsądza. Takie rozumienie prawa jest także i u nas.

Fakt, że w naszym samorządowym społeczeństwie każdego dnia powstają liczne, nowe i wciąż nowe akty prawne, którymi ludzie kierują się w swej pracy, zachęcają do relatywnego posługiwania się dwoma (samorządowym i zwyczajowym) prawami. Zrozumiałym jest, że między nimi istnieją ogromne i zasadnicze różnice, gdyż są one wytworem różnych społeczności. Nasze społeczeństwo jest nieporównywalnie bardziej złożone od „prymitywnego”. Można powiedzieć, że to pierwsze prawo powstało w społeczeństwie, poza formalnymi strukturami państwowymi. To drugie powstaje inaczej, na gruncie struktur państwowych. Jednakże, nasza rzeczywistość społeczna wskazuje, że zasadniczo źródła praw są liczne i że oparte są na szerokiej podstawie, dopiero stopniowo się uspołeczniają wychodząc z formalno-strukturalnych kręgów.

*Tłum. Andrzej Brenca*

Nikola F. Pavković

## LAW ETHNOLOGY

(summary)

In the article an attempt has been taken to define a subject, place, and scientific significance of law ethnology. The origin of its beginning is connected with first scientific ethnological trend — evolutionism. Particular role in its phase of development was played by German lawyer A. H. Post's works.

In following part the author considers relations between law and law ethnology, taking into account differences of law performance in "primitive" societies. The author also finds out that law, against the prevailing opinion, developed before uprising of social classes and state structures.

Law systems of traditional societies in Africa, Asia, Australia and Oceania, America, and also agricultural societies in European regions, are the main subject of interest of law ethnologists. Nowadays, because of changing social-political conditions, there is an urgent need to carry research of law systems of the societies in order to answer the question what a new law should regulate complexity of current life. Establishment of new laws is often based on tendency between making new law systems dealing with positive, stable and valuable elements of own cultural heritage, and also adoption of foreign patterns.

In reference to the problems, the author considers at the end, some questions of Yugoslav standards of municipal law.