

Śląska Biblioteka Publiczna

63811

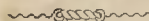
II

P.

O OBECNYM STANIE NAUKI
PRYWATNEGO PRAWA POLSKIEGO
I JEJ POTRZEBACH

NAPISAŁ

DR. OSWALD BALZER.



WE LWOWIE.

NAKŁADEM AUTORA.

Z drukarni Wł. Łozińskiego (Zarządca W. J. Weber.)

1 8 8 7.

154
38

63 8 11

II

K. Fisdler i Syn
Warna 16 II 1838
Cena pt 1'50



I.

Wyszliśmy już szczęśliwie, i zdaje się, bezpowrotnie z ciasnej sfery jałowych sporów około pytania: czy nauce prawa polskiego, dzisiaj nie obowiązującego, przyznać mamy racją bytu, czy też jej odmówić. Przestaliśmy spoglądać na nią wyłącznie tylko ze stanowiska praktycznego; uprawiamy ją jako umiejętność, i to z większym może zapałem i lepszym skutkiem, niż kiedykolwiek dawniej.

Patrząc nieuprzedzonym okiem na rezultaty, jakie w ostatnich czasach wydały usiłowania naukowe około zbadania urządzeń i rozwoju dawnego prawa polskiego, niepodobna też rzeczywiście zaprzeczyć istotnego i stosunkowo wcale szybkiego w tym kierunku postępu. Liczne, starannie opracowane i krytycznie wydane publikacye źródeł uprzyściplniły dla badaczów mnóstwo ważnego materiału, niekiedy pierwszorzędnej doniosłości; zwiększył się zastęp pracowników nad dziejami prawa polskiego, pomnożyła się liczba prac naukowych, pogłębiła ich wartość wewnętrzną, wzrosło nawet zainteresowanie ogółu dla naszego przedmiotu. Jest to objaw zarówno żywotności nauki samej, jak i zrozumienia jej doniosłości ze strony społeczeństwa, objaw, który pozwala nam spoglądać w przyszłość z otuchą i spokojem o dalsze jej losy.

Stwierdzając ten widoczny postęp w dziedzinie badań nad prawem polskim, niepodobna jednak przemilczeć o pewnej stronie ujemnej, jaka się tu spostrzec daje; niepodobna pominąć owej jednostronności pracy, która uderza na pierwszy rzut oka. Rzuciliśmy się z całą gorliwością do śledzenia urządzeń prawa politycznego i organizacyi społecznej dawnej Polski, i doszliśmy na tem polu, w ostatnich zwłaszcza czasach, do zdumiewających rezultatów; ale pozostawiliśmy prawie zupełnie na uboczu inne

jeszcze gałęzie prawa polskiego, poświęciliśmy zanadto mało uwagi prawu prywatnemu i karnemu, pojętym w znaczeniu materyalnem zarówno, jak i formalnem. Nie tutaj miejsce wchodzić w rozbiór przyczyn tej jednostronności; wykazujemy tylko sam fakt, jak się rzeczywiście przedstawia, a zarazem korzystamy ze sposobności ażeby podnieść głos w sprawie tych niesłusznie pominiętych kierunków naszej nauki. Nauka ta nie spełni należycie swojego obowiązku, jeżeli wszystkich objawów w rozwoju prawa polskiego nie wciągnie w zakres badania jako pytań równej wagi i doniosłości, jako kwestyj równorzędnych; nauka ta nie wyświeci zresztą w sposób odpowiedni żadnego z poszczególnych kierunków tegoż rozwoju, jeżeli inne pominie lub na uboczu zostawi, bo wszystkie one w ścisłym ze sobą zostają związku i nawzajem na siebie oddziałują. Nadszedł już czas, w którym rozszerzyć należy horyzont badania, objąć niem wszystkie gałęzie dawnego prawa polskiego, strzegąc się przedewszystkiem tej jednostronności, która tak tu, jak w ogóle wszędzie indziej, jednostronne tylko, niezupełne przynieść może rezultaty.

W zgoła odmiennych warunkach przyjdzie nam dzisiaj przystąpić do tej pracy, niżbyśmy do niej przystępowali niedawno jeszcze temu. Rozporządzamy innym zasobem źródeł, świadomi jesteśmy potrzeby lepszej, doskonalszej metody badania, zakreśliśmy badaniu temu dalsze od naszych poprzedników cele, stawimy doń większe wymogi, i większych też po niem oczekujemy wyników. A wobec tego nasuwa się nam już samo z siebie pytanie: co też w każdym z kierunków nauki naszej dotychczas zrobiono, a co jeszcze pozostaje do zrobienia; czy i o ile dotychczasowe prace celowi swemu odpowiedziały, a jeżeli nie, w czym leżą ich wady i niedostatki, w czym domagają się sprostowania i uzupełnienia; w końcu, jaką jest najwłaściwsza droga, którą postępując, możnaby najpewniej dotrzeć do zamierzonego celu i spełnić swoje zadanie odpowiednio do wymagań dzisiejszej nauki. Szereg tych pytań, metodycznej przeważnie natury, wymaga koniecznie jasnej i stanowczej odpowiedzi, bo od wyboru właściwej metody zawisła sama wartość prac naukowych; właściwa metoda uchroni od niepotrzebnych zboczeń i częstokroć bezowocnej pracy; ona jedna doprowadzić nas zdoła do wyników, które nazwać będziemy mogli prawdziwemi zdobyczami umiejętności.

Niestety, kwestyi tej zanadto mało dotąd poświęciliśmy uwagi. Osobnych prac, rozbierających zadanie nauki prawa polskiego i wskazujących drogę jego badania umiejętnego, jest dotąd

bardzo niewiele; pomijając przestarzały ekskurs Jana Wincentego Bandtkiego: *De studio iuris Polonici*¹⁾, możemy ich wykazać nie więcej nad dwie: jedną, Aleksandra Kraushara p. t.: *Uwagi nad historią prawa*²⁾, akademicką pracę konkursową, zestawiającą rezultaty badań zagranicznych nad metodologią prawa, zawierającą nadto osobny rozdział o rozwoju nauki naszej z ostatnich czasów; drugą, Michała Bobrzyńskiego: *O dawnem prawie polskiem, jego nauce i umiejętnem badaniu*³⁾, rzucającą wiązkę samodzielnych i przeważnie trafnych pomysłów, rzecz w kierunku tym dotąd najlepszą, ale trzymaną w tonie więcej ogólnym, bez wniknięcia w szczegóły. Szczupła ilość prac tego rodzaju, niedokładne wyjaśnienie pojedynczych pytań, i, co za tem w ślad idzie, brak zgodnie uznanych i przyjętych zasad dla badań nad prawem polskiem, dają się uczuć powszechnie, nie bez pewnych nawet następstw szkodliwych dla nauki samej. Umysły głębsze, talenta większe, wysnuwają wprawdzie same z siebie pewne zasady, które w pracy naukowej prowadzą je drogą właściwą; ale szereg mniej uzdolnionych pracowników rozbija się niejednokrotnie w usiłowaniach swoich o trudności, wynikające z braku ustalonych zasad badania; tworzą rzeczy małej albo żadnej wartości, marnują częstokroć pracę, która na właściwe skierowana tory, mogłaby przecież przynieść skromne może, ale istotne wzbogacenie naszej umiejętności. Znajomość ogólnej metodologii prawa nie ze wszystkiem tu jeszcze wystarczy, podaje ona bowiem te tylko zasady, których w badaniu prawa w ogóle przestrzegać należy, lecz, jak z natury rzeczy wynika, nie może rozbierać tych szczegółowych względów, na jakie zwrócić należy uwagę, badając pewne, szczególne prawo, z jego właściwościami i odrębnościami, z charakterem jego indywidualnym, przejawiającym się na zewnątrz w urządzeniach jego zarówno jak i rozwoju.

Szereg wyjaśnień okazuje się nadto koniecznym ze względów praktycznych. Każda nauka znajduje się w danej chwili w pewnym stanie, wykazać może większe lub mniejsze stadyum rozwoju, natrafia na większe lub mniejsze przeciwności z zewnątrz. Nauka prawa polskiego znajduje się pod tym względem w stosunkach wyjątkowych. Do niedawna jeszcze wal-

¹⁾ Wrocław, 1806.

²⁾ Warszawa, 1868.

³⁾ Warszawa, 1874, odbitka z „Niwy“.

czyć musiała z płytkimi uprzedzeniami, które niejednokrotnie odbiły się na niej szkodliwie; nie stanęła dotąd — z przyczyn, które wyjaśniać byłoby rzeczą zbyteczną — na tej wyżynie, do której wzniosły się analogiczne dyscypliny za granicą, nie rozporządza tak obszernymi i zasobnymi środkami naukowymi i materialnymi, jakie gdzieindziej stoją uczonym do dyspozycji. Jak wobec tych wszystkich czynników zorganizować pracę naukową, jak ją zastosować do tych warunków zewnętrznych, które na nią wpływają, oto kwestye, zasługujące również na uwzględnienie, bo jest to rzeczą po wszystkie czasy stwierdzoną, że każda praca wtedy tylko spodziewać się może pomyślnych rezultatów, jeżeli zamiary mierzy według sił i środków, którymi rozporządza, nie zaś dobrych chęci, które same nigdy wystarczyć nie zdołają.

Nie mamy zamiaru wszystkich poruszonych tu pytań rozwiązywać ze względu na naukę prawa polskiego w ogóle; zamierzamy na razie bliższą poświęcić uwagę nauce prywatnego prawa polskiego; przedstawimy jej stan obecny, wykazać braki, jakie się tu dają odczuwać, zastanowić się bliżej nad rzeczywistymi potrzebami tej nauki, w końcu zaś rozebrać te kwestye metodyczne, które ze względu na szczególne właściwości i stanowisko prywatnego prawa polskiego, osobnego domagają się wyjaśnienia. Sądzimy, że zakreślając sobie ściślejsze dla naszych uwag granice, zdołamy tylko z większą dokładnością wyjaśnić rzecz samą. Oczywiście, gdzieś tam przyjdzie nam potrącić o takie pytania, których rozbiór przedstawia wagę dla nauki prawa polskiego w ogóle; w przeważnej jednak części kwestya pracy naukowej nad innemi gałęziami prawa polskiego wymaga odmiennego traktowania, już to ze względu na samą istotę rzeczy, już też ze względu na odmienny stan dotychczasowych w tej mierze badań. Na teraz przynajmniej, nie chcąc gmatwać przedmiotu, woleliśmy sobie obrać zadanie skromniejsze. Kreśląc zaś poniższe uwagi, nie oddajemy się bynajmniej złudzeniu, iżbyśmy zadanie nasze w zupełności rozwiązać zdołali, ani też nie mamy do tego pretensyi; kwestye takiej wagi i takiego znaczenia, jak te, o których tutaj mowa, kwestye, mające rozstrzygnąć o kierunku i metodzie nauki, załatwić się dadzą siłami jednostki zawsze tylko niedostatecznie; wszechstronnie wyświecić je zdoła poważna dyskusya naukowa, przeprowadzona w jaknajszerszem kole ludzi zawodowych. Będzie to też największą dla tej pracy nagrodą, jeżeli uwagi jej, poruszając na nowo tyle ważną, a jednak niedostatecznie dotąd wyjaśnioną sprawę, dyskusyą taką wywołać zdołają.

II.

Na dziełach, które założyły sobie za cel przedstawić całość kształt prywatnego prawa polskiego, nie zbywa nam bynajmniej. Już pod koniec zeszłego wieku pojawia się pierwszy we właściwym tego słowa znaczeniu systematyczny podręcznik tegoż prawa, ułożony przez X. Teodora Ostrowskiego p. t.: *Prawo cywilne albo szczególne narodu polskiego, z statutów i konstytucyj koronnych i litewskich zebrane, rezolucjami Rady Nieustającej objaśnione, dodatkami z praw kanonicznego, magdeburskiego i chełmińskiego pomnożone, a porządkiem praw rzymskich ułożone*¹⁾. Drugiem co do czasu powstania jest Jana Wincentego Bandtkiego: *Prawo prywatne polskie, napisane i wykładane przed rokiem 1830 w b. warszawskim alexandryjskim uniwersytecie*²⁾; dalej idą: Antoniego Zygmunta Helela: *Dawne prawo prywatne polskie, napisane w latach 1849—1853*³⁾, rzecz fragmentaryczna, obejmująca tylko wstęp, zasady ogólne i prawo rzeczowe, w poszczególnych ustępach niekiedy wcale nie opracowana; Walentego Dutkiewicza: *Prawa cywilne, jakie w Polsce od roku 1347 do wprowadzenia kodexu Napoleona obowiązywały*; dzieło, które wyszło także pod drugim, zmienionym tytułem: *Program do egzaminu z historii praw, które w Polsce przed wprowadzeniem kodexu Napoleona obowiązywały*⁴⁾; w końcu Piotra Burzyńskiego: *Prawo polskie prywatne*⁵⁾. Nadto możnaby tutaj jeszcze zaliczyć: Tadeusza Czackiego dzieło: *O litewskich i polskich prawach, ich duchu, źródłach i związku i o rzeczach zawartych w pierwszym statucie dla Litwy 1529 roku wydany*⁶⁾, gdzie autor, w uwagach swych do poszczególnych postanowień statutów litewskich rozbiera także urządzenia prywatnego prawa polskiego; i Wacława Aleksandra Macie-

¹⁾ Dwa tomy, Warszawa, 1784; wydanie drugie, tamże, 1787; przekład niemiecki, dokonany przez Bröckera p. t.: „Civilrecht der polnischen Nation“, 2 tomy, Berlin i Lipsk, 1797—1802.

²⁾ Dzieło pogrobowe, wydane w Warszawie r. 1851.

³⁾ Wydanie pośmiertne, uskutecznione przez Bobrzyńskiego w Krakowie r. 1874 w pierwszym (jedynym dotąd) tomie Pism pozostałych Helela.

⁴⁾ Warszawa, 1869.

⁵⁾ Dwa tomy, Kraków 1867—1871.

⁶⁾ Warszawa, 1800; wydanie drugie w Dziełach Czackiego, Poznań 1844; wydanie trzecie w Bibliotece Turowskiego, Kraków 1861.

jowskiego: *Historja prawodawstw słowiańskich* ¹⁾, zawierającą osobne działy o prawie prywatnem słowiańskiem, oczywiście więc i o polskiem.

Rozporządzamy tedy wcale pokązną liczbą podręczników prywatnego prawa polskiego, i gdybyśmy z liczby samej wyprowadzać chcieli pewne wnioski, moglibyśmy postawić twierdzenie o kwitnącym stanie nauki. Inna rzecz, jeżeli wglądnijemy w treść i wartość wewnętrzną tych dzieł: sąd zmienia się na niekorzyść, stajemy wobec smutnej konieczności przyznania faktu, że nie posiadamy ani jednego dobrego podręcznika prywatnego prawa polskiego. Mimowoli tedy nasuwa się pytanie, gdzie leży przyczyna tego, że tylokrotnie ponawiane, w rozmaitych czasach przedsiębrane próby skreślenia całkowitego systemu naszego prawa nie doprowadziły do istotnie dodatnich rezultatów? Zagadka ta wyjaśni się nam częściowo, jeżeli uwzględnimy stosunek prac monograficznych do istniejących podręczników. Zdaje się, że nie popełnimy zbyt rażącej przesady, jeżeli powiemy, że liczba monografij z zakresu prywatnego prawa polskiego nie o wiele przewyższa liczbę zajmujących się niem podręczników ²⁾. W tem leży pierwsza ujemna strona dzisiejszego stanu naszej nauki. O dobrych podręcznikach myśleć niepodobna, jeżeli ich nie wyprzedzą liczne, szczegółowemu zbadaniu poszczególnych kwestyj poświęcone opracowania monograficzne, jak nie można też myśleć o ujęciu i zrozumieniu systemu danego prawa, jeżeli się nie rozumie jego szczegółów.

Mamy tedy do zaznaczenia fakt na pozór dziwny, że u nas dzieła treści ogólnej wyprzedziły literaturę monograficzną, że w badaniach naszych obraliśmy drogę wprost przeciwną tej, jakąby się zdawało wskazywać istotne zrozumienie rzeczy; zamiast bowiem przejść od szczegółów do ogółu, woleliśmy uchwycić od razu, choć niedokładnie i niedostatecznie, ogół, pomijając szczegóły. Postąpilibyśmy jednak niesprawiedliwie, robiąc z tego powodu zarzuty tym mężom uczonym, którzy pracy swej zakreślili to ogólne zadanie. W każdej nauce, tworzącej się dopiero, znajdujące się jeszcze w stadyum dzieciństwa, objawia się zazwyczaj

¹⁾ Wydanie pierwsze w 4 tomach, Warszawa 1832—1835; wydanie drugie w 6 tomach, tamże 1856—1868.

²⁾ Według obliczenia naszego liczba tych monografij, wydanych w wieku XIX bądź to osobno, bądź też rozrzuconych po czasopismach, nie przenosi okrągłej cyfry czterdziestu.

z początku taki prąd do uogólnienia, dążność do uchwycenia jej całokształtu, choćby z uchybieniem dla szczegółów, jednym słowem, tendencya do zarysowania jej konturów, zanim szczegółowo wycieniowane zostaną. Jest to objaw, któremu podobnych i w innych działach nauki i u innych narodów nie mało możnaby wykazać. Kierunek taki ma nawet pewne strony dodatnie: rzuca on niejako pogląd na umiejętność całą, umożliwia i ułatwia pracę tym, którzy później zabiorą się do wyjaśnienia szczegółów, kierunek taki stawia poniekąd program całej dalszej konstrukcyi umiejętności. Mają więc z tego względu autorowie podręczników nie małą zasługę, że przebijając się własną pracą przez rolę tak mało obrobioną, przeorali ją bodaj z grubsza; mają ich dzieła wartość w historii literatury, jako pierwsze próby naukowych w tym kierunku usiłowań, zakreślonych na większe rozmiary. Co większa, autorom tym zawdzięczyć mamy niejedną prawdziwą zdobycz naukową, która utrzyma się na zawsze; zdani bowiem niemal wyłącznie na własne siły, przedsiębiorali częstokroć żmudną pracę wyświecania szczegółów, i z zadania tego niejednokrotnie wywiązali się z powodzeniem. Możemy też powiedzieć bez przesady, że dla wyświecenia szczegółów zrobiono w podręcznikach więcej, niż w literaturze monograficznej. Stąd też spotykamy się tu niejednokrotnie z obszernymi ekskursami, poświęconymi szczegółowemu rozbirowi poszczególnych kwestyj wątpliwych. Przypominamy tylko Bandtkiego wywód co do pytania, czy w Polsce istniały lenności, Helcla rozbiór kwestyi, czy preskrypcya polska wymaga dobrej wiary i słusznego tytułu, Burzyńskiego exegezę konstytucyi sejmowej z r. 1768 o zdolności małoletnich do działań prawnych i t. d. Jest to rzecz, która maćci wprawdzie przejrzystość i symetryą układu, ale bądź co bądź posuwa naukę naprzód. Oczywiście jednak, tego rodzaju obszerniejsze wywody w podręcznikach nie wyczerpują wszystkich pytań, zasługujących na bliższe uwzględnienie; spełniają one tylko małą część zadania, jakie przed nami stoi jeszcze otworem.

Brak dostatecznej ilości dobrych prac przygotowawczych odbił się nadto jeszcze i w innych kierunkach w sposób ujemny na podręcznikach. Podręcznik może być mniej lub więcej szczegółowym; w każdym razie zadaniem jego jest uchwycić i przedstawić przewodnią myśl badanych instytucyj prawnych, scharakteryzować ich istotę i treść zasadniczą. Jest to rzecz, która się da osiągnąć i w takim razie, jeżeli się autor zapuszcza w wyświecanie drobnych nawet szczegółów, wymaga jednak

w tym wypadku zupełnego opanowania przedmiotu, w przeciwnym razie zbytnia szczegółowość wpłynąć może ujemnie na przejrzystość i precyzją w poglądach ogólnych. W ogóle lepiej jest, jeżeli istnieją opracowania monograficzne, których właściwym zadaniem jest zbadanie kwestyi aż do najdrobniejszych punktów; one mogą dać właśnie podstawę do wyciągnięcia pewnych ogólnych spostrzeżeń i wniosków celem zużycia ich w podręczniku. Opracowań tych w znacznej części nie dostaje; stąd okazała się konieczność wyjaśniania sobie szczegółów własnem badaniem; że zaś dla ogromu materiału badanego trudno było nad nim zapanować, przeto też podręczniki przedstawiają w przeważnej części raczej wiązanekę szczegółów zeszerogowanych według pewnego rzeczowego porządku, aniżeli pewne zasadnicze pojęcia o poszczególnych instytucjach prawa prywatnego. Jest to brak, który baczniejszego czytelnika uderza na pierwszy rzut oka. Można przestudować dokładnie szereg podręczników, można wynieść ze studyum tego obfite wiadomości o poszczególnych postanowieniach prawa polskiego w materjach prywatno-prawnych, ale pogląd zasadniczy o instytucjach prawnych trzeba będzie najczęściej wyrobić sobie samemu, bo go w podręczniku nie znajdziemy albo wcale, albo w bardzo lekkich tylko i niedostatecznych zarysach. Objaw ten świadczy o pewnym rodzaju powierzchowności w obecnym stanie naszej nauki, a zarazem wskazuje na potrzebę jej pogłębienia. Stosunkowo jeszcze najwięcej około wydobywania przewodnich, zasadniczych myśli w umiejętności naszej zasłużyli się Burzyński i Helcel; należy tylko pracę przez nich rozpoczętą prowadzić dalej, a o wyniku dodatnim wątpić nie można.

Dalszą stroną ujemną, wpływającą z niedostatku prac przygotowawczych i z owego właśnie co dopiero podniesionego braku jasno określonych pojęć zasadniczych, jest nienależyte grupowanie i stosunkowanie poszczególnych instytucyj prawnych między sobą. Każde prawo, lubo się składa z całego szeregu urządzeń, jest organizmem; urządzenia te jako części organizmu, nie łączą się zatem ze sobą luźnie tylko; owszem, zachodzi pomiędzy niemi ścisły, wewnętrzny, przyczynowy związek, wzajemna łączność i wzajemne oddziaływanie. Nie można nigdy zrozumieć i pojąć dobrze jednej instytucyi, jeżeli się nie umie zdać sobie dokładnej sprawy o innych. Że o takim pragmatycznym łączeniu całego szeregu urządzeń, wykazaniu wzajemnego ich do siebie stosunku, nie może być mowy tak długo, dopokąd każdego z nich

nie wyświecimy dokładnie, to rzecz oczywista; bo tylko wtedy, jeżeli każde pojęcie prawne potrafimy ściśle określić i odgraniczyć od innych, będziemy mogli zarazem, i to już z łatwością, wynaleść styeczne pomiędzy niemi punkta. W pracach poświęconych prywatnemu prawu polskiemu braki te odczuwać się dają niejednokrotnie; powodują one z jednej strony zawikość i gmatwaninę przedmiotu, z drugiej nie pozwalają rozwinąć wszechstronnego na całość poglądu.

W końcu — i to rzecz niemniej ważna — niedostateczne opracowanie szczegółów z zakresu naszej umiejętności, odbiło się na podręcznikach całym szeregiem rażących niekiedy błędów rzeczowych. Autorowie, mając przed sobą tak obszerne do spełnienia zadanie, jakim jest ujęcie całkowitego systemu prywatnego prawa polskiego, a nie znalazłszy w pracach przygotowawczych zadowalniającej odpowiedzi na przeważną większość nasuwających się im pytań, starali się wprawdzie sami odpowiedź tę zdobyć, a poświęciwszy niektórym kwestyom szczególną swoją uwagę, wyświecili je nawet wszechstronnie i dokładnie; rzecz jasna jednak, że nie mogli każdego szczegółu traktować z równą ścisłością, że musieli w znacznej części poprzestać na ogólnikowym tylko zbadaniu i wyzyskaniu źródeł. Stąd wynikła przedewszystkiem pewna powierzchowność w ekspozycyi, stąd wynikło zarazem mnóstwo błędnych twierdzeń, bo nie zawsze udało się wyczerpnąć materyału, nie zawsze przetrwać go należyte, nie zawsze wyrozumieć dokładnie treść postanowień prawnych i wzajemny ich do siebie stosunek, ażeby przedstawić wszędzie rezultaty zadowalniające. Poddając też ściślej analitycznej poszczególnym ustępy naszych podręczników, zmuszeni jesteśmy, używając chociażby tylko tego materyału źródłowego, którym rozporządzali ich autorowie, przedsiębrać co chwila uzupełnienia, zmiany i poprawki. Nie naszą rzeczą jest wykazywać szereg tych błędów jeden za drugim; zaznaczamy tylko sam fakt, a na poparcie twierdzeń naszych odsyłamy czytelnika do dwóch prac Walentego Dutkiewicza: *Spostrzeżenia nad historią prawodawstw słowiańskich* Wacława Aleksandra Maciejowskiego ¹⁾, i *Uwagi nad dziełem: Prawo polskie prywatne* Piotra Burzyńskiego ²⁾. Uczony znawca prawa naszego wykazuje tu szczegół za szczegółem błędne twierdzenia obu rozbieranych pism, a szereg

¹⁾ Warszawa, 1870.

²⁾ Warszawa, 1873.

spospostrzeżeń, jakie uważał za potrzebne wypowiedzieć, złożył się na dwa stosunkowo obszerne i pokaźne dziełka. Można by, badając rzecz ściśle, pomnożyć jeszcze znacznie zakres sprostowań Dutkiewicza o pracach Maciejowskiego i Burzyńskiego, a stosując tę samą metodę do innych podręczników, choćby nawet i samego Dutkiewicza, napisać o każdym z nich znowu obszerną książkę, zawierającą wykaz błędów rzeczowych. To też ktokolwiek dzisiaj sumiennie zdać sobie zechce sprawę z danej instytucji prawnej, znajduje się najczęściej w tem położeniu, że musi sam przerobić odnośny materiał źródłowy; podręcznik służyć mu tu może co najwyżej za przewodnika, na którym jednak mimo to nie zawsze polegać można w zupełności.

Tłumaczymy sobie częściowo usterki rzeczowe dzieł tych samą naturą pracy, która dążąc do ujęcia całości, nie zawsze należyta zwrócić mogła uwagę na wszystkie szczegóły; tłumaczymy sobie tembardziej, ile że dla wyjaśnienia tych szczegółów tak mało dotąd zrobiono u nas w literaturze; choć zarazem z naciskiem zaznaczyć musimy, że ilość tych usterek jest rażąco wielką, okoliczność, która nakazuje z największą tylko ostrożnością korzystać z podręczników, ażeby przejmując z nich rzeczy dobre, nie dać się uwieść twierdzeniom błędnym i nieprawdziwym. Co już jednak usprawiedliwić trudno, to owo dosłowne przejmowanie całych ustępów z podręczników dawniejszych, z jakimi w późniejszych dość często się spotykamy, przyczem odpisujący nie uważają sobie czasem nawet za obowiązek zacytować w takim razie swojego źródła. Dla ilustracyi podamy kilka tylko przykładów. Spis terminów dawności, ułożony przez Ostrowskiego (I 139 sq.) przeszedł z kilku nieznacznemi zmianami, zresztą zaś w dosłownem brzmieniu do dzieł Bandtkiego (244 sq.) i Helela (136 sq.), i to mimo okoliczność, że Ostrowski w spisie tym pomieścił niektóre zasady co do przedawnienia w sprawach karnych, które przecież w wykładzie prawa prywatnego opuścić należało. Początkowe uwagi zamieszczone przez Helela w ustępie o wywodzie szlachectwa (str. 70) są tylko parafrazą uwag wypowiedzianych w tym samym przedmiocie przez Bandtkiego (str. 83). Spis wypadków, w których według prawa polskiego następowała infamia, powtarza Burzyński (I, 450 sq.) bez najmniejszej zmiany z Bandtkiego (9 sq.) nie uzupełniając go ani jednym szczegółem, pomimo, że najpobieżniejsze przeglądnięcie konstytucyj polskich powinno go było przekonać, jak niedokładnem jest zestawienie Bandtkiego. Te i tym podobne przykłady, świadcząc,

że badacze nasi nie wahali się w niektórych razach przyjąć bez żadnej krytyki wywodów swoich poprzedników, rzucają na ich samodzielność pewne światło ujemne. Zaznaczyć przy tem należy, że korzystając w ten sposób, nie zawsze dokonywali szczęśliwego wyboru, reprodukują bowiem niejednokrotnie ustępy i twierdzenia małej albo żadnej wartości, i powagą swego imienia nadają sankcya błędom popełnionym przez innych. Można by wykazać cały szereg nieprawdziwych twierdzeń, z którymi spotykamy się we wszystkich pracach o prawie polskiem prywatnem, dlatego tylko, że je wypowiedział jeden z dawniejszych autorów, a wszyscy inni z zupełną wiarą za nim powtórzyli. I tak n. p. Ostrowski (I 126) stwierdził przez pomyłkę, że szlachcie przyznana została własność rzeczy kopalnych na gruntach jej znalezionych dopiero za Stefana Batorego w r. 1576: wszystkie inne podręczniki zawierają toż samo twierdzenie, pomimo że już sam cytat Ostrowskiego (Vol. leg. II 900) powinien był spowodować sprostowanie wiadomości w tym kierunku, że prawo to wyraźnie uznanem zostało już w t. z. artykułach Henrykowskich z roku 1573 (§ 10). Postępowanie takie pociąga za sobą wręcz szkodliwe następstwa: przez częste powtarzanie błędu wywalecza mu się w nauce poniekąd prawo obywatelstwa, a wiadomo, ile to później kosztuje trudu oczyścić umiejętność z takich zastarzałych, powszechnie uznanych, choć nieprawdziwych doktryn.

Gdybyśmy pominęli wszystkie inne metodyczne braki podręczników, nad którymi jeszcze poniżej będziemy mieli sposobność rozwieść się szczegółowo, to już sam szereg skreślonych poprzednio uwag wystarczy do przekonania, że podręczniki te, o ile mają wartość literacką jako pierwsze ważniejsze próby umiejętnej konstrukcyi naszej umiejętności, o tyle nie są w stanie zadowolnić stosunkowo nawet skromnych wymagań, jakie dzisiaj w nauce prywatnego prawa polskiego stawiać jesteśmy uprawnieni a nawet zobowiązani. Praca przedsięwzięta w podręcznikach, wymaga jeszcze koniecznie uzupełnienia i sprostowania, wymaga zgłębienia przedmiotu, rozszerzenia poglądu na istotę i ducha zarówno poszczególnych instytucyj prawa prywatnego, jakoteż i całego ich związku organicznego. Zadanie to spełnić się da jedynie przez dokładne i wszechstronne wyświecenie każdego szczegółowego pytania z zakresu naszej nauki; po spełnieniu tej pracy, dadzą się wyciągnąć wnioski ogólniejsze, twierdzenia zasadnicze. O dobrym podręczniku myśleć nam dziś jeszcze nie wolno; możemy wprawdzie pokusić się o dzieło obejmujące całkowity system pry-

watnego prawa polskiego, ale musiałoby to być dzieło na wskrós samoistne, oparte na gruntownem i wszechstronnem zbadaniu rzeczy, jednym słowem, dzieło źródłowe, nie podręcznik. Dzieła tego rodzaju, jak wiadomo, należą do rzadkości, i nie ma, wśród obecnych zwłaszcza stosunków, nadziei, iżbyśmy się go prędko doczekać zdołali; powinniśmy tedy główny położyć nacisk na badania monograficzne, przeprowadzić w ten sposób racjonalny podział pracy naukowej, ułatwić ją sobie i rozdzielić na szersze koła pracowników. Nie uchwycimy od razu całego systemu, to prawda, wyjaśnimy tylko pojedyncze z zakresu jego pytania; lepiej jednak zadowolnić się na razie rezultatami skromniejszymi, ale istotnymi, niż tworzyć rzeczy wielkie a nieudane.

W dziedzinie tych badań monograficznych widzimy jednak niestety dziwny zastój i zaniedbanie. Wspomniana poprzednio liczba monografij z zakresu prawa prywatnego rzuca już sama jaskrawe światło na sprawę, a dzisiaj pojawienie się rozprawy w przedmiocie prywatnego prawa polskiego należy do prawdziwych „wypadków“ w literaturze. Dodajmy do tego, że znaczna część istniejących monografij jest już przestarzałą, zarówno co do metody jak i dat źródłowych, które przez szereg nowych publikacyj w ostatnich dopiero czasach wzrosły znakomicie, a zrozumiemy całe ubóstwo literatury monograficznej o polskiem prawie prywatnem. Rzeczy w całym tego słowa znaczeniu dobrych wliczyć możnaby bardzo nie wiele. Nawet nowsze prace, jakie się w tym kierunku pojawiły, nie ze wszystkiem zdolne są uczynić zadość wymaganiom nauki; brak w nich częstokroć gruntowności, która jest pierwszym wymogiem każdej pracy monograficznej, a już zgoła uderza nas okoliczność, że niektórzy autorowie, zamiast sięgnąć do źródeł i z nich przysporzyć dla nauki jakąś nową zdobycz, wysnuwają swe wnioski z podręczników i podręcznikami uzasadniają swe twierdzenia! Zachodzi tu oczywiście grube nieporozumienie. Zamiast uważać podręczniki za to, czem są w istocie, za pierwszy wyraz naszej nauki, uważają je oni najniesłuszniej za wyraz ostatni, przyjmują twierdzenia tamże zawarte za prawdy ewangeliczne, nie chcąc czy nie mogąc zrozumieć, że nie tak nie szkodzi nauce, jak niesamodzielnosc badania i brak krytycyzmu. Przy takim postępowaniu, przezuwajacem do znudzenia niedostateczne wyniki dawniejszych badań, wprowadzimy w naukę to, czego się najbardziej obawiać powinna, stagnacyą; rzeczywisty postęp wymaga skupionej, samoistnej pracy, któraby przynosiła nowe, coraz to doskonalsze rezultaty.

O dobrych rezultatach nie może być zresztą mowy, jeżeli w badaniu nie zastosujemy właściwej metody, a i przeciw metodzie wykraczano u nas niejednokrotnie. Rozbierzmy tedy kwestyą tę, w ważniejszych przynajmniej punktach, po szczególe, ażeby zdać sobie sprawę, na jakie tory badanie to skierować należy.

III.

Nie ma podobnoś prostszej zasady w metodologii jakiegokolwiek nauki nad tę, że nauka ta zachować się winna w swoich granicach, a zatem nie uронić niczego, co do jej zakresu należy, z drugiej zaś strony nie wciągnąć w system nic takiego, co przechodzi już w sferę innej umiejętności. Lekceważenie tej reguły zaciemnia i gmatwa pogląd na rzecz, albo też nie daje wszechstronnego o niej pojęcia, w każdym zaś razie przedstawia ją w błędnem świetle. W dotychczasowych pracach nad prawem polskiem nie zawsze przestrzegano ściśle tej zasady.

Nauka nasza przedstawić ma przedewszystkiem polskie prawo prywatne, a więc nie publiczne ze wszystkimi jego odcieniami. Tymczasem już Ostrowski poświęca cały tom drugi swojego *Prawa cywilnego* szczegółowemu skreśleniu organizacyi sądownictwa i procedury polskiej, w tomie pierwszym, obok zasad prawa prywatnego przedstawia całe ówczesne prawo karne. Dutkiewicz przy końcu swego podręcznika daje „Najogólniejszy rys postępowania sądowego cywilnego“, a Burzyński prócz nader obszernej i szczegółowej historii źródeł i literatury prawa polskiego w ogóle, zajmującej niemal cały tom pierwszy jego podręcznika, kreśli jeszcze ogólnikowy zarys organizacyi sądownictwa polskiego. Nadto Dutkiewicz i Burzyński podają jeszcze w toku dzieła Słowniczek wyrazów prawnych polskich, który, sam w sobie oceniony, byłby wcale użytecznym, gdyby nie był bezprzykładnie defektownym, złożonym z wyrazów pozbieranych na chybił trafił, przytem w znacznej części nie mających związku z prawem prywatnem, bo odnoszących się do rozmaitych instytucyj publiczno-prawnych. Dają nam tedy autorowie więcej niż zapowiadają w tytułach; rzecz, z powodu której trudno im oczywiście robić wyrzuty, którą nawet wytłómaczyć można względami praktycznymi; miano tu bowiem widocznie na oku przedewszystkiem cel dydaktyczny książki, chciano początkującym adeptom nauki dać nietylko wiadomości z zakresu właściwego prawa pry-

watnego, ale i z tych działów prawa, które z niem w ściślejszym stoją związku. A jednak nasuwa się tu uwaga, że lepiej przecież byłoby rzeczy te uczynić przedmiotem osobnych prac naukowych, nie zaś dawać nam zamiast wykładu prawa prywatnego istną *silva rerum* z zakresu prawa polskiego w ogóle.

Wszakże nawet i w tych działach, które zdają się być poświęcone wyłącznie prawu prywatnemu, spotykamy nie mało ustępów, które treścią swoją należą gdzieindziej, przedewszystkiem zaś do wykładu o prawie publicznem. Są autorowie, którzy (jak n. p. Bandtkie) mówiąc o wpływie różnicy stanów na zdolność prawną w sferze prawa prywatnego, podają obszerne wywody o rozwoju historycznym szlachty, mieszczaństwa, włościan, o organizacji wewnętrznej miast, o stanowisku publiczno-prawnem duchowieństwa, i t. p. Nie zaprzeczamy bynajmniej związku, jaki w rozlicznych względach zachodzi między instytucjami prawa prywatnego i publicznego, rozumiemy, że chcąc zbadać pierwsze, trzeba niejednokrotnie wyjaśnić drugie, zaznaczamy jednak, że w takim razie te ostatnie traktować należy tylko o tyle, o ile tego wymaga konieczna potrzeba zrozumienia urzędzeń prywatno-prawnych; co ponad to wchodzi w wykład naszej umiejętności, jest zbyt częstą naleciałością, niepotrzebnym balastem. Cóż dalej sądzić, jeżeli n. p. Helcel pomiędzy uprawnieniami prawa prywatnego, przysługującymi szlachcie, wylicza takie, jak: *neminem captivabimus*, *nisi iure victum*, wolność od cel skarbowych, przyznanie prawa azylu dworom i rezydentom szlacheckim; což, jeżeli szereg podręczników podaje szczegółowe przepisy, kiedy następowało przedawnienie kary za rozmaite występki; což, jeżeli Bandtkie i przepisujący go tu niemal dosłownie Burzyński, mówiąc o cudzoziemcach, podają, że nie mogli dostępować dygnitarstw, ani urzędów, ani godności kapitulnych, że nie mogli być używani przez króla do rady, ani wysyłani w legacyach Rzpłtej do obcych mocarstw, że nie wolno im było zjeżdżać na elekeyą, ani służyć w przybocznej straży króla; což wreszcie, jeżeli Ostrowski wyraźnie taką stawia teorię, że prawo prywatne (cywilne) z trojakiego względu rozważyć i przedstawić ma stosunki wojskowości: 1) jak się żołnierz na stanowiskach i w marszu z obywatelami zachować powinien; 2) jakie są prawa o werbunkach i dezterach; 3) gdzie i jaką drogą na żołnierzu wykarczającym sprawiedliwości dochodzić należy (str. 110). Poprzestajemy na tych kilku oderwanych przykładach, ale zdaje nam się, że już one same wystarczają do przekonania, jak niedbale zakre-

ślano granice naszej nauce, wciągając w nią co chwila, bez racjonalnej przyczyny, wiadomości z prawa politycznego, karnego i t. p. Stosunkowo jeszcze najmniej błędów w tym kierunku popołniają Dutkiewicz i Maciejowski.

Z drugiej strony pomijają nasze podręczniki niejednokrotnie takie kwestye, których rozwiązanie do nich właśnie należy. Przejęci duchem uznanych dziś powszechnie teoryj prawnych, na nich przeważnie wykształceni, zwykliśmy każdej gałęzi w nauce prawa takie zakreślać granice, jakie jej zakreśla teoria dzisiejsza; co po za te granice wychodzi, odrzucamy jako nienależące do przedmiotu. Jest to postępowanie błędne. Odtwarzając system danego prawa, powinniśmy go pojmować w takich rozmiarach, w jakich go pojmowano współcześnie, kiedy prawo to było żywotnem i obowiązującym. Mając tedy kreślić wykład polskiego prawa prywatnego, nie możemy z góry powiedzieć sobie, że w jego rozumieniu to tylko uważać można za instytucyą prywatno-prawną, co w dzisiejszej teorii za takową uchodzi; musimy raczej postawić pytanie, czy granica pomiędzy prawem prywatnem a publicznem w rozumieniu czasów dawniejszych nie leżała gdzieś indziej niż dzisiaj. Nie potrzebujemy wywodzić szeroko, że różnica taka istniała, tak dobrze w Polsce, jak zresztą i gdzieś indziej; wiadomo przecież, że dawniej nadawano charakter prywatno-prawny wielu urządzeniom, które dzisiaj leżą już w sferze prawa publicznego. Nie mamy zamiaru wchodzić w dokładny rozbiór kwestyi tej ze stanowiska dawnego prawa polskiego; jest to jedno z ważniejszych, ale zarazem wielce trudnych pytań, które rozwiążą dopiero szczegółowe badania. Dla wyjaśnienia podamy tylko dwa przykłady. Dzisiaj stosunek pomiędzy panem a chłopem, o ile nie polega na jakimś osobnym fakcie, rodzącym prawo prywatne, jest stosunkiem prawa publicznego; dawniej, w Polsce, był on niemal wyłącznie stosunkiem prywatno-prawnym. Brak praw obywatelskich, których poddanym przyznać nie chciano, nie dozwolił upatrywać w uregulowaniu tego stosunku interesu ogółu; przedstawia się on prawie tylko ze strony swej prywatnej, ze strony interesu pana. Stąd też pan postępował dowolnie z poddanymi, windykował ich w razie ucieczki lub przesiedlenia się w inne strony tak dobrze, jak windykować mógł inne stracone lub zabrane sobie rzeczy; stosunek poddańczy stał się podstawą wytworzenia tak ciekawej instytucyi prywatno-prawnej, jak rękojemstwo kmieci, rozwiniętej zwłaszcza bardzo szczegółowo w prawie mazowieckiem. Już stąd widać, że zakres

dawniejszego prywatnego prawa polskiego wchodził niejednokrotnie w sferę, która dzisiaj niewątpliwie już należy do prawa politycznego. Najwybitniej jednak objawia się ta chwiejność granic pomiędzy prawem prywatnem a karnem. W czasach dawniejszych w przestępstwie upatrywano w pierwszej linii naruszenie interesu osobistego, prywatnego, w niektórych tylko razach naruszenie interesu ogółu, interesu państwa. Były wprawdzie zbrodnie, jak zdrada kraju, obraza Majestatu i t. p., które uważano zawsze jako zbrodnie publiczne, ale nie wszystko to było zbrodnią publiczną, co dzisiaj za takową uchodzi. Tam n. p. gdzie obecnie dopatrujemy się oszustwa, przeniewierzenia i t. p. widziano dawniej tylko naruszenie cudzych praw majątkowych i nie więcej, skutkiem czego też stosowano w takich razach zasady prawa prywatnego o odszkodowaniu, nie zaś jakiegokolwiek przepisy karne. Te i tym podobne stosunki prawne wciągnąć należy koniecznie do wykładu o prawie prywatnem; przedstawiając bowiem rzecz wyłącznie ze stanowiska dzisiejszej teorii, zacieramy charakter właściwy instytucyom dawniejszym, a zatem roz mijamy się z prawdą historyczną.

Zapominamy dalej niejednokrotnie, iż przedstawić mamy polskie prawo prywatne, a więc to tylko prawo, które jest samodzielnym, rodzimym wytworem narodu polskiego, w którym naród ten złożył szereg właściwych sobie zapatrywań na stosunki prawne, na którym, krótko mówiąc, wycisnął pewne piętno indywidualizmu narodowego. Wiadomo zaś powszechnie, że w czasach dawniejszych, równie w Polsce jak i gdzieindziej, nie zawsze samo tylko prawo rodzime miało zastosowanie; nieprzetarta jeszcze idea jedności prawa dozwalała, pod pewnymi warunkami, stosować także i prawa obce, skądinąd przejęte. To też prawo polskie, a prawo w Polsce obowiązujące nie są pojęciami identycznymi, bo stosunki prawne urządzało u nas nie wyłącznie według prawa polskiego, ale częstokroć także i obcych. Działo się to zaś z dwojakiego powodu: bądź to ze względu na odrębne stanowisko poszczególnych stanów, bądź też ze względu na istotę danego stosunku prawnego. Ze względu na różnice stanowe przyznawano moc obowiązującą prawu kanonicznemu w stosunkach duchowieństwa, o ile nie chodziło o t. z. sprawy prawa ziemskiego; prawu niemieckiemu, w rozmaitych jego odcieniach, zwłaszcza zaś magdeburskiemu lub chełmińskiemu, w sprawach mieszczań; ze względu znowu na istotę danego stosunku stosowano prawo kanoniczne w sprawach małżeńskiego prawa osobo-

wego (nie zaś majątkowego), i to bez żadnego wyjątku do wszystkich stanów wyznania katolickiego, do innych zaś wyznań odnośne prawo kościelne. Fakta te wystarczy zaznaczyć tylko w wykładzie, ale zbędnem jest przechodzić w nim szczegółowo odnośne przepisy praw obcych. Niektóre podręczniki trzymają się też w istocie tej zasady, ale są i takie, które jej nie uwzględniają. I tak Ostrowski, (jak zresztą w samym tytule swego dzieła zapowiada), rozbiera przy sposobności przepisy prawa kanonicznego, magdeburskiego i chełmińskiego; Bandtkie wywodzi bardzo szczegółowo zasady znanego sobie dokładnie prawa chełmińskiego, przyczem jest o tyle niekonsekwentnym, że wciągawszy w zakres swych badań jeden odłam obowiązującego u nas prawa niemieckiego, pomija milczeniem drugi, t. j. prawo magdeburskie. Burzyński, omawiając prawo małżeńskie, cytuje dosłownie kanony soboru trydenckiego, a przy tej sposobności w ekskursie, blisko 40 stron zajmującym, przeprowadza nawet dowód, że uchwały soboru trydenckiego przyjęte zostały w Polsce, zastanawia się w ciągu tego ekskursu nad kompetencją i nieomylnością soborów powszechnych, popierając twierdzenia swe całym szeregiem cytatów, zaczerpniętych z pisma świętego! Takie zboczenia nie mają oczywiście żadnego celu racjonalnego. Jeżeli w Polsce w tym lub owym wypadku stosowano prawo obce, to dla zapoznania czytelnika z jego przepisami wystarczy odesłać go do dzieł traktujących o niem; ale powtarzać rzeczy skądinąd znane, mieć czystość systemu właściwego prawa polskiego przytaczaniem obcych naleciałości, najmniejszej nie ma potrzeby. Instytucye praw obcych wtedy i jedynie tylko wtedy możnaby tu poddać bliższej rozwadze, jeśli albo same oddziaływając na prawo polskie wywołały w niem jakąś zmianę lub przekształcenie, lub też uległszy wpływowi prawa polskiego, przybrały pod jego właśnie działaniem pewien odrębny kształt lub kierunek rozwoju.

Sprzeciwiając się niepotrzebnemu wciąganiu pierwiastków obcych do naszej nauki, nie przemawiamy jednak bynajmniej za tem, ażeby pomijać w niej zupełnem milczeniem takie stosunki, w których wprawdzie z reguły decydowały prawa obce, jeżeli wyjątkowo znalazły w nich zastosowanie przepisy prawne czysto-polskie. Można się spotkać ze zdaniem, że prawo polskie obowiązywało wyłącznie tylko szlachtę polską, zdaniem, opartem zapewne na tej premisie, że duchowieństwo miało swoje prawo kanoniczne, a mieszczaństwo niemieckie. Jest to zapatrywanie, które w całej swojej rozciągłości jest nieprawdziwem. Jeżeli prawo

polskie obowiązywało tylko szlachtę, to przedewszystkiem pytamy: jakimże prawem rządził się stan włościański? Przecież nie żadnem obcem, którego dlań nie wprowadzono, prócz chyba w osadach na prawie niemieckiem lokowanych, gdzie początkowo stosowano też prawo niemieckie. W pomnikach prawodawstwa naszego mamy cały szereg postanowień o stosunkach prawnych kmieci, jak n. p. o poszukiwaniu zbiegłych poddanych, o t. z. rękojemstwie kmieci, o zdolności ich do zaciągania zobowiązań, o dziedziczeniu po zmarłych kmieciach i t. p.; gdzież o tych przepisach mówić będziemy, jeżeli nie w polskiem prawie prywatnem? Ale prawo to nie stosuje się nawet wyłącznie do szlachty i włościan tylko, owszem, częściowo także do duchowieństwa i mieszczaństwa. Konstytucye sejmowe przepełnione są licznymi przepisami o ograniczeniu zdolności osób duchownych co do posiadania i nabywania dóbr nieruchomych, co do spadkobrania zarówno testamentowego jak i beztestamentowego, co do zarządu dóbr, będących własnością osób, które wstąpiły do zakonu; o mieszczanach znajdujemy już pod koniec wieku XV przepis tej treści, iż nie mają posiadać dóbr ziemskich ani na własność ani tytułem zastawu i t. d. Wszystkie te przepisy, zawierające w sobie pierwiastek prywatno-prawny nie są przecież wzięte ani z prawa kanonicznego ani niemieckiego, choć się odnoszą do duchowieństwa i mieszczaństwa; wytworzyło je samo prawo polskie, czyniąc za- dość stosunkom i potrzebom, jakie się w danej chwili w narodzie naszym objawiły. Takie samoistne, rodzime objawy życia narodowego w sferze prawa wciągnąć należy koniecznie do systemu, jeżeli się go nie chce pozostawić niezupełnym, niewykończonym; zarazem zaś zerwać trzeba raz na zawsze z przekonaniem, jakoby różnica stanu rozstrzygała bezwzględnie i bez wyjątku o zastosowalności praw swoich lub obcych.

Do tych dwu zasad szczegółowo dotąd rozebranych, dodać należy jeszcze i trzecią: że teorią prywatnego prawa polskiego tworzyć należy z norm i przepisów samegoż prawa polskiego, nie wprowadzając w nią samowolnie a bezpodstawnie doktryn skądinąd zaczerpniętych. I przeciw tej zasadzie wykraczano u nas niejednokrotnie. Ostrowski, hołdujący błędnemu wyobrażeniu, jakoby prawo rzymskie teńnęło ducha w instytucye prawa polskiego, jakoby nawet miało w Polsce znaczenie prawa posiłkowego, poświęca w każdym ustępie swego dzieła osobny wywód dla wyjaśnienia istoty prawnej danej instytucyi ze stanowiska prawa rzymskiego, potem zaś dopiero przechodzi zasady, jakie

w tej mierze stworzyło prawo polskie. Jest to oczywiście tylko niepotrzebne rozszerzenie zakresu książki, które nauce naszej żadnej nie przynosi korzyści, ale przynajmniej nieszkodliwe, bo sam autor, w zewnętrznej nawet formie przedstawienia, odróżnia dokładnie oba pierwiastki, rzymski i polski. Trudniej jednak usprawiedliwić go tam, gdzie zapatrzony w prawo rzymskie, łączy z ducha jego postanowień niektóre zagadnienia prawa polskiego, o ile co do nich nie znalazł odpowiedzi w naszych statutach i konstytucjach. Tutaj oczywiście rzecz schodzi już na grunt zasadniczy: wprowadzanie zasad, obcych naszemu prawu i nie mających w niem rzeczywistego zastosowania, daje błędne o niem wyobrażenie. W inny sposób przedostały się zasady prawa rzymskiego do dzieła Helcla. Helcel — zgodnie zresztą z prawdą — nie przyznaje prawu temu znaczenia w Polsce, nie wciąga jego postanowień w zakres swojego badania, ale używając z pism dawniejszych prawników polskich, jak Przyłuskiego, Dreznera i innych, którzy wykształceni na wzorach rzymskich, czerpali z nich niejednokrotnie obfitą dłonią, przenosi zapatrywania ich do wykładu o prawie polskim, nie przeprowadzając bynajmniej analizy, co w zapatrywaniach tych jest elementem swoim, a co obcym. Z szczególnem znowu zamięszaniem propaguje Bandtkie w umiejętności naszej idee prawa niemieckiego. Zaznaczywszy, że w Polsce istniały lenności, podaje zasadnicze prawidła niemieckiego prawa lennego; podobnie omawiając prawo bliższości, wywodzi szczegółowo zasady niemieckiego rektraktu, w obu zaś wypadkach zestawia dodatkowo odnośne przepisy prawa polskiego, jak gdyby to były normy uzupełniające tylko teorię, żywcem z prawa niemieckiego przejętą. Jest to postępowanie błędne. Stwierdziwszy bowiem, że w Polsce istniała pewna instytucja prawna, której podobną spotkać można w prawie obcym, nie wolno stąd jeszcze wyciągać wniosku, że to prawo obce dało nam odnośne przepisy; trzeba się raczej zapytać, jak prawo nasze daną instytucję ukształtowało i z przepisów jego wysnuć wnioski naukowe. Wciąganie zasad prawa obcego dałoby się tylko wtedy usprawiedliwić, gdyby można wykazać, że zasady te recypowane zostały w Polsce, co w obu przywiedzionych poprzednio wypadkach nie nastąpiło; owszem, co do lenności, jakkolwiek niewątpliwie wzięte one zostały z wzorów zachodnich, istniało jednak postanowienie, nakazujące do nich stosować wyłącznie przepisy prawa krajowego (1573). Byłby się też Bandtkie zasłużył niewątpliwie lepiej około naszej nauki, gdyby był te przepisy szcze-

gółowo rozebrał i wyjaśnił, niż to mógł uczynić, streszczając bezmyślnie podręczniki prawa niemieckiego. Te same mniej więcej uwagi zastosować się dadzą do niektórych ustępów dzieła Burzyńskiego. Burzyński jest wielkim lubownikiem ekskursów, nie należących do przedmiotu. Co chwila spotykamy się u niego z wywodami; i to wcale obszernymi, z dziedziny filozofii prawa, ogólnej teorii prawa politycznego i t. p. I tak n. p. w nauce o prawie małżeńskim rozwodzi się szeroko o istocie i znaczeniu małżeństwa i o jego sakramentalnym charakterze; kwestya, jakie prawo regulować ma stosunki małżeńskie, świeckie, czy kościelne, podaje mu sposobność do nie mniej obszernego wyводу o stosunku kościoła do państwa i o granicach władzy obojga, przy czem autor, oświadczywszy się za koniecznością poddania spraw małżeńskich pod jurysdykcję duchowną, nie może ochłonać z podziwu nad mądrością prawodawstwa polskiego, że kwestyą tę w taki sam sposób rozstrzygnęło. Mniejsza jednak o takie ustępy; jakkolwiek bowiem nie posuwają naprzód ani nauki prawa polskiego, dlatego, że do niej nie należą, ani innych nauk, z których wzięte zostały, dlatego, że im żadnej nowej nie przysparzają myśli, to przynajmniej są nieszkodliwe, bo każdy czytający potrafi je z łatwością wydzielić jako rzecz nie należącą do przedmiotu. O wiele niebezpieczniejsze są te ustępy, w których autor, sięgając do zasad dzisiejszej cywilistyki, wtłacza je w system i przedstawia jako normy prawa polskiego. Wystarczy tu jeden tylko, ale dosadny przykład. Rozbierając kwestyą t. z. międzynarodowego prawa prywatnego, zaznacza Burzyński, iż pod tym względem prawo polskie, prócz kilku luźnych postanowień, (których nawet nie zadaje sobie pracy streścić) nie postawiło żadnej ogólnej teorii; że zatem pytania, nasuwające się w tej materii, rozstrzygnąć należy według prawideł, które szczegółowo rozprawdza, a które nie są niczem innem, jak tylko reprodukcją znanej teorii Savignyego. Zdanie to czyni wrażenie, jakoby w Polsce intuicyjnym duchem odgadnięto i zrealizowano dawno już przedtem myśli wielkiego prawnika. Rzecz jednak miała się wcale inaczej. Prawo polskie rozstrzygnęło całą sprawę międzynarodowego prawa prywatnego jednym ogólnym postanowieniem, które wielce się różni od teorii Savignyego, postanowieniem, że „cudzoziemcy mają się sprawować... *iuxta leges et consuetudines Regni*“¹⁾, co wobec ogólnikowej stylizacji tej ustawy nie znaczy

¹⁾ Konstytucya z roku 1638, Vol. leg. III, 810.

nie innego, jak tylko, że do cudzoziemców prawo krajowe bezwzględnie i we wszystkich razach ma być stosowaniem. Pewnych modyfikacyj doznała ta zasada skutkiem kilku innych szczegółowych postanowień, zwłaszcza tych, które zawarły traktaty międzynarodowe z ostatnich czasów istnienia Rzpltej; ale i w tych postanowieniach szukalibyśmy napróżno za bezwzględnem urzędywstwieniem teoryi Savignyego. W ogóle Burzyński wprowadza zanadto wiele pojęć nowoczesnych w wykład naszego prawa; co chwila spotkać się można u niego z wywodami zaczerpniętymi z dzisiejszej cywilistyki; niekiedy wystarczają mu one tak dalece, że podawszy je, nie uważa nawet za stosowne (jak n. p. w dziale o osobach prawnych) wyjaśnić przynajmniej dodatkowo odnośnych postanowień prawa polskiego. Postępowanie takie jest niezawodnie bardzo wygodne, pozwala bowiem łatwą pracą zagrębić system w tych kierunkach, w których rozwinięcie zasad prawa polskiego wymagałoby może intensywniejszego badania; z drugiej jednak strony mąci ono właściwy pogląd na stosunki prawne, a zarazem zbytnio je, a niezgodnie z prawdą, modernizuje.

IV.

Mówiąc o zakresie i granicach naszej nauki, niepodobna nam tu pominąć jednego jeszcze nader ważnego pytania: czy i o ile, a następnie w jakim zakresie uzasadnionym jest w wykładzie prawa polskiego bliższy rozbiór praw partykularnych, dawniej w Polsce istniejących. Gdyby jedynym argumentem, mającym przemawiać za koniecznością tego rozbioru, była tylko okoliczność, że prowincye podległe prawom partykularnym należały do składu Rzpltej; gdyby natomiast instytucye prawa tamże obowiązującego różniły się zasadniczo od instytucyj czysto-polskich, natenczas oświadczylibyśmy się stanowczo przeciw temu; wychodzimy bowiem z zapatrywania, raz już zaznaczonego, że wykład prawa polskiego powinien objąć tylko to, co naród polski w sferze prawa samoistnie z siebie wytworzył, czy też przejąwszy skądinąd w duchu własnych urządzeń wykształcił i rozwinał. Z tego punktu widzenia rzecz oceniając, rozumiemy dobrze, że w wykładzie tym nie ma miejsca dla norm obowiązujących n. p. w Inflantach, które tamże konstytuują z roku 1589¹⁾ wprowadzone

¹⁾ Vol leg. II, 1265.

zostały, pomimo, że prowincya ta wchodziła do kompleksu państwa polskiego; rzeczona konstytucya stanowi bowiem wyraźnie, że w Inflantach obowiązywać ma prawo magdeburskie albo saskie (w procedurze i organizacyi sądownictwa prawo pruskie). O ile jednak chodzi o inne prawa partykularne, jako to: mazowieckie, litewskie i t. z. korekturę pruską, to wiadomo, że wszystkie one tchną jednym i tym samym duchem, co polskie prawo powszechne; różnice, jakie obustronnie zachodzą, dotyczą tylko szczegółowej konstrukcyi pojedynczych urządzeń, nie wchodząc w sferę idei zasadniczych. Bliżej rzecz rozpatrując, nie potrzebujemy nawet szczegółowo wywodzić przyczyn istotnych, które wpłynęły na analogią między prawem mazowieckiem a polskim; wynikła ona już z samej jedności etnograficznej, jaka pomiędzy plemieniem Mazowszan, a innemi plemionami polskimi zachodziła; różnice w szczegółach pomiędzy obu prawami utrzymały się tylko skutkiem odrębnego politycznego rozwoju Mazowsza aż do pierwszej połowy wieku XVI, a pochodziły częściowo zapewne jeszcze z zamierzchłych czasów przedhistorycznych, w których poszczególne plemiona lechickie stanowiły odrębne dla siebie całości, zorganizowane może nawet w odrębne polityczne ciała. Co do ziem pruskich, wiadomo, że w chwili przejścia pod rządy krzyżackie używały one prawa polskiego, a nawet później, już pod obcem berłem, zastrzeżono dla nich początkowo panowanie tegoż prawa (r. 1249). Siła stosunków faktycznych i wpływ rządów zakonnych wywołały tu w czasie stosunkowo krótkim ważne zmiany; zaczęła się rozszerzać moc obowiązująca rozmaitych gałęzi prawa niemieckiego, wypierając coraz to bardziej znaczenie prawa polskiego, tak, że kiedy w roku 1454 przyszło do ponownej inkorporacyi Prus do Polski, Kazimierz Jagiellończyk, zatwierdzając w akcie inkorporacyjnym prawa tamże istniejące, wyszczególnia pomiędzy niemi obok polskiego, nadto jeszcze chełmińskie, magdeburskie i „pruskie“. Reakcyja na korzyść prawa polskiego, choć teraz łatwą była do przewidzenia, nie nastąpiła jednak natychmiast; owszem, kiedy w r. 1476 przyszło do ujednostajnienia prawa w ziemiach pruskich, przyznano moc obowiązującą prawu chełmińskiemu (z wyjątkiem trzech miast, które zastrzegły sobie prawo lubeckie). Dopiero w r. 1598 uzyskała szlachta pruska nowy kodeks pod tytułem: *Ius terrestre nobilitatis Prussiae*, znany powszechnie pod nazwą korektury pruskiej, oparty w zupełności na zasadach prawa polskiego. Jak dalece korektura odpowiadała duchowi tegoż prawa, niech udowodni fakt, że gdy

później spostrzeżono się, iż w konstytucjach koronnych nie do-
staje szczegółowych przepisów o prawie spadkowem, nie wahano
się odnośnych postanowień korektury uznać za normę obowiązują-
cą w całej Koronie. W końcu co do Litwy przyznać wprawdzie
trzeba, że kraj ten przed unią z Polską rozwijał się odrębnie i sa-
modzielnie, że prawo jego z tych czasów nie dałoby się związać
w jakąś ściślejszą organiczną całość z prawem polskiem; od czasu
jednak dokonanej unii wyższość cywilizacyi polskiej oddziaływa-
ła tak skutecznie na Litwę, że, podobnie jak w innych kierunkach
życia narodowego, tak też i w zakresie prawa, sprowadza tam
w przeciągu stosunkowo krótkiego czasu istny przewrót, urząda-
jąc i upodabniając wszystkie ważniejsze stosunki na wzór i modłę
polską. Nigdzie może bardziej nie widać tego stopniowego wpływu
Polski na Litwę, jak przedewszystkiem w całym szeregu t. zw.
przywilejów ziemskich, wydawanych dla Litwy przez ciąg wieku
XV i w początku XVI, następnie zaś w trzech statutach litewskich,
z których każdy coraz to więcej przejmuje myśli przewodnich
z prawa polskiego.

Gdy tedy we wszystkich trzech wspomnianych tutaj prowinc-
jach częścią od samego początku, częścią skutkiem późniejszych
zmian dziejowych istniało i obowiązywało prawo polskie, zabar-
wione tylko z lekka pewnym odcieniem partykularyzmu, przeto
bliższy jego rozbiór w wykładzie prawa polskiego w zupełności
da się uzasadnić i usprawiedliwić. Jeżeli też w pracach dotyczą-
cych naszego przedmiotu spotykamy wywody o prawie mazo-
wieckiem, litewskiem i korekturze pruskiej, to jest to rzecz, na
którą godzimy się najzupełniej; nie możemy tylko zgodzić się
na sposób naukowego praw tych badania, jaki tamże przeprowa-
dzonym został. Analizując jakiegokolwiek prawo partykularne,
o dwie rzeczy chodzić nam powinno głównie i przedewszystkiem:
o zaznaczenie stosunku jego do prawa powszechnego i o wyświe-
cenie tych zasad, któremi się ono różni od niego, czyli o wyśle-
dzenie pierwiastku indywidualnego w prawie partykularnem. Świa-
domość tego zadania mieli niezawodnie wszyscy piszący, tylko
że go nie przeprowadzili ściśle; podnoszą wprawdzie szczegółowe
właściwości każdego z tych praw partykularnych, ale nie wy-
czerpują ich wcale, co większa, nie wybierają przynajmniej naj-
ważniejszych, najbardziej charakterystycznych; szczegóły przez
nich zaznaczone czynią wrażenie, jak gdyby autorowie pozbięra-
li je tylko przypadkowo, na chybił trafił, bez bliższego wglądu
w odnośny materiał źródłowy, bez należytego przetrawienia go.

Przytem rzadko kiedy zadają sobie pracę, ażeby wyjaśnić zasadniczo stosunek postanowień prawa partykularnego do powszechnego; wiadomości, podane przez nich w tej mierze, zdają się być tylko luźnym przyczepkiem, dodanym do wykładu o prawie polskim. Nie jest to oczywiście sposób, w który obie kategorie praw, powszechne i partykularne, dałyby się przedstawić w organicznym ze sobą związku, jaki w rzeczywistości między niemi zachodził. Owa powierzchowność, którą już poprzednio mieliśmy sposobność wytknąć w pracach poświęconych naszemu przedmiotowi, daje się tu znowu odczuwać, i to w sposób bardziej może dotkliwy, niż gdzieindziej. Ale zarazem usprawiedliwia ją ta sama co i poprzednio okoliczność: brak odpowiednich prac przygotowawczych. Jak w innych kierunkach, tak też i tutaj, piszący ograniczeni byli niemal zupełnie na własne siły; jak gdzieindziej, tak i tutaj musieli sobie sami torować drogę w badaniu. Wyjaśnić stosunek praw partykularnych do powszechnego trudno będzie tak długo, dopokąd o każdym z nich nie będziemy posiadali szczegółowych, wyczerpujących monografij, których właśnie brakło u nas prawie w zupełności. Rozprawka Czackiego: *O prawach mazowieckich* nie mogła oczywiście wystarczyć ani na chwilę, zwłaszcza, o ile chodziło o prawo prywatne; bardzo nielicznych pytań z zakresu prawa litewskiego i korektury pruskiej dotknęło kilka, nie zawsze udatnych monografij. Trudno było w istocie z tego niewystarczającego materiału przygotowanego użytkować z powodzeniem. W najnowszych dopiero czasach objawił się zwrot ku lepszemu; posiadamy już systematyczne i szczegółowe opracowanie prawa mazowieckiego, dokonane przez Karola Dunina w dziele: *Dawne prawo mazowieckie*¹⁾, które obszerny dział poświęca także prawu prywatnemu. W dalszej pracy nad prawem polskim prywatnem dzieło to, lubo nie jest jeszcze ze wszech miar wyczerpującem i brakuje mu gdzie indziej tego, co nazywamy dokładnością monograficzną, odda niezawodnie znakomite usługi; życzyłyby sobie należało, iżbyśmy się doczekali jak najprędzej podobnych opracowań prawa litewskiego i korektury pruskiej.

Uwagi powyższe nie wyczerpują jednak całej poruszonej tu kwestyi właściwości partykularnych prawa polskiego.

Jak gdzieindziej, tak też i u nas objawia się w historycznym rozwoju prawa tendencya do pewnego ujednostajnienia jego

¹⁾ Warszawa, 1881.

zasad, do usunięcia odrębności partykularnych, jednym słowem, do przeprowadzenia w obrębie całego państwa idei jedności prawa. Tendencya ta nie została wprowadzie przez cały ciąg istnienia Rzpltej urzeczywistnioną w zupełności; aż do samego końca zachowały moc obowiązującą statut litewski trzeci i korektura pruska wraz z szeregiem późniejszych konstytucyj sejmowych, wydanych osobno dla Litwy i ziem pruskich, jako samoistne prawo partykularne; w każdym razie jednak tendencya ta przyniosła ze sobą pewne, lubo połowiczne rezultaty. Dość przypomnieć losy prawa mazowieckiego, które w początkach rządów Stefana Batorego w zupełności usuniętem zostało, a na jego miejsce wprowadzonom na Mazowszu polskie prawo powszechne, z zachowaniem nielicznych tylko przepisów, wziętych z dawnego prawa mazowieckiego, a zebranych w t. zw. Exceptach mazowieckich. Zresztą sam nawet fakt pojawienia się statutów litewskich i korektury pruskiej jest również dowodem rzeczonyj dążności do ujednostajnienia prawa; ustawy te bowiem, jakkolwiek zachowały jeszcze pewne odrębności, stwarzały w każdym razie normy więcej zbliżone do zasad prawa polskiego powszechnego, niż te, jakie obowiązywały poprzednio w odnośnych prowincjach. Stąd zaś nasuwa się nam już samo z siebie pytanie, czy kierunek ten, zmierzający do unifikacyi prawa, jest wyłącznie tylko owocem kilku ostatnich stuleci istnienia państwa, czy też może objawił się on jeszcze wcześniej, nie bez pewnych rzeczywistych skutków? Jeśli zaś na pytanie to odpowiemy twierdząco, to zaraz nasunie się nam inne: czy też dawniej nie istniało więcej jeszcze odcieni partykularnych w obrębie naszego prawa, które skutkiem dążności do jego zjednoczenia dopiero z czasem usunięte zostały?

Rozważmy bliżej jeszcze kilka innych względów, a rzecz ta wyjaśni się nam w zupełności. Każdy naród, już w najodleglejszej dobie swojego bytu, wytwarza pewien zasób norm, pewien systemat prawny, który dalszym pokoleniom i wiekom do odpowiedniego przekazuje kształcenia i rozwoju. Badając urządzenia prawne tegoż narodu musimy tedy zawsze pamiętać o tem, że mamy do czynienia z rozlicznymi instytucjami, sięgającemi zarodkiem swym w prastare, przedhistoryczne czasy. Instytucye te będą w całym narodzie jednolite, jeżeli w pierwotnej dobie swojego istnienia tworzył on także ścisłą, jednolitą całość; jeżeli natomiast rozpadał się na pomniejsze odłamy, rozwijające się do pewnego stopnia samoistnie, natenczas wprowadzie myśl przewodnia jego urządzeń

prawnych może być ta sama, ale w szczegółowym ich ukształtowaniu zachodzić będą różnice. Myśl przewodnia jednolitą będzie dlatego, że w całym narodzie, choćby nawet podzielonym na odrębne części, działa zgodnie pewna suma jednakowych czynników tworzących prawo; różnica w szczegółowym ukształtowaniu pojedynczych instytucyj prawnych wynika znowu stąd, że każdy odłam narodu rozwija się wśród pewnych odrębnych warunków, wpływających na to ukształtowanie. Stosując tę zasadę do naszej nauki, a zarazem uwzględniając wyniki najnowszych badań, które wykazały, iż przed powstaniem państwa polskiego poszczególne plemiona polskie zachowały pewną dla siebie odrębność, niektóre nawet stanowiły osobne polityczne całości, możemy przypuścić, że u każdego z tych odrębnych plemion wyrobić się musiały już w dobie pierwotnej pewne właściwości partykularne w zakresie prawa. Trudno nam twierdzenie to poprzeć pozytywnymi dowodami źródłowymi, dlatego, że ich nie ma; w każdym razie jest to hipoteza, uzasadniona samą naturą rzeczy. Po dokonanej konsolidacyi państwa właściwości te partykularne, jeżeli nie ze wszystkim, to w każdym razie częściowo przez jakiś czas utrzymać się jeszcze mogły, następnie zaś po przeprowadzonym w pierwszej połowie wieku XII podziale, który wytworzył znowu liczne, samodzielne państewka polskie, znalazły one w odrębności politycznej tychże państewek nowy żywioł do odrębnego rozwoju. Tutaj już przechodzimy na teren, gdzie nam nie zabraknie wyraźnych świadectw na stwierdzenie tego zapatrywania. Przeprowadzone w ostatnich czasach badania nad prawem polskim XIII wieku, zaznaczają w rozlicznych kierunkach pewne różnice szczegółowe w kształtowaniu instytucyj prawnych w Małopolsce, Szląsku, Wielkopolsce i Mazowszu. Różnice te nie zatarły się ze wszystkim nawet po dokonaniem powtórnie zjednoczeniu państwa polskiego. Czemże jest statut wielkopolski Kazimierza Wielkiego, jeżeli nie sankcyą partykularyzmu prawa w Wielkopolsce? Cóż ma znaczyć fakt, że niektóre przywileje, jak n. p. statut nieszawski, wychodzą w kilku odrębnych, w szczegółach odmiennych redakcyach, z których każda obowiązywać ma pewne tylko terytoryum? Czemże są znane *Consuetudines Cracovienses* z roku 1505, jeżeli nie zbiorem pewnych właściwości partykularnych, obowiązujących w Małopolsce, zwłaszcza zaś w województwie krakowskiem? Przeglądnijmy średniowieczne zapiski sądowe wielkopolskie, choćby w tak niedostatecznej ilości, w jakiej nam dotąd są znane, i porównajmy je z treścią zapisek, za-

wartych w księgach małopolskich z tych czasów, a zrozumiemy, w ilu to kierunkach rozbiega się między sobą praktyka sądowa obojga prowincyj! Z postępem czasu wszystkie te różnice coraz więcej się zacieraają; wytwarza się pewien wspólny systemat prawny, przybierający charakter prawa powszechnego, wobec którego utrzymują się już tylko jako prawa partykularne: litewskie, pruskie, wreszcie mazowieckie, o ile jeszcze utrzymało się w eksceptach. Ale rozbiór tych praw nie przedstawi nam jeszcze wszystkiego, co w ciągu dziejów stanowiło element partykularny w prawie polskim; nauka nasza musi w tym kierunku rozszerzyć zakres swych badań i ująć także te jego odrębności, które istniały poprzednio, lubo wcześniej zatarte zostały. Szczególniejszą uwagę należałoby zwłaszcza poświęcić prawu wielkopolskiemu, o którym podręczniki nasze niemal zupełnie milczą, podając co najwięcej rozbiór statutu wielkopolskiego Kazimierza Wielkiego.

V.

Był czas, kiedy w nauce naszej wcale popularnem było zdanie, że prawo polskie początek swój wzięło z jakichś pierwiastków obcych, że w zasadniczem kształtowaniu instytucyj prawnych oparło się na systematach skądinąd zaczerpniętych. Przypadkowe podobieństwa między prawem polskim a innemi prawami dały pochop do tych przedwczesnych twierdzeń, a że podobieństwa te dały się odszukać w rozmaitych prawach, przeto też z różnych stron wyprowadzano jego początki. Jedni wywieść chcieli prawo polskie z normańskiego, inni z rzymskiego, lub przynajmniej przyznawali rzymskiemu znaczenie prawa posiłkowego w Polsce; pomiędzy obu obozami powstał nawet z tego powodu spór naukowy, w którym każda ze stron walczących o tyle miała najzupełniejszą słuszność, o ile zaprzeczała zdaniom przeciwników, ale żadna nie dotknęła prawdy, o ile stawiała pozytywne w tej mierze twierdzenia od siebie.

Nie mamy bynajmniej zamiaru wznawiać tu rzecz dawno już załatwioną i zapomnianą; pragnęlibyśmy tylko do wzmianki o tej sprawie nawiązać kilka uwag zasadniczych. Prawo danego narodu nie jest nigdy stosunkiem na wskróś oderwanym, niezależnym i niezwiązanym z innymi objawami życia narodowego, owszem, jest ono tylko prostym ich rezultatem. Charakter i uspo-

sobienie narodu, warunki miejscowe, wśród których naród ten się rozwija, pojęcia religijne i obyczajowe, stopień i kierunek cywilizacyi, stosunki ekonomiczne i tym podobne czynniki wpływają rozstrzygająco na treść i rozwój prawa, bo prawo nie jest przecież celem samo w sobie, ale środkiem do regulowania pewnych stosunków w życiu narodu, do których też zastosować się musi. Ponieważ czynniki tworzące prawo są u poszczególnych narodów rozmaite, ponieważ grupują się wzajemnie w różnoraki sposób i z rozmaitem działaniem, przeto rzecz jasna, że treść i rozwój rozmaitych praw muszą być także rozmaite, że każde z nich nosić musi na sobie pewne piętno indywidualizmu. W pojęciu i urządzeniu stosunków prywatno-prawnych najwięcej jeszcze — jak to poniżej wykazemy — zbliżają się do siebie prawa rozmaitych narodów, w każdym razie jednak zachodzą i tutaj ważne w szczegółach różnice, wytworzone pewną odrębnością warunków, wśród których każde prawo się rozwija, wyciskających na niem również wspomniane znamię indywidualizmu. Twierdzenie, że jedno prawo oparło się w zupełności na innym, jest tedy wielce ryzykownem; bo w takim razie pozostają do przypuszczenia dwie tylko możliwości: albo naród przyjmuje obce prawo, pomimo że ono nie odpowiada jego stosunkom, co byłoby niedorzecznem, i — przynajmniej trwale — nie dałoby się urzeczywistnić; albo przyjmuje obce prawo dlatego, że ono stosunkom tym odpowiada, co znowu jest niemożliwem, dlatego że niepodobna znaleźć dwa narody, któreby się rozwijały wśród warunków zupełnie tychsamyh. Recepcya prawa obcego, jak n. p. rzymskiego w Niemczech jest faktem wyjątkowym i da się uzasadnić wyjątkowymi stosunkami, które fakt ten przygotowały; w Polsce istotnych przyczyn takiej recepcyi historia nie wykazuje. Możliwem byłoby tu chyba przypuszczenie, że obce prawo narzuconem zostało gwałtem narodowi polskiemu; z tego punktu widzenia dałby się mianowicie przeprowadzić wywód prawa polskiego z normańskiego, bo wiadomo, że istnieją hipotezy naukowe, które genezę naszego państwa tłómaczą najazdem ludów normańskich albo wprawdzie słowiańskich, ale przesiąkniętą kulturą normańską. Hipotezy te nie mogą tu jednak rozstrzygać, brakuje im bowiem nietylko wystarczających dowodów, ale choćby nawet pewnego stopnia prawdopodobieństwa. Przypadkowe analogie, jakie pomiędzy prawem polskiem a innemi zachodzą, nie upoważniają jeszcze do wyvodu jego z pierwiastków obcych, analogie takie znajdziemy bowiem wszędzie, pomiędzy najrozmaitszymi prawami

które rozwijać się mogły na wskrós samoistnie, niezależnie od wpływów zewnętrznych.

Poczytujemy to za prawdziwą zaletę większości naszych prac naukowych, że zerwały stanowczo z tem niewczesnem wyszukiwaniem obcych systematów jako podstawy naszego prawa. że traktują je jako rodzimy, samoistny wytwór życia narodowego, którym też prawo to w ogóle biorąc, było w rzeczywistości. Nie idzie jednak za tem, jakobyśmy z tej zasady ogólnej wyprowadzać chcieli wnioski, dające się zastosować do wszystkich bez wyjątku szczegółów. Odrzucając teorię, jakoby prawo polskie oparło się w całości na jakimś obcym, nie przesądzamy jeszcze kwestyi, czy i o ile pewne poszczególne jego instytucye nie zostały skądinąd zaczerpnięte. Możliwość taka, jak gdzieindziej, tak też i w Polsce zaprzeczyć się nie da. Narody i państwa nie żyją przecież w zupełnem dla siebie odosobnieniu; zostając we wzajemnych stosunkach, oddziaływają też nawzajem na siebie, i to równie dobrze w sferze prawa, jak i w jakimkolwiek innym kierunku. Im ściślej zwiążą się te stosunki, im dłużej i trwalej istnieją, tem silniejszym i skuteczniejszym będzie oddziaływanie. W wypadkach takich przejęcie jakiejś instytucyi z prawa obcego nie jest wykluczonem, zwłaszcza jeżeli instytucya ta odpowiada potrzebom i warunkom bytu narodu przejmującego lub przynajmniej nie stoi z niemi w sprzeczności. Zapożyczona z obcego świata zachowuje ona w prawie nowem bądź to dawniejszy swój kształt niezmienny, bądź też ulega pewnym zmianom, ażeby się zastosować do nowego organizmu prawnego, w którego skład weszła. Takie instytucye obce znaleźć można także i u nas. Ażeby dotknąć bliżej tylko sfery prawa prywatnego, o które nam tu przedewszystkiem chodzi, dość wspomnieć o zakazie pobierania procentów od zawierzonego kapitału, jako niedozwolonej lichwy, który się u nas przez jakiś czas utrzymywał, a przeszedł niezawodnie z teoryi prawa kanonicznego; dość wspomnieć o stosunkach lennych, które przeszły z Niemiec, lubo w konstrukcyi prawnej doznały u nas pewnych modyfikacyj; prawdopodobnem jest też, że instytucya widerkaufów przejęta została także z prawa niemieckiego, na co zdawałaby się wskazywać sama jej nazwa; być może wreszcie, iż hipoteka jako forma zastawu na nieruchomościach pochodzi również z obczyzny; pierwotnie bowiem prawo polskie znało tylko zastaw antichretyczny na nieruchomościach. Są to tylko oderwane przykłady, któremi nie myślimy wyczerpnąć przedmiotu; wystarczą one

jednak do stwierdzenia prawdziwości postawionej poprzednio tezy. Stosunek instytucyj rodzimych do obcych, z jakimi się u nas spotykamy, jest wprawdzie tak przeważającym, że nie ma powodu rozpaczać o samodzielności prawa polskiego; zawsze jednak szereg urządzeń zaczerpniętych skądinąd, nadaje prawu temu pewne właściwe zabarwienie, którego bliższy rozbiór rzucić może wiele ciekawego na umiejętność naszą światła. Rozbiór ten wykaże, w jakim kierunku wpływ praw obcych najskuteczniej na nas oddziaływał, wyjaśni tyle ważną kwestyą, które z praw tych najwięcej się na urządzeniach naszych odbiło, umożliwi wreszcie właściwy pogląd na każdą instytucyą z osobna, bo oczywiście rozmaicie ją będziemy oceniać i komentować, w miarę tego jak wypadnie odpowiedź na pytanie przedwstępne: czy instytucya ta jest z gruntu swojską, czy też przejętą z prawa obcego.

Otóż zaznaczyć należy, że w kierunku tym nauka nasza bardzo mało dotąd zdziałała. Pomijano kwestyą albo w zupełności, albo traktowano ją dorywczo, powierzchownie, nie starając się ogarnąć ani całości pytania, ani też zgłębić go należycie; przyszłe badanie naukowe ma tu więc do spełnienia ważne jeszcze zadanie. Badanie to będzie nadto musiało sprostować błędy, jakie w tym względzie popełniono u nas dotychczas, i to w dwojakim kierunku. Zdarzało się przedewszystkiem, że autorowie, stwierdzwszy obce pochodzenie danej instytucyi prawnej, zastosowywali do niej te zasady, jakie w prawie obcym obowiązywały, nie pytając się, czy i o ile doznały one modyfikacyi w prawie polskim. Jest to postępowanie, na które żadną miarą zgodzić się niepodobna, ile że fakt obcego pochodzenia instytucyi nie rozstrzyga jeszcze o jej konstrukcyi w przejmującym ją prawie; prawo to, stosując ją do własnych potrzeb i własnego systemu, może ją odpowiednio zmienić i przekształcić. Te zmiany i przekształcenia uwydatnić ma z naciskiem nauka prawa polskiego. Zdarzało się dalej, że wywodzono niektóre instytucye z praw obcych, pomimo że w rzeczywistości były to rzeczy rodzime, a to, opierając się na podobieństwie, jakie zachodziło pomiędzy niemi a urządzeniami obcemi. I tutaj popełniano błąd zasadniczy, bo podobieństwo to nie rozstrzyga jeszcze samo przez się o genezie danej instytucyi. Pomiedzy prawami poszczególnych narodów zachodzą wielorakie analogie, wszakże nie dlatego, iżby jedno wywodziło początek od drugiego, tylko dlatego, że jeden lub kilka czynników wpływających na treść prawa działa u nich niejednokrotnie w jednym i tym samym kierunku, w jeden i tensam

sposób; skutkiem czego też wywołać muszą analogiczne rezultaty w zawisłej od siebie sferze prawa. Opierać na tem wywody genetyczne nie jest tedy rzeczą ze wszech miar uzasadnioną. Czasami wprawdzie analogia wystarczy sama przez się do stwierdzenia, że instytucya pochodzi z prawa obcego, wtedy zwłaszcza, jeżeli się da wykazać, że w formie, w jakiej ją spotykamy, nie dałaby się wyprowadzić ze stosunków bytu danego narodu, że więc nie może być samoistnym jego wytworem; jest to jednak kryterium, które rzadko z bezwzględną pewnością da się zastosować; z reguły trzeba tu wciągnąć w rachubę inne jeszcze motywa przemawiające za pochodzeniem obcem i dopiero po wszechstronnem zbadaniu wszystkich okoliczności, przemawiających za hipotezą i przeciw niej, wydać ostateczny sąd naukowy. Tylko w ten sposób da się w nauce naszej uzyskać owę pożądaną ścisłość, bez której o prawdziwym jej postępie mowy być nie może.

Jeżeli ważnem jest wyjaśnienie pytania, o ile pierwiastki obce przeszły do naszego prawa, to ważniejszym jeszcze jest rozbiór kwestyi, o ile przejawiają się w niem na zewnątrz żywioły wspólne z innymi prawami słowiańskimi. Narody, należące do tego samego szczepu, żywiołów takich wykazać mogą najwięcej, bo jeżeli gdzie, to właśnie u nich stosunkowo największą jest suma jednolitych czynników, wpływających na ukształcenie instytucyj prawnych. Nauka nie może wprawdzie marzyć o stworzeniu jednolitego systemu wszechsłowiańskiego prawa, bo prawo takie dałoby się pomyśleć tylko w takim razie, gdyby w dziejach Słowiańszczyzny istniał przynajmniej jakiś krótki okres, w którym wszystkie odłamy tego szczepu stanowiły na wskrós jednolitą całość; gdy jednak stadyum takiego, jak daleko tylko sięgniemy wzrokiem wstecz, wykazać nie potrafimy, gdy owszem, w najodleglejszych czasach, z których się nam dochowały pozytywne wiadomości historyczne, widzimy Słowian rozszerepionych już na pomniejsze części, z których każda rozwijała się wśród pewnych, mniej lub więcej odmiennych warunków, gdy wreszcie warunki te wpływać musiały do pewnego stopnia odmiennie na konstrukcyę urządzeń prawnych, przeto widoczna, że można mówić o poszczególnych prawach słowiańskich, ale nie o jednym prawie słowiańskim. Te prawa poszczególne są oczywiście więcej ze sobą spokrewnione, niż z jakimkolwiek prawem obcem, bo w obrębie tego samego szczepu, indywidualizm jego części składowych nie może tak ostro zarysować się przeciw sobie, jak wobec innych szczepów; w każdym razie jednak za-

przeczyć się on nie da. Możemy tedy mówić o historii poszczególnych praw słowiańskich z osobna, możemy nawet pokusić się o porównawczą historią praw słowiańskich, ale nie możemy napisać historii wspólnego prawa słowiańskiego, po prostu dlatego, że go nie było. Nie zwracalibyśmy uwagi na rzecz, która się rozumie sama przez się, gdyby nie okoliczność, że uważamy za potrzebne wykazać błąd metodyczny, jakiego się w tym kierunku dopuścił Maciejowski. O ile w innych działach swojej *Historii prawodawstw słowiańskich*, mianowicie zaś w części o prawie politycznem, autor ten ściślej jeszcze rozróżnia pomiędzy elementami rozmaitych praw słowiańskich, o tyle w dziale o prawie prywatnem pozwala tym elementom spływać w przeważnej części ze sobą, tworzy jeden system ogólny, który w rzeczywistości nigdy nie istniał, a który znów nie daje pojęcia o całości żadnego z poszczególnych praw słowiańskich.

Z uwag tych nie chcemy jednak bynajmniej wyprowadzać wniosku, jakoby w badaniach naukowych pomijać należało kwestyą, o ile w prawie naszym odzwierciedla się duch urządzeń, przyjętych w ogóle w prawach słowiańskich. Owszem, sądzimy, że rozbiór tego pytania przyczyni się znakomicie do bliższego zrozumienia istoty prawa polskiego, wyjaśni, co w tem prawie przejętem zostało z wspólnych pojęć słowiańskich, a co było ściśle indywidualnym wytworem narodu polskiego, wreszcie, w jakim kierunku ten indywidualizm narodowy w sferze prawa kształtował się i rozwijał. Zadania tego nie może oczywiście spełnić sama nauka prawa polskiego, bo ażeby wyjaśnić, co we wszystkich prawach słowiańskich jest elementem wspólnym, a co indywidualnym, trzeba przedewszystkiem zbadać dokładnie te poszczególne prawa i dopiero z porównania ich wysnuwać wnioski ogólniejsze. Celu tego nie osiągniemy zapewne tak prędko ze względu na rozmaite braki w nauce tych praw; w każdym razie nie wolno go nam spuszczać z oka, jako ostatniego wyrazu, który wypowiedzieć ma historia porównawcza praw słowiańskich. Tymczasem więcej może wskazanem byłoby specjalizowanie w poszczególnych prawach, jako właściwa droga, która do celu tego prowadzi. W każdym razie obiecuje ona pewniejsze i pomyślniejsze rezultaty, niż przedwczesna chęć ogarnięcia całości praw słowiańskich, która wydać musi owoce tak wątpliwej wartości naukowej, jak je przedstawia dzieło Maciejowskiego.

VI.

W przeważnej części prac, poświęconych prywatnemu prawu polskiemu, jak zresztą i w innych, traktujących o prawie polskiem w ogóle, zwłaszcza dawniejszych, uderza rzecz osobliwsza: wszystkie one opierają swe wnioski niemal wyłącznie na zabytkach ustawodawstwa polskiego. Zabytki te uważano w nauce naszej przez długi czas za początek i koniec wszystkich wiadomości źródłowych; użytkowano niemal wyłącznie z *Voluminów legum*, wciągając co najwięcej dodatkowo jeszcze do badań *Ius Polonicum* Bandtkiego. Jesteśmy oczywiście za najskrupulatniejszym wyzyskaniem materiału zawartego w pomnikach ustawodawstwa polskiego, ale nie potrzebujemy dowodzić, że nie jest to materiał jedyny; że poza nim leży inny jeszcze zasób źródeł i to o wiele bogatszy, który nauka uwzględnić winna. Mamy tu na myśli źródła prawa zwyczajowego.

Dwie są formy, w których prawo danego narodu na zewnątrz objawiać się może: w ustawie i zwyczaju. Jeżeli jednak w stosunkach dzisiejszych ustawa absorbuje niemal zupełnie — choć jeszcze nie wyłącznie — całe prawo w sobie, to w czasach dawniejszych rzecz miała się inaczej: prawo zwyczajowe cieszyło się niepospolitem znaczeniem, a w dziejach każdego narodu, zwłaszcza pierwotnych, da się nawet wyszukać okres, w którym zwyczaj absorbuje w sobie całe prawo. Podobnie miała się rzecz także i w Polsce. Zwyczajowem było pierwotne prawo polskie, a nie wyszło ono z użycia nawet i w tym czasie, kiedy się zaczęły pojawiać ustawy, bo ustawy te dotyczyły tylko pojedynczych szczegółów, nie ogarnęły nigdy całości prawa; w punktach, których nie dotknęły, musiało tedy zachować moc obowiązującą prawo zwyczajowe, jak zresztą same ustawy nie były częstokroć niczem innem, jak tylko stwierdzeniem istniejącego poprzednio zwyczaju w dziedzinie prawa. Zwłaszcza zaś prawo prywatne rządziło się w znacznej części normami zwyczajowemi, bo nawet tak płodne ustawodawstwo, z jakim w Polsce spotykamy się począwszy od wieku XVI, zawiera nader mały procent postanowień tutaj należących, już zaś bezwarunkowo nie zdoła nam dać dokładnego wyobrażenia o całym systemie prawa prywatnego. Stosunkowo jeszcze najwięcej zajmuje się niem ustawodawstwo nasze średniowieczne, choć i ono bynajmniej go nie wyczerpuje. Słusznie tedy same ustawy odwołują się częstokroć do zasad

prawa zwyczajowego, a statut z roku 1532 wyraźnie nawet zaznacza: *In regno nostro non solum scriptae constitutiones, sed et consuetudines iuветeratae pro lege in pluribus locis observantur*. Jeżeli zaś w prawach naszych, zwłaszcza zaś z wieków średnich, spotykamy się kilkakrotnie z nakazem, ażeby sądy stosowały się do ustaw pisanych, to nakaz ten nie ma bynajmniej znaczenia, jakoby wyrokować miały jedynie tylko według ustaw, bo te nigdy by im nie wystarczyły; poleca on tylko przestrzegać ich o tyle, o ile istnieją, nie wykluczając bynajmniej zastosowania prawa zwyczajowego poza ich obrębem. To prawo zwyczajowe, rządzące szerokim zakresem stosunków prawnych przez cały ciąg istnienia Rzpltej, należy zatem wciągnąć koniecznie do badań, inaczej nie zdołamy nigdy skreślić wiernego obrazu naszego prawa.

O konieczności tej mamy już dzisiaj, dzięki usiłowaniom najnowszej nauki, zupełną świadomość. Przebrzmiały bez echa ostatnie przeciw znaczeniu prawa zwyczajowego skierowane wycieczki Dutkiewicza w polemice jego z Bobrzyńskim¹⁾, polemice, o której tyle tylko powiedzieć można, że Dutkiewicz z większą sławą byłby zakończył pracowity swój żywot naukowy, gdyby jej wcale nie był rozpoczynał. Musimy zaś przyznać sobie tę zasługę, że nie poprzestaliśmy na samem postawieniu teorii, że owszem postaraliśmy się o środki, ażeby umożliwić praktyczne jej przeprowadzenie. Jeżeli w pracach dawniejszych prawo zwyczajowe nie doznawało należytego uwzględnienia, to wynikało to głównie stąd, że źródeł tegoż prawa ogłoszonych było bardzo mało, a i te, które dostępne były podówczas dla badań naukowych, nie były w przeważnej części wydanemi krytycznie. W szczupłej swej liczbie, w formie, budzącej niekiedy uzasadnione wątpliwości, nie mogły one zachęcić badaczy do skrzętnych poszukiwań, raz dlatego, że nie obiecywały bogatych rezultatów, powtórze dlatego, że kazały czasami wątpić w ich prawdziwość. Dzisiaj rzecz przedstawia się już całkiem inaczej; materiał dawniej ogłoszony poddano po największej części ponownemu krytycznemu zbadaniu i wydano go w tekstach o ile możliwości najpoprawniejszych, wciągnięto do wydawnictw mnóstwo

¹⁾ Per. Bobrzyńskiego „O dawnem prawie polskiem“; Dutkiewicza „O mniemanem prawie zwyczajowem w Polsce“ (Warszawa 1876), recenzją tej pracy przez Bobrzyńskiego w Przeglądzie krytycznym z roku 1876 i Dutkiewicza „Słowo o stosunkach majątkowych między małżonkami i o prawie zwyczajowem polskiem“ (Warszawa 1877).

rzeczy dawniej nieznanych, wzmagając zakres źródeł do niebywałych poprzednio rozmiarów, w końcu rozszerzono wydawnictwa te na takie zabytki prawa zwyczajowego, które poprzednio zupełnie pomijano.

W dwóch przedewszystkiem kierunkach rozwija się praca około wydawnictwa tych źródeł: częścią obejmuje ona dyplomata, częścią zapiski dawnych ksiąg sądowych polskich. Do niedawna jeszcze zbiory dyplomatów średniowiecznych nie były liczne, a co gorsza, przeważnie niekrytyczne. Przytem ogłaszano materiały zebrany na chybił trafił, nie starając się go bynajmniej wyczerpnąć. Dopiero w ostatnich czasach zabrano się do systematycznego przeszukania archiwów, wydobyto z nich wszystko, co tylko w wydawnictwie użytkować się dało, i ogłoszono szereg dyplomatarjuszów, które w znacznej części zastąpiły i wyrugowały z użycia dawniejsze. Mamy dziś osobne kodeksy dyplomatyczne: małopolskie, szląskie, ziem ruskich, wielkopolskie, pomorskie, mazowieckie; mamy nawet takie, które zbierają w jedną całość dyplomata, odnoszące się do pewnych kościołów, klasztorów miast, jak: krakowski, katedry krakowskiej, tyniecki, mogiński i t. p. — rzeczy, pod względem krytyki i metody wydawniczej mogące w przeważnej części śmiało iść w zawody z najlepszymi tego rodzaju publikacyami zagranicznymi. Wierna i trafna lekcya oryginału lub restytucya właściwego tekstu z błędnych częstokroć kopii, wykazanie autentyczności lub sfałszowania wątpliwych dokumentów, szereg uwag wyjaśniających, dodanych do tekstu, cenne indeksy, pośród których jednak niestety zazwyczaj napróżno szukamy za indeksami rzeczowymi, oto zalety, które nowsze te wydawnictwa cechują. Prawda, że dzisiaj jeszcze wydawnictwa te nie zrobiły wszystkiego, co na tem polu do działania pozostało; mimo licznych, zazwyczaj bardzo trafnych ekskursów o autentyczności dokumentów, pozostaje jeszcze w zawieszeniu kwestya autentyczności wielu innych, zwłaszcza zaś najdawniejszych; jest to jednak rzecz, która nie ze wszystkiem leżała w siłach wydawców, bo do spełnienia tego zadania potrzeba rozwiniętej nauki dyplomatyki polskiej, która niestety spoczywa dotąd w powiciu.

Praca nad wydawnictwem dyplomatów polskich, jeśli nie jest już na ukończeniu, to w każdym razie postąpiła znakomicie naprzód; początkujące dopiero kroki stawia natomiast praca nad ogłoszeniem zapisek sądowych polskich, rzecz, w której nie zgodzono się dotąd nawet na pewną powszechnie przyjętą metodę

wydawniczą. Właściwe uznanie dla tej kategorii źródeł prawa zwyczajowego wywalczył w nauce naszej dopiero Helcel publikacją drugiego (i częściowo jeszcze pierwszego) tomu *Starodawnych prawa polskiego pomników*, zawierającą olbrzymi wybór zapisek sądowych krakowskich z wieków średnich. Kierunek wydawniczy, jaki zbiór ten zainicjował, jest tedy weale młodym, lubo przyznać trzeba, że i tutaj w ostatnich czasach zrobiono u nas bardzo wiele. Pomijając liczne pomniejsze zbiorki, zawierające wybrane zapiski, ogłaszane częstokroć raczej w celach filologicznych niż prawnych, jak niemniej zbiory dotyczące tylko poszczególnych instytucyj prawnych, jak n. p. kwestyj herbowych, podnieść musimy rzeczy większe i ogólniejsze, jak Ulanowskiego wydawnictwo najdawniejszych ksiąg sądowych krakowskich z wieku XIV, stanowiące znakomite uzupełnienie dzieła Helcla, Lubomirskiego księgi sądowe ziemi czerskiej z lat 1404 do 1425, Liskego najdawniejsze zapiski sądów sanockich z lat 1423—1462, a już z ostatnich czasów zaznaczyć jeszcze możemy wydawnictwo zapisek sądowych wielkopolskich, mianowicie zaś kaliskich z lat 1409—1416, dokonane również przez Ulanowskiego. Przegląd ten daje nam wyobrażenie o kierunku, jaki praca ta wydawnicza obrała, jak niemniej o niedostatkach, jakie się tu jeszcze odczuwać dają. Przeważna część ogłoszonych dotąd zapisek pochodzi z Małopolski, a nie obejmuje nawet wszystkich jej części, ograniczając się na województwo krakowskie; z ziem ruskich mamy zaledwie zapiski sanockie, które nie mogą nam jeszcze dać dokładnego wyobrażenia o praktyce sądowej w całej Rusi, kształtującej się w rozmaitych jej ziemiach w wielu względach odmiennie; z Mazowsza pochodzą tylko zapiski czerskie; przedewszystkiem jednak brak ich niemal zupełnie z Wielkopolski, gdyż wspomniany zbiór zapisek kaliskich jest nadzwyczaj szczupłym i fragmentarycznym. Widzimy stąd, że ruch wydawniczy nie objął jeszcze dostatecznie wszystkich dzielnic dawnej Polski, że zatem, tak jak rzecz dotychczas stoi, nie możemy sobie zdać jeszcze dokładnej sprawy o partykularnych właściwościach prawa w każdej z tych dzielnic, do czego właśnie zapiski sądowe, jak z samej istoty rzeczy wynika, dostarczyć mogą najważniejszego materiału. Materiał ten dopóty się nie da wyzyskać należycie, dopóki go nie uzupełnimy w kierunku wskazanym, dopóki nie będziemy rozporządzali szeregiem wydawnictw zapisek sądowych z wszystkich części Polski; bo tylko wtedy uzyskamy właściwy pogląd na całość prawa polskiego, a zarazem

zrozumiemy należycie to, co w poszczególnych dzielnicach stanowiło odrębne, indywidualne cechy prawa tamże obowiązującego. Materiał ten wymaga nadto uzupełnienia z innego jeszcze względu. Wydane dotąd zbiory zapisek dotyczą niemal wyłącznie wieków średnich, nie sięgają w czasy nowsze; jedyną publikacją odnoszącą się do tych czasów są ogłoszone niedawno przez Bobrzyńskiego wyroki sądów królewskich z pierwszej połowy rządów Zygmunta I (1507—1531). I tutaj więc jeszcze daje się uczuwać niedostatek, uniemożliwiający badanie prawa w historycznym jego rozwoju, którego same pomniki ustawodawstwa polskiego nie są w stanie wykazać należycie; brak ten staje się zaś tem dotkliwszym, ile że wydawnictwa innej, wspomnianej poprzednio kategorii źródeł prawa zwyczajowego, dyplomatów, z reguły w czasy nowsze nie sięgają. Oczywiście zapiski średniowieczne inaczej muszą być wydawane niż nowsze. Pierwsze dałyby się ogłosić w całości, bez opuszczeń, ze względu, że ich stosunkowo nie wiele przechowało się do naszych czasów, a przemawiałby za tem już sam ich wiek starożytny, dalej ta okoliczność, że pochodzą z czasów, w których prawo polskie znajdowało się w stadium żywego i świetnego rozwoju, w końcu zaś wzgląd, że zapiski te przedstawiają o wiele więcej różnolitości między sobą, aniżeli późniejsze. O zupełnem wydaniu zapisek nowszych oczywiście marzyć nie można wobec olbrzymiego materiału, jaki nam z tych czasów pozostawiła praktyka sądowa; metoda eklektyczna jest tu więc z natury rzeczy wskazana. Zresztą zupełne wyczerpanie tego materiału byłoby nawet zbyt cennym; mnóstwo bowiem zapisek powtarza się w jednej i tej samej formie, ze zmianą tylko osób, przedmiotów i t. p.; wystarczy tu więc ogłosić tylko pewne typowe formułki zapisek, pomijając inne podobne. Zawsze jednak należy baczyć na to, czy w formułkach tych choćby dotyczących jednego i tego samego stosunku prawnego nie zachodzą jakie zmiany zasadnicze w miarę postępu czasu lub różnic terytoryalnych, w którym to razie należy je w wydawnictwie uwzględnić.

Oto są dwie główne kategorie źródeł prawa zwyczajowego, którym w ostatnich czasach większą poświęcono uwagę. Obok nich ogłoszono i inne jeszcze zabytki tegoż prawa, które lubo grup większych nie tworzą, nie ustępują im jednak treścią i wartością swoją wewnętrzną, że tu wspomniemy n. p. Stenzla historią założenia klasztoru henrykowskiego, nieocenioną skarbnicę do rozświecenia stosunków prawnych w pierwotnej Polsce, rzuca-

niem ołającą światła także i na prawo prywatne, zwłaszcza spadkowe; albo wydaną przez Helela i Volkmana księgę prawa zwyczajowego z w. XIII i t. p. Ten ostatni zabytek zostaje w pewnem powinowactwie z inną jeszcze grupą zabytków prawa zwyczajowego, t. j. z pismami praktyków, których sporo dostarczyła nam literatura nasza z trzech ostatnich stuleci istnienia Rzpltej. O ile praktycy ci wypowiadają tylko swoje osobiste przekonania o pewnych stosunkach prawnych, o tyle oczywiście dzieła ich nie mogą służyć za podstawę do tworzenia jakiegokolwiek wniosków naukowych o prawie obowiązującym w Polsce; o ile jednak reprodukują zasady, przyjęte podówczas powszechnie w praktyce sądowej, o tyle do wniosków takich upoważnić nas mogą. Musimy przytem zaznaczyć, że pisma te do niedawnych czasów stanowiły w nauce naszej jedyne niemal źródło, z którego użytkowano celem wyjaśnienia zasad prawa zwyczajowego; szereg podręczników o polskim prawie prywatnem przepełniony jest cytatami z dzieł ich wyjętymi. Możemy sobie wytłómaczyć powody, dla których uciekano się z takim do nich zamiłowaniem; zmuszał do tego dający się jeszcze niedawno odczuwać tak dotkliwie brak innych zabytków prawa zwyczajowego. Popełniano przy tem tylko ten błąd, że nie rozróżniano ściśle pomiędzy tem, co w dziełach tych jest wyrazem istniejącego zwyczaju, co zaś tylko prywatnem zdaniem autorów; mieszając zaś oba elementa ze sobą, przenoszono czasem bez świadomości w wykład prawa polskiego zasady, które nie były niczem więcej jak tylko doktryną prawniczą i które nie powinny były znaleźć tamże miejsca. Ponieważ zaś zdarzało się, że ci dawniejsi prawnicy wciągali w swe dzieła niejednokrotnie zasady praw obcych, przedewszystkiem zaś rzymskiego i kanonicznego, przeto wynikło złąd, że podręczniki nasze zostały z lekka zabarwione naleciałościami obcemi, które w prawo polskie w rzeczywistości nigdy nie weszły. Błąd ten popełnia mianowicie Helcel, który z pism prawników użytkuje w swem dziele więcej, niż jakiegokolwiek inny autor. Nie przemawiamy bynajmniej za zupełnem usunięciem tych zabytków z zakresu badań nad prawem polskim, jako że podają nam cenne wskazówki o zasadach współczesnego prawa zwyczajowego i o interpretacyi ustaw, jaką im nadawała praktyka sądowa; musimy jednak postawić żądanie, ażeby pism tych nie uważano tak długo za niezawodne o treści prawa polskiego wskazówki, dopóki przedwstępne prace nie wykażą ściśle i dokładnie, co w nich jest wziętego z prawa polskiego, a co tylko z własnych przeko-

nań autorów lub teorii praw obcych. Sądźmy zresztą, że ta grupa źródeł, wobec innych, o których poprzednio mówiliśmy, ma tylko drugorzędne znaczenie, i że na ważności swej tracić będzie coraz bardziej, w miarę postępu wydawnictw zapisek sądowych.

Tak przedstawia się obecnie kwestya źródeł prawa zwyczajowego; o wiele gorzej stoi sprawa zabytków ustawodawstwa polskiego. Nie ma podobnoś mniej krytycznego wydawnictwa nad to, z którego pospolicie czerpiemy nasze wiadomości o polskiem prawie ustawniczem: *Volumina legum*. Chcąc zrozumieć i wyłłomaczyć sobie ujemne strony tej publikacji, podjętej zresztą w najlepszej chęci służenia dobru publicznemu, uwzględnić musimy okoliczności, wśród których przyszła do skutku. Ogłaszano *Volumina* w czasie, kiedy Polska miała jeszcze samodzielny byt polityczny, a prawo jej moc obowiązującą. Stąd okazała się przedewszystkiem potrzeba wciągnąć do wydawnictwa tego jedyny autentyczny zbiór praw polskich, statut Łaskiego, i to bez żadnych zmian, dodatków lub opuszczeń, w tej samej formie, w jakiej w roku 1505 zatwierdzony został. Jest też większa część pierwszego tomu *Voluminów*, obejmująca ustawy aż do r. 1505, niezem więcej jak dosłownym przedrukiem pierwszej połowy statutu Łaskiego, ze wszystkimi jego błędami i niedostatkami. O ile chodziło o ustawy późniejsze, nie znalazło się wydawnictwo *Voluminów* w tem położeniu, iżby zawsze korzystać mogło z tekstów autentycznych konstytucyj; przeważnie uciekało się ono do większych zbiorów prywatnych, które ogłaszano w Polsce w ciągu wieku XVI i XVII; dopiero szereg późniejszych konstytucyj, ogłoszono z pierwodruków. Tak zaś opierając się w znacznej części na innych zbiorach, przyjęło z nich wszystkie wady, podobnie jak ze statutu Łaskiego, choć tutaj można je było łatwiej i bez skrupułów usunąć, skoro zbiory te nie otrzymały sankcyi władzy ustawodawczej. Pamiętając o takiej genezie *Voluminów*, możemy wprawdzie okolicznościami towarzyszącemi wydawnictwu usprawiedliwić to i owo, ale przy tem musimy się przecież zapytać, czy i o ile dzisiejszemu swemu przeznaczeniu odpowiadają. Z tego zaś, bezwzględego stanowiska rzecz oceniając musimy zaznaczyć, że wydawnictwo to nie może zadowolnić nawet bardzo skromnych wymogów, jakie do tego rodzaju zbiorów obecne badanie naukowe postawić może.

Wydawnictwo takie musi być przedewszystkiem ułożone w pewnym porządku; jaki on jest, systematyczny czy chronolo-

giczny, to już zależy w części od wyboru wydawców, głównie zaś i przede wszystkim od samej istoty materiału ogłosić się mającego. Dla wydawnictwa ustaw polskich porządek systematyczny byłby zgoła nieodpowiednim, dlatego, że poszczególne ustawy obejmowały postanowienia o najrozmaitszych materjach prawnych, tak, że chcąc przeprowadzić porządek systematyczny, wypadłoby je chyba rozkawałkować na drobne części, i części te rozmieścić w rozmaitych miejscach. Układ chronologiczny nasuwał się tedy sam z siebie, i było to tylko właściwem zrozumieniem rzeczy, jeżeli wydawnictwo *Voluminów* układ ten wzięło za zasadę; cóż jednak sądzić, jeżeli mimo to przywilej żydowski Bolesława Kaliskiego z roku 1264 znajdujemy w potwierdzeniu Aleksandra pod rokiem 1505, przywilej założenia najwyższego sądu prawa magdeburskiego na zamku krakowskim z roku 1365 (lub 1361) w potwierdzeniu Władysława Warneńczyka pod rokiem 1444; statuta nieszawskie z roku 1454 w potwierdzeniu Jana Olbrachta pod rokiem 1496, statuta kurlandzkie z lat 1561 do 1617 i korekturę pruską z roku 1598, umieszczone dopiero po konstytucjach sejmowych z roku 1726?

Są to jednak usterki stosunkowo mniejszej wagi. Bardziej zasadniczą jest kwestya zakresu wydawnictwa. Według zamiaru wydawców objąć ono miało „prawa, konstytucye i przywileje królestwa polskiego, W. Ks. litewskiego i wszystkich prowincyj należących“, a zatem zabytki ustawodawstwa polskiego powszechnego i partykularnego. Tymczasem z praw partykularnych znajdujemy tu tylko wspomniane powyżej statuta kurlandzkie i korekturę pruską; statuta mazowieckie (dlatego, że podówczas już nie obowiązywały) pominięto w zupełności z wyjątkiem eksceptów; podobnież zabytki dawniejszego ustawodawstwa litewskiego, i to nie tylko te, które straciły już zastosowalność, ale nawet i statut litewski trzeci, który obowiązywał przecież do końca istnienia Rzpltej. Z drugiej strony nie przeprowadzono ścisłej segregacyi materiału od takich zabytków, które w zakres wydawnictwa wejść nie były powinny. Nie było przecież zamiarem wydawców dawać nam zbioru laudów wojewódzkich, a jednak kilka takich laudów mamy tu ogłoszonych, ilość, która wobec całej powodzi uchwał sejmikowych, jakimi w trzech ostatnich stuleciach istnienia państwa każde województwo wykazać się może, w zupełności niknie i błednieje. Nie leżało w celach wydawnictwa ogłaszać ustaw prawa kanonicznego, tem mniej zaś traktatów naukowych z zakresu tegoż prawa, a jednak spotykamy tutaj kilka bul pa-

pieskich i obszerny traktat o interdiktach kościelnych. Nie leżało w jego celu zbierać zabytków partykularnego ustawodawstwa kościoła polskiego, a jednak mamy tu ogłoszony zabytek tej kategorii, statut Lutkona, biskupa krakowskiego, i t. p. A cóż powiedzieć, jeżeli w zbiorze naszym pomieszczono pod rokiem 1673 rzecz zatytułowaną: *Kaptur nowy na interregnum królestwu polskiemu zrobiony, prawem koronnem wolności prawdziwej i wolnej na zawsze elekcji podszyty*, rzecz, która nie jest bynajmniej ustawą, ale zwykłą mową sejmową czy sejmikową, lub broszurą polityczną z rodzaju tych, w jakie owe czasy obfitowały, wypowiedzianą czy też napisaną przez jakiegoś szlacheica, który w tej drodze szukał wyrazu dla swoich szerokich o złotej wolności poglądów? Tu oczywiście trudno już usprawiedliwić nietylko metodę, ale nawet staranność i uwagę wydawców.

Nad to wszystko — i to jeden z najważniejszych zarzutów — nie są *Volumina* wyczerpującym zbiorem ustaw polskich, choćbyśmy żądania nasze ograniczyli tylko do zabytków ustawodawstwa powszechnego. Ta ujemna strona *Voluminów*, o ile chodzi o ustawy średniowieczne, jest już dziś powszechnie znana i nie potrzebuje bliższych dowodów szczegółowych; sam zresztą Konarski zabierając się do wydawnictwa, miał o tem najzupełniejszą świadomość; nie chcąc jednak zmieniać układu Łaskiego, obejmującego właśnie ustawodawstwo średniowieczne, zamierzał w osobnym dodatku do wydawnictwa podać ważne uzupełnienia; pomysł piękny, który niestety nie został urzeczywistnionym. O ile chodzi o ustawy nowsze, począwszy od wieku XVI, dosyć rozpowszechnionem jest zdanie, że *Volumina* są zbiorem wyczerpującym; ale zdanie to jest błędem. Mniejsza o to, że wydawnictwo sięga tylko do roku 1780; wynikło to tylko ztąd, że je na konstytucjach z tegoż roku przerwano; wszakże i z tego okresu, który *Volumina* objęły, wykazać się da braków podoostatkiem. Nie myśląc rzeczy wyczerpnąć, przytoczymy tu kilka przykładów. Brakuje w *Voluminach* ustawy z roku 1553 rozszerzającej na Wielkopolskę moc obowiązującą t. z. *Formulae processus*, wydanej w roku 1523 dla Małopolski, brakuje ordynacyi sądowej z roku 1553, brakuje ordynacyi kancelarskiej z roku 1574, którą Heidenstein tak obszernie streszcza, a którą w dosłownem brzmieniu znaleźć można dziś w bibliotece Czartoryskich, brakuje suffragiów elekcyjnych z lat 1632 i 1669. Te i inne podobne braki wykazują dosadnie, że *Volumina* nie są zupełnym zbiorem za-

bytków ustawodawstwa polskiego, że raczej wymagają ważnych jeszcze uzupełnień.

Nie na tem koniec. Pozostaje jedna jeszcze strona ujemna publikacyi, ze wszystkich najważniejsza, a jest nią powtarzająca się stosunkowo często korrupcyja i błędność tekstu. Powszechnem i słusznem jest już dziś przekonanie, że co do zabytków ustawodawstwa średniowiecznego, *Volumina* nie są prawie do użycia, reprodukują bowiem najczęściej (za przewodem Łaskiego) teksty pod każdym względem zepsute; należałoby tylko życzyć sobie, ażeby i z tekstów późniejszych ustaw, w *Voluminach* pomieszczonych, nie korzystano zawsze z całą wiarą i zaufaniem. Porównując pierwodruki konstytucyj sejmowych z *Voluminami*, możemy niejednokrotnie wykazać opuszczone lub zmienione wyrazy, błędną interpunkcyą, zmieniającą treść rzeczy, i t. p. błędy, które naprowadzić mogą badacza na manowce, bo oczywiście trudno o dobre wnioski naukowe, jeżeli je oprzemy na błędnych tekstach.

Ubliżylibyśmy zasłudze wielkiego inicjatora tego zbioru, gdybyśmy przyznać nie chcieli, że w swoim czasie wydawnictwo *Voluminów* znakomite oddać mogło usługi społeczeństwu polskiemu, że stworzyło zbiór bądź co bądź lepszy i zupełniejszy od wszystkich dawniejszych publikacyj; ale ubliżylibyśmy naszej nauce, gdybyśmy powiedzieli, że zbiór ten. przed całym z górą wiekiem ogłoszony, więcej na zaspokojenie potrzeb praktycznych niż naukowych obliczony, szeregiem wskazanych poprzednio błędów skażony, potrzebom tej nauki dzisiaj wystarczyć zdoła. Jak na teraz powszechnie odczuwać się daje potrzeba zastąpienia zbioru pijarskiego nowym, uzupełnionym zbiorem ustaw polskich, krytycznie opracowanym i wydany. Ostateczna realizacya tego celu leży może w dalszej przyszłości; dzisiaj wykazać się możemy tylko szeregiem prac przygotowawczych, które wprawdzie realizacyą tę poniekąd ułatwiają, ale całego zadania, jakie przed nami leży, bynajmniej jeszcze nie wyczerpują. Gdy zaś w *Voluminach* największe niedostatki uczuć się dają w dziale obejmującym ustawy średniowieczne, przeto też słuszenie zwrócono się przedewszystkiem do restytucyi właściwego tekstu statutów tamże zamieszczonych, jak niemniej uzupełnienia ich zabytkami pominiętymi. Dążności tej zawdzięcza początek swój *Ius Polonicum* Bandtkiego, obejmujące szereg ustaw polskich średniowiecznych, w części dotąd nieznanych, w części zaś poprzednio już ogłoszonych, ale wydanych tamże w formie poprawniejszej, dzieło, które ma wprawdzie pewne braki, ale nie zasługuje na tak ostre

zarzuty, z jakimi się spotkało w ostatnich czasach. Z dążności tej wyszło także pomnikowe wydawnictwo Helela, obejmujące ustawodawstwo Kazimierza Wielkiego i Władysława Jagiełły, jak niemniej zabytki partykularnego prawa mazowieckiego, tudzież najdawniejsze ustawodawstwo kościoła polskiego. Nowe krytyczne wydanie statutów Kazimierzowskich zawdzięczamy Hubemu, statutów nieszawskich Bobrzyńskiemu; nieznane uchwały zjazdu radoskiego z r. 1384 wydał Szujski, statuta dwóch zjazdów piotrkowskich z r. 1406 i 1407 Bobrzyński. Oto szereg ważniejszych prac, jakie w ostatnich czasach przedsięwzięto około wydawnictwa polskich źródeł ustawniczych. O ile wartością swoją wewnętrzną prace te stoją bardzo wysoko, o tyle nie wyczerpują one nawet całego zakresu ustawodawstwa średniowiecznego, pozostawiają luki, które uzupełniać jeszcze musimy z Łaskiego lub *Voluminów*. Gorzej jeszcze stoi sprawa ustaw nowszych, o które nikt się nie troszczy, tak, że co do nich jesteśmy już wyłącznie ograniczeni na *Volumina* lub dawniejsze częściowe zbiory prywatne, jakie wydawano w poprzednich wiekach, albo wreszcie na pierwodruki konstytucyj sejmowych, do których też najwłaściwiej uciekać się, zwłaszcza tam, gdzie tekst *Voluminów* nastrocza jakiegokolwiek wątpliwości. Zamierzony ogólny zbiór ustaw polskich musiałby oczywiście zawrzeć teksty ze wszech miar poprawne; same nawet pierwodruki konstytucyj sejmowych należałoby poddać ścisłej, choć wielce oględnej krytyce, ażeby odtworzyć właściwą myśl ustawy, zaciemnioną niekiedy błędami drukarskimi. W zbiorze tym należałoby nadto dążyć do tego, ażeby w miarę możliwości uzupełnić dotychczasowe luki, zwłaszcza w zabytkach ustaw średniowiecznych przez dokładne przeszukanie bibliotek i archiwów, zwłaszcza zaś metryki koronnej. Zabytki praw partykularnych stosowniej byłoby, zdaniem naszym, w wydawnictwie tem wyłączyć w osobne działy, albo też uczynić je przedmiotem osobnych publikacyj, ażeby nie wprowadzać zbytniego zamieszania; w każdym razie należałoby i tutaj dążyć do ogarnięcia całości materiału, do stworzenia zbiorów zupełnych. Wielce pożądaną byłaby n. p. osobna publikacja wszystkich ustaw mazowieckich, które obecnie porozrzucane są w rozmaitych książkach; podobnie należałoby przystąpić do ponownego ogłoszenia praw litewskich w nowem, krytycznem i uzupełnionem wydaniu, gdyż zbiór Działyńskiego nie ze wszystkim już wystarczyć nam może.

VII.

Krótki ten rzut oka na obecny i niedawny stan wydawnictw obejmujących źródła prawa polskiego, tłómaczy nietylko podniesioną poprzednio ujemną stronę w opracowaniu prawa prywatnego, t. j. pominięcie zabytków prawa zwyczajowego, ale i drugą jeszcze, na którą teraz bliższą chcemy zwrócić uwagę: niedostateczne uwzględnienie historii rozwoju prawa.

Niektórzy autorowie, jak Burzyński, mając przedewszystkiem praktyczne cele na oku, mianowicie zaś zastosowalność prawa polskiego w tych — nielicznych zresztą — wypadkach, w których zdarzy się dzisiaj jeszcze rozstrzygać spory według jego przepisów, dążą do wyświecenia tych zasad, które się wyrobiły i obowiązywały pod koniec istnienia Rzpltej, nie troszcząc się bynajmniej o instytucye przestarzałe, które jeszcze poprzednio straciły swoje znaczenie. Stąd też nie zwracają na nie dotatecznej uwagi, albo nawet zgoła je pomijają, kładąc główny nacisk na szereg postanowień ustawniczych, jakie wyszły w kilku ostatnich stuleciach politycznego bytu Polski. Inni pisarze, lubo zamiaru tego nie wypowiedzieli otwarcie, przeprowadzili go mimo to mniej więcej w rzeczywistości; i całkiem naturalnie, bo któż n. p. mógł się pokusić o skreślenie rozwoju prawa prywatnego, jakie obowiązywało w Polsce aż do połowy wieku XIVgo, jeżeli pierwszym co do czasu źródłem, jakie wciągał w zakres swego badania, było ustawodawstwo Kazimierza Wielkiego? Jeden Maciejowski, kreśląc pierwszy swój, do połowy wieku XIV sięgający okres w rozwoju praw słowiańskich, musiał przedstawić osobno stosunki prawne z czasów przed ustawodawstwem Kazimierzowskiem; szkoda tylko, że jak gdzieindziej, tak i tutaj dał nam tylko sztuczny zlepek rozmaitych praw słowiańskich, ściągniętych w jeden, rzeczywiście nie istniejący system, w którego rekonstrukcyi posługiwał się nadto bardzo niedostatecznie źródłami prawa polskiego. O ile chodzi o czasy późniejsze, z których dochowały się już zabytki ustawodawstwa polskiego, a więc od połowy wieku XIV, szukamy w dziełach przedmiotowi naszemu poświęconych, również napróżno za prawdziwą historią prywatnego prawa polskiego. Samo tylko uwzględnienie polskich przepisów ustawniczych, z jakim się tu najczęściej spotykamy, historii tej nigdy nam dać nie może; szczupłość dat, zawartych w ustawach nie dozwala częstokroć zdać sobie dokładnej sprawy, kiedy w kon-

strukeyi prawnej danego urządzenia zaszła rzeczywista zmiana, bo zmiana ta dokonać się mogła nietylko przez samą ustawę, ale także drogą zwyczaju. Pokąd zabytki prawa zwyczajowego nie zostaną należycie wciągnięte w zakres badania naukowego, potąd też nie możemy marzyć o właściwej historyi prywatnego prawa polskiego. Ileż to razy zdarzało się naszym badaczom, że spotkawszy pierwszą wzmiankę w źródłach ustawniczych o pewnym kształcie danej instytucyi, która w dawniejszych ustawach przedstawiała się mniej lub więcej odmiennie, datowali nowy zwrot w dziejach tej instytucyi dopiero od tejże wzmianki; a jednak bliższe zbadanie źródeł prawa zwyczajowego wykazać zdoła niejednokrotnie, że zwrot ten nastąpił jeszcze dawniej, w międzyczasie między jedną a drugą ustawą, i że ta ostatnia była tylko sankcją dodatkową rzeczy poprzednio już dokonanej. Ileż znowu zmian, przeprowadzonych drogą zwyczaju, nie stwierdzonych ustawą, ujdzie zupełnie oka badacza, jeżeli się na samych tylko źródłach ustawniczych opierać zechce! Wspomnieć musimy tu jeszcze, że nawet i tego materiału, który wciągnięto do badań, a więc źródeł ustawniczych, nie wyzyskano częstokroć dla historyi w sposób należyty. Szereg statutów i konstytucyj wydanych od czasów Kazimierza Wielkiego aż do upadku państwa, owoc blisko pięciowiekowej działalności ustawodawczej Polski, mógł przecież sam z siebie podać pewne — choć nie ze wszystkiem dokładne — wskazówki do zaznaczenia pewnych zwrotów dziejowych w rozwoju poszczególnych urządzeń prawa polskiego. O wyszukanie i zaznaczenie tych zwrotów troszczono się jednak bardzo rzadko; zestawiano ze sobą ustawy z najrozmaitszych wieków, nie pytając się bynajmniej o wzajemny ich, dziejowy stosunek; obok konstytucyj z końca XVIII stulecia umieszczano przepisy Kazimierza Wielkiego i starano się je zgodzić ze sobą, co czasami było rzeczą niemożliwą, dlatego, że ustawa późniejsza była już wyrazem innego, odmiennego pojmowania rzeczy, niż wcześniejsza; niejednokrotnie zachodziła między nimi nawet istotna sprzeczność. W ogóle przedstawienie rzeczy w pracach naszych naukowych robi częstokroć wrażenie, jak gdyby traktowano wszystkie ustawy polskie jako wydane równocześnie; okoliczność, która dała podstawę do niejednego błędnego wniosku.

Ten sam brak historycznej konstrukcyi rzeczy daje się odzuwać także w rozbiórce urządzeń polskich praw partykularnych. Zasady prawa mazowieckiego, uwzględniane z reguły, jak już wspomnieliśmy, bardzo tylko dorywczo, nie wyczerpująco, nie

mogą oczywiście wystąpić na zewnątrz w należytych, pragmatycznym związku dziejowym; zdarza się czasami, że podręczniki nasze nie uwzględniają niczego więcej jak tylko przepisów zawartych w exceptach. Podobnie rzecz się ma także i z prawem litewskim, z którego tylko statut trzeci wchodzi w zakres badań; dawniejsze przywileje ziemskie, a nawet oba pierwsze statuty pomijane są systematycznie. Cel takiego postępowania jest tu widoczny; uwzględniając tylko excepta mazowieckie, względnie statut litewski trzeci, zamierzano przedstawić te tylko zasady praw partykularnych, które pod koniec istnienia państwa miały zastosowanie; źródła nie obowiązujące podówczas, mające już tylko historyczne znaczenie, pozostawiano zupełnie albo prawie zupełnie na uboczu.

Dziś, kiedy o przedmiocie naszym nie rozstrzygają już wyłącznie względy praktyczne, kiedy przeciwnie występuje tu na pierwszy plan cel i zadanie naukowe, byłoby rzeczą na wskrós niewłaściwą zastosowywać taką metodę do badań nad prawem polskim. Chodzi przecież o to, ażebyśmy prawo to znali, jak się ono w ciągu dziejów kształtowało, ażebyśmy potrafili zdać sobie sprawę z kolejnego rozwoju poszczególnych jego instytucyj. Gdybyśmy zresztą nawet do niczego więcej nie zdążali, jak tylko do ujęcia i przedstawienia jego systemu, tak jak się nam on przedstawia pod koniec istnienia państwa, to zawsze jeszcze historyczne śledzenie rozwoju prawa byłoby nie tylko wskazaniem, ale koniecznem. Każdy stan w sferze prawa jest bowiem wynikiem jego poprzedniego rozwoju; któż zrozumie i wytłómaczy należycie ten stan późniejszy, nie mogąc zdać sobie sprawy o czynnikach, które działając poprzednio, na wytworzenie jego wpłynęły? Musimy przyznać, że zrozumienie tego celu istnieje w nauce naszej nie dopiero od czasów najnowszych. Pomijając podręcznik Helcla, który przedstawia widoczny zakrój historyczny i dzieło Maciejowskiego, które założyło sobie za cel przedstawić historią praw słowiańskich, wskazać możemy, jeszcze z czasów dawniejszych kilka prób, których zamiarem było położyć podwaliny do historycznego ujęcia i przedstawienia przedmiotu, przedewszystkiem zaś dzieło Lelewela: *Początkowe prawodawstwo polskie cywilne i kryminalne*¹⁾. Lelewel pokusił się tu — między innemi — o skreślenie zasad prywatnego prawa polskiego z czasów najdawniejszych; lubo zaś celu swego nie ze wszystkim dopiął, gló-

¹⁾ Polska wieków średnich, tom III.

wnie dla niedostatecznej ilości źródeł, jakie mu stały do dyspozycji, to jednak przyznać mu trzeba tę zasługę, że pierwszy on sprowadził kwestyą badań nad historią prawa polskiego prywatnego na tory właściwe, a zarazem pracą swoją wykazał, że badania takie przeprowadzić się dadzą. Przedewszystkiem zaś zasłużył się, już w czasach najnowszych, około historii prawa prywatnego Romuald Hube w dziele swem: *Prawo polskie w wieku XIII*¹⁾, którego osobna część kreśli szczegółowo system ówczesnego prawa prywatnego. Jestto pierwszy wyczerpujący obraz rozwoju tegoż prawa w czasach tak odległych jak wiek XIII. pomijanych systematycznie w dawniejszych opracowaniach. Zasób źródeł, któremi rozporządza Hube, jest oczywiście olbrzymio większy od tego, na jakim się oparł Lelewel, okoliczność, która wspólnie ze znaną ścisłością i sumiennością tego badacza doprowadziła go do znanych rezultatów naukowych. Praca Hubego potrzebuje wprowadzić jeszcze pewnych uzupełnień, przedewszystkiem ze względu na nowe źródła, jakie od czasu jej pojawienia się ogłoszone zostały, powtórnie ze względu na wstrzeźliwość sądów naukowych autora, który ograniczając się przeważnie na zaznaczeniu faktów bezpośrednio w źródłach stwierdzonych, nie zawsze wyprowadza z nich wszystkie wnioski, jakie na pewno wywieść się dadzą, w końcu ze względu na okoliczność, że omawiając rozwój prawa w sztucznych ramach jednego stulecia, pomija niejednokrotnie związek, jaki zachodzi pomiędzy rozwojem instytucyj prawnych z tegoż czasu a rozwojem ich w czasie bezpośrednio najbliższym. Nie jest tedy jeszcze praca Hubego ostatnim wyrazem nauki o prawie polskim z wieku XIII; ma ona jednak tę niewątpliwą zasługę, że pole leżące dotąd niemal zupełnie odłogiem, pierwsza przeorała głęboko, i to w sposób, który nie wielu już tylko potrzebować będzie uzupełnień. Zdaje się, że sam autor prowadząc badania swoje w okresach jednowiekowych nadać im chciał tylko charakter prac przygotowawczych; z tego zaś punktu widzenia rzecz oceniając, przyznać mu trzeba, że wywiązał się z zadania swego znakomicie. Tej samej metody trzyma się Hube także w pierwszej ogłoszonej dotąd części swego *Prawa polskiego w wieku XIV*²⁾, która w odnośnych działach przedstawia również system prywatnego prawa polskiego, zestawiony z statutów Kazimierza Wielkiego. Podnieść należy

¹⁾ Warszawa, 1874.

²⁾ Warszawa, 1881.

jeszcze i tę zasługę Hubego, że pierwszy poruszył i częściowo urzeczywistnił myśl opracowania prawa polskiego w działach odgródzonych od siebie pewnymi chronologicznymi granicami. Taki podział pracy ma niewątpliwe zalety; gdy bowiem ogrom materiału źródłowego, jaki do zbadania pozostaje, nie pozwala się spodziewać, iżby mu siły jednostki w zupełności podołały, przeto lepiej niezawodnie opracować go mniejszymi częściami, które posłużą później do skreślenia całokształtu prawa w historycznym jego rozwoju. Tyle pewna, że o dobrej historii tegoż prawa myśleć nie można, dopóki tego rodzaju prace przygotowawcze przeprowadzone nie będą.

Przemawiamy za takim postępowaniem oczywiście tylko ze względów praktycznych, bynajmniej zaś nie dla tego, iżbyśmy w ostatecznym kształcie nauki prywatnego prawa polskiego widzieć i rozróżniać pragnęli jakieś chronologicznie odgródzone od siebie okresy. Kwestya ta wymaga bliższego wyjaśnienia. Każde prawo z dwojakiego należy badać stanowiska: należy dążyć do ujęcia i przedstawienia jego całości, która wyraz swój znajdzie w systemie; ale że prawo to przechodzi zarazem pewien proces dziejowego rozwoju, przeto okazuje się potrzeba wyjaśnić także jego stronę historyczną. Że oba żywioły w przedstawieniu naukowem, systematyczny i historyczny, muszą być uwzględnione, nie podlega wątpliwości; zachodzi tylko pytanie, który z tych żywiołów ma otrzymać pierwszeństwo, a więc, czy mamy przedstawić prawo w jednym ogólnym systemie, a dopiero w ramach jego zwrócić uwagę na rozwój historyczny poszczególnych instytucyj prawnych, czy też na odwrót: podzielić cały rozwój tegoż prawa na pewne okresy, a dopiero w ramach tych okresów traktować rzecz systematycznie? W nauce naszej nie rozstrzygnięto jeszcze sprawy tej ostatecznie. Większość podręczników daje wprawdzie pierwszeństwo metodzie systematycznej, natomiast dzieło Maciejowskiego przedstawia rzecz okresami, z których pierwszy sięga do połowy wieku XIV, jako okres wyłącznego panowania prawa zwyczajowego, drugi odtąd do końca istnienia państwa, jako okres prawa ustawniczego. Nie potrzebujemy wywodzić szczegółowo, jak błędną jest tu sama zasada podziałowa Maciejowskiego. Zwyczaj i ustawa, to tylko dwie formy, w których się na zewnątrz przejawia toż samo prawo, a przy podziale na okresy nie mogą przecież rozstrzygać względy zewnętrzne, formalne, ale istotna treść prawa, które niekoniecznie zmienić się potrzebuje, przechodząc ze zwyczajowego w ustawni-

cze, i które też w rzeczywistości nie zmieniło się w Polsce, w połowie wieku XIV, tak istotnie, iżby odtąd datować można nowy okres; zresztą, jak już poprzednio wykazaliśmy, prawo zwyczajowe nie zostało bynajmniej podówczas usuniętem, i obowiązywało, okok ustawniczego, aż do końca istnienia państwa. Chodzi nam tu raczej o rzecz bardziej zasadniczą: czy w ogóle podział na okresy, jakiegokolwiek zaznaczylibyśmy im granice chronologiczne, da się uzasadnić w nauce prywatnego prawa polskiego? Dawno już zwrócono na to uwagę w metodologii, że traktując rzecz o prawie publicznem, zwłaszcza zaś politycznem, danego narodu, właściwiej jest przedstawić rozwój jego w pewnych okresach, bo stosunki prawa tego, zawisłe więcej od danych prądów dziejowych, ulegają z natury rzeczy częstszym, zasadniczym zmianom; że przeciwnie w prawie prywatnem pierwszeństwo dać należy metodzie systematycznej, bo prawo to reguluje stosunki człowieka jako człowieka, który, w ogóle biorąc, zawsze pozostaje jednakiem, to też i prawo stosunków tych dotyczące nie może przechodzić zmian zasadniczych. W istocie też, badając rozmaite prawa prywatne, jak je wytworzyły poszczególne narody, widzimy wprawdzie, że nie są one czemś na wskrós skryształizowanem, raz na zawsze niezmiennem, widzimy w nich, w ciągu dziejów, pewien postęp i rozwój lub wsteczne cofanie się, ale zarazem spostrzegamy, że ta tendencya do zmian zarysowuje się tu mniej wybitnie, niż gdziekolwiek indziej, że prawo prywatne jest bardziej zachowawczem, niż inne gałęzie prawa. Na uwagę zasługuje też okoliczność, że zmiany, z jakimi się tutaj spotykamy, nie objawiają się prawie nigdy w całym systemie równocześnie, że przeciwnie dotyczą jednej instytucyi prędzej, innej później, u jednej sięgają więcej w treść jej, inną przekształcają raczej tylko powierzchownie i t. p. Widać stąd, jak trudną, a zarazem niepraktyczną jest rzeczą tworzyć tutaj okresy. Okres musi się zaznaczyć zasadniczą zmianą w całkowitym rozwoju danego prawa; otóż pomijając już okoliczność, że prawo prywatne z samej natury rzeczy, mniej jest skłonnem do zmian zasadniczych, nasuwa się tu jeszcze ta trudność, że w danej chwili zmiany te nie obejmują prawie nigdy jego całości, że dotyczą tylko szczegółów.

Z tych ogólnych uwag niepodobna wprawdzie jeszcze wyprowadzać szczegółowej konkluzyi o prawie prywatnem polskiem; są to tylko teoretyczne spostrzeżenia, stanowiące wprawdzie regułę, ale dopuszczające przecież wyjątków. Są wypadki, gdzie i prawo

prywatne da się przedstawić okresami, a to wtedy, jeżeli wyjątkowo w rozwoju jego dziejowym objawią się pewne zasadnicze, całego systemu dotyczące zmiany. Jeżeli n. p. w państwie jakimś wydaną zostanie obszerna, szczegółowa kodyfikacya prywatnoprawna, zrywająca stanowczo z zasadami dawniejszego prawa, tam kodyfikacyę taką uważać można za fakt epokowy, i trzeba będzie przedstawić dawniejszy rozwój prawa osobno, a osobno znowu stan jego, stworzony nowym kodeksem. Albo n. p. gdzie, jak w Niemczech, następuje recepcya prawa obcego, opartego na innych zasadach, niż dawniejsze prawo rodzime, w tym wypadku niemieckie, tam recepcyą tę w dziejach prawa obowiązującego w tymże kraju uważać można za fakt epokowy i rozdzielić nim od siebie dwa odrębne okresy. Inaczej ma się rzecz w Polsce. O recepcyi nie ma tu mowy; o wielkiej jakiejś kodyfikacyi, zmieniającej zasadniczo dawniejszy system prawa, tem mniej; prawo polskie prywatne rozwija się powoli, stopniowo, bez żadnych gwałtownych zmian, bez żadnych nagłych przejść; wytycznym myśłom, przejętym jeszcze z czasów pierwotnych, pozostaje ono wiernem w ciągu całego dziejowego rozwoju, kształci je tylko i rozwija w pewnym ograniczonym zakresie, raz w jednym, raz w drugim kierunku; ale w całej jego historyi nie ma żadnej takiej chwili, któraby się zaznaczyła zasadniczą zmianą w całym jego systemie. Reguła, którą stwierdziła metodologia prawa, nie doznaje więc tutaj wyjątku; przedstawienie prywatnego prawa polskiego w okresach nie da się uzasadnić, dla tego, że okresów takich w rzeczywistości nie było. W nauce naszej przyznać tedy musimy pierwszeństwo metodzie systematycznej; w ramach jej znajdzie się jeszcze dość miejsca do uwydatnienia strony historycznej ¹⁾).

VIII.

Jakiż tedy ma być ów system, w który ująć należy zasady prywatnego prawa polskiego?

Na pytanie to odpowiadano w podręcznikach bardzo rozmaicie. Ostrowski i Bandtkie omawiają rzecz w trzech częściach, z których pierwsza obejmuje naukę o osobach, druga o rzeczach, względnie prawach rzeczowych, trzecia o umowach czyli kon-

¹⁾ Szereg trafnych myśli w tej kwestyi wypowiedział już (za Puchtą) Helcel: Dawne prawo prywatne polskie str. 4.

traktach. Jest to, jak widzimy, system, którego trzymano się w ogóle w cywilistyce dawniejszej, system, jak wiadomo, błędny i teoretycznie uzasadnić się nie dający. W granicach każdej z tych części przeprowadzają wspomniani autorowie dalsze podziały, różniąc się pomiędzy sobą niejednokrotnie szczegółami, w których bliższy rozbiór nie wchodzimy. Zaznaczamy tylko niektóre błędy zasadnicze. Tak n. p. Ostrowski w prawie rzeczowem przedstawia rzecz o donacjach i zapisach, o prawie spadkowem testamentowem i beztestamentowem, o prawie małżeńskiem majątkowem, w dziale o kontraktach rzecz o prawie zastawu. Niektóre z tych błędów powtarza Bandtkie, zaliczając do prawa rzeczowego spadkowe, a nadto prawo bliższości. System ten ma prócz tego w szczegółach rozmaite luki, do czego dodać jeszcze należy, że cały dział trzeci przedstawia tylko jedną część nauki o zobowiązaniach, mówiąc o umowach, a pomijając zobowiązania z występków. U Ostrowskiego znajdujemy uzupełnienie tej materii w następnym dziale, obejmującym prawo karne, wszakże w pomieszaniu z zasadami właściwego prawa karnego; Bandtkie braku tego wcale nie uzupełnia. Nieco odmiennie przedstawia się system Maciejowskiego, obejmujący cztery działy, z których pierwszy jest rodzajem t. z. części ogólnej i mówi o osobach i rzeczach jako podmiotach i przedmiotach stosunków prawnych, drugi o prawie rodowem (familijnem), trzeci o prawie rzeczowem, czwarty o zobowiązaniach. I Maciejowski prawo spadkowe omawia w nauce o prawie rzeczowem, natomiast w dziale ostatnim przedstawia nie tylko rzecz o zobowiązaniach z umowy, ale także z „nibywystępku“. W podręczniku Dutkiewicza trudno właściwie mówić o jakimś systemie, dlatego że go sam autor nie przeprowadził, podzieliwszy pracę swą na szereg drobniejszych ustępów, które nie wiedzieć do jakiego działu chciał mieć zaliczone. Z porządku, w jakim te ustępy po sobie następują, dałby się odtworzyć system mniej więcej podobny do tego, jaki znajdujemy u Maciejowskiego, choć w szczegółowem jego przeprowadzeniu panuje niesłychany chaos i bałamuctwo; rzeczy należące do siebie należące są poprzeplatane innemi, które w najmniejszym związku z niemi nie zostają; zasady prawa familijnego, rzeczowego, obowiązkowego miesza się co chwila ze sobą, wprowadzając czytelnika na manowce, z których mu wydostać się trudno. Więcej ścisłym w podziale systematycznym jest Burzyński, który nadto, bardziej niż jego poprzednicy, zbliża się do zasad nowszej systematyki prawnej. Nie uznaje on wprowadzić

potrzeby tworzenia t. z. części ogólnej, dlatego, że wszystko, co się w niej da pomieścić, należy do filozofii prawa albo tegoż encyklopedyi (!); zamiast niej podaje szereg „wiadomości wstępnych“, które bądź to należą do nauki prawa politycznego, bądź też nie są niczem innym, jak tylko właśnie ową odrzuconą przez niego „częścią ogólną“ lubo znacznie okrojoną. W pozostałych działach przedstawia naukę o prawie familijnem, rzeczowem i zobowiązaniach; prawo spadkowe zalicza do działu o prawie familijnem. W dalszym, szczegółowym rozkładzie przedmiotu przedstawia się system Burzyńskiego wcale poprawnie; jedyny ważniejszy zarzut, jaki mielibyśmy tu do uczynienia, jest ten, że naukę o ciężarach rzeczowych spotykamy w wykładzie prawa rzeczowego, nie zaś w dziale o zobowiązaniach. Jedynym, który system nowszej cywilistyki zastosował w zupełności do wykładu o polskim prawie prywatnem, jest Helcel, o ile o tem przynajmniej z pozostałej części jego dzieła wnioskować możemy; po krótkim wstępie kreśli on zasady ogólne, następnie zaś przechodzi prawo rzeczowe, na którem się też wykład urywa.

Myśl przewodnia, jaką we wszystkich tych układach przeprowadzono, widnieje w zupełności; zastosowywano się w zasadzie do wyników każdoczesnej najnowszej systematyki prawa, przyjmowano taki rozkład, jaki współczesna cywilistyka uważała za najodpowiedniejszy, wprowadzając chyba czasami pewne szczegółowe zmiany. Postępowanie to z dwojakiego stanowiska można oceniać i krytykować. Można, godząc się na samą myśl zasadniczą, zaczepiać przeprowadzenie jej w szczegółach, wytykać w tym kierunku błędy i niedokładności. Zarzutów takich da się niewątpliwie postawić wiele, i to słusznie; w części odpowiedzą za to sami autorowie podręczników, w części ustalona za ich czasów systematyka prawna. Ale można jeszcze kwestyą systemu pojąć ze stanowiska więcej zasadniczego; można postawić pytanie, czy w ogóle w ramach systemów, dzisiaj przyjętych, przedstawić się da w sposób właściwy całość prywatnego prawa polskiego; czy raczej nie należy postarać się o jakiś system inny, któryby wypływał z ducha tegoż prawa i w należyty sposób odśłonił zarówno jego właściwości jak i związek zachodzący pomiędzy poszczególnymi instytucjami.

Na to ostatnie pole sprowadził rzecz całą Bobrzyński w czasach najnowszych ¹⁾. Zdaniem jego wtłaczanie prawa polskiego

¹⁾ O dawnem prawie polskiem, jego nauce i umiejętnem badaniu, str. 23 sq. Por. też jego wstęp do trzeciego tomu Starodawnych prawa polskiego pomników.

w system dzisiaj przyjęty, głównie dla wykładów prawa rzymskiego używany, ściiera właściwe prawu polskiemu piętno indywidualizmu, rozłącza od siebie rzeczy pokrewne, a łączy znów takie, pomiędzy którymi żaden istotny nie zachodzi związek. Należy tedy postarać się o inny system, i to taki, który prawo polskie stworzyło samo dla siebie, w chwili, kiedy znajdowało się jeszcze w żywotności, w stadium pełnego rozwoju. System taki znajduje Bobrzyński w układzie t. z. Koryktury Taszyckiego, projektu do kodyfikacyi prawa polskiego, wypracowanego w pierwszej połowie wieku XVI. System ten przeprowadzić należy w układzie naszego prawa we wszystkich jego szczegółach, że zaś koryktura mówi nietylko o tem, co dziś nazywamy prawem prywatnem, ale podaje zarazem przepisy o organizacyi sądownictwa, o prawie karnem i procesowem, co wszystko razem nosi u niej nazwę prawa sądowego (*ius iudicarium*), przeto należy połączyć wszystkie te działy w jedną ściśle ze sobą związaną całość, przedstawić w jednym wspólnym systemie, a to tembardziej, że ze stanowiska dawnego prawa polskiego nie można nawet mówić o osobnem prawie prywatnem, osobnem karnem i t. p.; gdy bowiem rozróżnienia te były mu zupełnie obce, przeto można tylko przedstawić jedno wspólne prawo sądowe polskie, w przeciwstawieniu do drugiego działu prawa, które dawniej w Polsce uznawano, t. j. prawa politycznego. Związek, jaki istnieje pomiędzy poszczególnymi, dzisiaj odróżnić się dającymi działami prawa sądowego, jest w Polsce tak istotnym, że bez wyjaśnienia jednego zrozumienie innych jest niemożliwem. Okoliczność ta przemawiać ma, zdaniem Bobrzyńskiego, za koniecznością wspólnego traktowania całego prawa sądowego; okoliczność ta stawia wysoko system Ostrowskiego, który w książce swojej dał nam zarys nietylko prawa prywatnego, ale zarazem karnego, procedury i organizacyi sądownictwa; jest to jedyny podręcznik, który pojął i zrozumiał kwestyę systemu w prawie polskiem, dlatego właśnie, że w jednym wspólnym obrazie przedstawił całość prawa sądowego.

Myśl, poruszona przez Bobrzyńskiego, jak łatwo zrozumieć, nieobliczalną przedstawia doniosłość; przeprowadzona w praktyce mogłaby ona nietylko sprawę systemu, ale nawet i zakresu poszczególnych gałęzi prawa polskiego oprzeć na podstawach zgoła odmiennych od tych, na jakich przywykliśmy je dotychczas opierać. Zobaczmy jednak, czy myśl ta przyjąć się da w zupełności. Godząc się w ogóle na pojęcie t. z. prawa sądowego, mamy przed

sobą dwie tylko alternatywy do przypuszczania: albo poszczególne jego działy, jak prawo prywatne, karne i t. p. składając się na wspólną całość prawa sądowego, tworzą przecież dla siebie pewne odosobnione całości, i jako takie stać się mogą przedmiotem kilku odosobnionych wykładów; w tym wypadku nie zaprzeczalibyśmy jeszcze prawu prywatnemu znaczenia samoistnej dyscypliny naukowej, uważalibyśmy je tylko za pojęcie niższego rzędu, zawarte w pojęciu wyższorzędnem, t. j. prawie sądowym. Przypuszczenie takie usuwa jednak stanowczo teoria Bobrzyńskiego; według niej możliwą jest tylko alternatywa druga, tej treści, że w Polsce nie przyznawano prawu prywatnemu, karnemu i t. d. znaczenia samoistnych gałęzi prawa; wszystkie one zlewały się wspólnie w jedną całość prawa sądowego, w obrębie którego nie ma już żadnych kategorii niższego rzędu. Wynikłaby stąd bardzo ważna konsekwencja: że w nauce prawa polskiego nie ma miejsca dla samoistnego wykładu prawa prywatnego, karnego i t. p., że można przedstawić tylko system prawa sądowego. Zdaje nam się, że takiej konkluzji przyjąć niepodobna. Gdyby nawet prawo polskie nie było teoretycznie zaznaczyło różnicy, jaka zachodzi pomiędzy poszczególnymi gałęziami prawa sądowego, to jednak już sama jego treść różnicę taką wskazać mogłaby niewątpliwie. Jak gdzieindziej, tak i tutaj, w zasadniczej konstrukcyi stosunków prawa prywatnego, karnego, procesowego, organizacyi sądownictwa, zachodzą tak istotne różnice, że o bezwzględnej jednolitości wszystkich tych odłamów mowy być nie może. Przyznajemy chętnie rzecz poprzednio już zaznaczoną, że granica i zakres prawa prywatnego nie były dawniej te same co dzisiaj, że mianowicie prawo prywatne sięgało niejednokrotnie w sferę, która dzisiaj jest już pod rządami prawa karnego (jak sięgało czasem także w sferę stosunków prawno-politycznych, których jednak Bobrzyński nie liczy już do prawa sądowego); ale z tej różnicy zakresu nie można jeszcze wnioskować o spływie całych gałęzi prawa w jedną zamkniętą w sobie całość, w której nie wolno już nawet odróżniać poszczególnych części składowych. O zbrodniach tego rodzaju, jak zdrada kraju, obraza majestatu, kradzież skarbu publicznego (*crimen peculatus*) i t. d. które i w prawie polskim noszą na sobie charakter ściśle kryminalny, możemy przecież traktować osobno, niekoniecznie w związku z prawem prywatnem; teorią opieki, spadkobrania i t. p. zrozumiemy doskonale, choć nie przedstawimy zasad organizacyi sądownictwa polskiego. Nie potrzebujemy jednak uciekać się do tych

wywodów rozumowych; możemy stwierdzić pozytywnie, że w Polsce, i to jeszcze przed ułożeniem korektury Taszyckiego, jak również i później umiano rozróżniać i rozróżniano teoretycznie pojęcia prawa prywatnego, karnego i t. d. Tysiące dyplomatów średnio-wiecznych wspominają wyraźnie o sprawach kryminalnych; w statutach i konstytucjach znajdujemy setki ustępów, w których jest wzmianka o takichże samych sprawach kryminalnych; cóż jest ich przeciwstawieniem, jeżeli nie sprawy prywatno-prawne, i jak z tym faktem pogodzić twierdzenie Bobrzyńskiego, że całe prawo sądowe uważano w Polsce za prywatne? Zapytajmy dalej, dlaczego to w pomnikach naszego prawa z pierwszej połowy wieku XVI spotkać można dwa krótkie kodeksy postępowania sądowego, jeden ułożony przez Łaskiego, drugi znany pod nazwą *Formula processus*? Jeżeli w pojęciach ówczesnych tylko prawo sądowe stanowiło jednostkę dla siebie, to przecież nie można było traktować prawa procesowego jako osobnej całości, a jednak całość taką, odrębną, samoistną, nie łączącą się z przepisami o organizacyi sądownictwa, o materyalnym prawie prywatnem i karnem dali nam ludzie, którzy przecież działali współcześnie z pojawieniem się korektury, w czasie żywotności prawa polskiego, kiedy je rozumiano i odczuwano. Nie czyńmy układu korektury — coś więcej nad to, czem jest w rzeczywistości: połączeniem kilku gałęzi prawa, które miały samoistny byt dla siebie. Nie dlatego złączono owe cztery działy ze sobą, iżby żaden z nich nie dał się przedstawić osobno, ale dlatego, że zachodził pomiędzy nimi wieloraki związek, — którego bynajmniej zaprzeczać nie myślimy — jak niemniej dlatego, że chodziło o stworzenie kodeksu, któryby na wszystkie pytania, złożone z wykonywaniem funkcyi sądowniczej, dostateczną mógł dać odpowiedź. Ale związek pomiędzy poszczególnymi działami prawa, który zachodzi wszędzie i zawsze, i to nie tylko w samej dziedzinie prawa sądowego, choćby nawet uwydatnił się podówczas w Polsce z większą siłą, niż gdziekolwiek indziej lub kiedykolwiek później, nie upoważnia jeszcze do tego, ażeby każdemu z nich odmówić racyi bytu, a względ praktyczny, jaki w układzie korektury miano na oku, nie może rozstrzygać o kwestyi naukowej.

Nie można tedy powiedzieć, żeby zachodziła istotna potrzeba lub nawet konieczność łączenia wszystkich działów prawa sądowego w jedną całość, iżby tylko one, razem wzięte, stanowiły dopiero zaokrąglony dla siebie system; przeciwnie, każdy z tych działów, jak je dzisiaj rozróżniamy, rozróżniano także da-

wniej; każdy z nich stanowił dla siebie osobną całość, która tworzyła pewien system; możemy tedy śmiało mówić o osobnych systemach prawa polskiego prywatnego, karnego, procesowego i t. p. Zachodzi tylko pytanie, jak zrekonstruować te systemy, w szczególności zaś system prawa prywatnego? Zobaczmy, jaką nam da odpowiedź na to pytanie układ korektury.

Według trafnych uwag Bobrzyńskiego traktuje ona przedmiot w pięciu księgach w następującym porządku:

I. Ustrój polityczny państwa, w szczególności zaś sądownictwo i jego rodzaje;

II. Postępowanie sądowe;

III. Prawo osobowe:

a) w rodzinie;

b) w społeczeństwie i państwie;

IV. Prawo o zobowiązaniach:

a) z umów;

b) z występków;

V. Formuły czynności prawnych, osobiwie prawo rzeczowe obejmujących.

Pamiętając teraz o tem, że w dawnym prawie polkiem można równie dobrze jak dzisiaj mówić o osobnem prawie prywatnem, karnem, procesowem, że zatem w korekturze, która zawiera całe prawo sądowe, połączone być muszą systemy poszczególnych jego odgałęzień, starajmy się z układu jej wyprowadzić system dla tego działu, który nas tu szczegółowo obchodzi, a więc system prawa prywatnego. Oczywiście, będziemy musieli odrzucić wszystko to, co w zakres tego prawa nie wchodzi; po dokonanej zaś eliminacji pozostaną następujące części:

III. Prawo osobowe:

a) w rodzinie, (gdzie mowa o prawie rodzicielsko-dziecinnem, o opiekach, prawie spadkowem i małżeńskim majątkowem);

b) w społeczeństwie i państwie, (gdzie podane mamy niektóre zasady prawa rzeczowego, tudzież zasady o wpływie stanu na zdolność prawną i zdolność działania w zakresie prawa prywatnego; z przepisami tymi miesza się tu wiele norm prawa publicznego, których oczywiście w rachubę nie wciągamy).

IV. Prawo o zobowiązaniach:

a) z umów;

b) z występków (gdzie przedstawione mamy także prawo karne ówczesne);

V. Formuły czynności prawnych, zawierające w przeważnej części prawo rzeczowe.

Nie zechcemy oczywiście twierdzić, iżby do zalet tego systemu należało rozstrzelenie zasad o prawie rzeczowem, które częściowo umieszczono w dziale III b, częściowo w dziale V; rozstrzelenie to wynikło zresztą, jak łatwo zrozumieć, ze względów praktycznych, gdyż dział V poświęcony został formułkom czynności prawnych, których w poprzednich księgach umieszczać nie było można. Jeżeli jednak zgodzimy się na połączenie obu tych części ze sobą, to otrzymamy w rezultacie schemat następujący:

- 1) Prawo familijne (III a);
- 2) Prawo spadkowe (III a);
- 3) Prawo rzeczowe (III b. V);
- 4) Prawo o zobowiązaniach (IV a, b);

a w niektórych artykułach działu III b. znajdziemy nawet pewne zawiązki t. z. części ogólnej.

Aż dotąd nie ma powodu odrzucać układu korektury; ale zarazem przypominać chyba nie potrzeba, że podział prawa prywatnego na główne jego działy jest tu ten sam, jaki stawia dzisiejsza systematyka prawna; tylko porządek, w jakim działy te po sobie następują, jest cokolwiek odmienny. Ta zgodność układu korektury z systemem przyjętym dziś powszechnie dla prawa prywatnego nie jest oczywiście przypadkową; tkwi w niej głębsza, istotna przyczyna, wynikająca z celu i przeznaczenia tegoż prawa. Prawo prywatne zmierza do tego, ażeby unormować stosunki prawne osób, ze względu na ich cele osobiste, prywatne. Te cele są, w ogóle rzecz biorąc, zawsze i wszędzie jednakowe, bo człowiek, gdziekolwiek i kiedykolwiek żyje, pozostaje zawsze człowiekiem; zawsze tedy cele te będą dotyczyły bądź to stosunków rodzinnych, bądź też majątkowych, a w sferze tych ostatnich znajdują wyraz bądź to w stosunku osoby do rzeczy, bądź osoby do osoby, bądź spadkobrania. Podział prawa prywatnego na części o prawie rzeczowem, obowiązkowem, rodzinnem i spadkowem, wynika tedy z samej jego natury, nie jest zaś tylko systemem prawa rzymskiego lub jakiegokolwiek innego szczególnego; usprawiedliwiony on jest zasadniczem pojęciem prawa prywatnego w ogóle, jego istotą i treścią, która więcej ma w sobie pierwiastku powszechnoludzkiego, kosmopolitycznego, niż jakakolwiek inna gałąź prawa. Potrafimy, dajmy na to, stworzyć osoby system dla prawa karnego w każdym niemal narodzie, dlatego, że

pogląd na istotę winy i kary, na stosunek przestępstwa do idei porządku publicznego, może być rozmaity w miarę różnic czasu i miejsca; pogląd ten bowiem nie tyle już zawisł od człowieka jako człowieka, ale od jego pojęć religijnych i obyczajowych, stopnia oświaty i cywilizacji, wyobrażenia o istocie i zadaniu państwa i tym podobnych okoliczności, które są wcale zmienne; w prawie prywatnem — o ile chodzi o zasadniczy jego podział — wszystkie te czynniki, więcej rozmaite w przestrzeni czasu i miejsca, głębiej wstecz się cofają, z mniejszą działającą siłą na jego treść i ukształtowanie. Porównując n. p. średniowieczne prawa prywatne z rzymskiem, widzimy, że wytworzyły one wiele instytucyj, których to ostatnie nie znało, jak lenności, ciężary rzeczowe, prawo bliższości i t. p., a jednak mimo to potrafimy wszystkie te instytucje rozmieścić wygodnie w ogólnych ramach systemu, o którym co dopiero wspomnieliśmy, i tak lenności w dziale o prawie rzeczowem, ciężary rzeczowe i retrakt w dziale o zobowiązaniach. Nie ma tedy powodu obawiać się, iżbyśmy przyjmując ten podział ogólny także i dla polskiego prawa prywatnego, zamącili w czemkolwiek czystość jego systemu.

Atoli na tem nie kończy się jeszcze cała kwestya. Ponieważ system jest zewnętrznym wyrazem organizmu danego prawa, przeto rozebrać się musi nie tylko o to, ażeby odtworzyć ów podział zasadniczy, o którym poprzednio mówiliśmy, ale zarazem o to, ażeby wszystkie, chociażby najdrobniejsze części tegoż organizmu rozmieścić w systemie na miejscu właściwem, czyli innemi słowy, ażeby instytucje danego prawa tak obok siebie ugrupować, jak się istotnie łączyły ze sobą w temże prawie, w czasie jego rozwoju i żywotności. Tutaj wzgląd na powszechno-ludzki charakter stosunków prawa prywatnego, który poprzednio rozstrzygał, wystarczyć już nie może. Bo prawo prywatne, choć w pierwszej linii uwzględnia człowieka jako człowieka, musi przecież liczyć się z nim także jako jednostką przynależącą do pewnego narodu, do pewnego państwa, rozwijającą się wśród pewnych konkretnych, nie zawsze i nie wszędzie jednakowych warunków. Czynniki te powodują pewne różnice w konstrukcyi poszczególnych urządzeń prywatno-prawnych, to znowu tworzą instytucje, za którymi gdzieindziej szukalibyśmy na próżno, słowem nadają poszczególnym prawom prywatnym pewne, im tylko właściwe zabarwienie, wyciskają na nich pewne piętno indywidualizmu. Stąd też i ugrupowanie instytucyj prawnych nie może być w każdym prawie jednakowem; musi ono być mniej lub więcej odmiennem. Z tego

punktu widzenia trudno oczywiście o jakiś wspólny, na wskroś jednolity system dla wszystkich praw prywatnych w ogóle; owszem nauka każdego z tych praw musi się postarać o system właściwy tylko dla niego, wyprowadzony z jego istoty i ducha. Jest to wzgląd, na który w dotychczasowych opracowaniach prywatnego prawa polskiego aż nadto mało zwracano uwagi; włączano je w ramy systematów nowszych, nie zważając bynajmniej na to, że w ramach tych gubi się jego charakter, zacierają do niepoznania właściwości. Nie potrzeba być głębokim znawcą prawa polskiego, ażeby przeczytawszy pierwszy lepszy podręcznik, nie dostrzec, co większa, nie odczuć, jak obcą dłoń jest szata, w którą je przyobleczone. I w tem spoczywa głęboka wartość spostrzeżenia Bobrzyńskiego, a zarazem prawdziwa wobec nauki zasługa, że pierwszy zwrócił uwagę na błędność przyjmowanych dotąd układów, a zarazem wskazał na konieczność wyprowadzenia systemu prywatnego prawa polskiego z niego samego, a nie z jakiegokolwiek innego prawa.

Nie zdaje nam się jednak, iżby wzoru do tego systemu — o ile chodzi o ugrupowanie poszczególnych instytucyj — dostarczyć nam miała korektura Taszyckiego, bo układ jej jest częścią bałamutny, częścią niezupełny. Zaprowadziłoby nas to za daleko, gdybyśmy rzecz tę rozebrać chcieli w szczegółach; tyle jednak pewna, że nie zechcemy przecież za jej przewodem wyłączyć nauki o dawności z wykładu prawa prywatnego i omawiać ją w prawie procesowem; nie zechcemy hipoteki lub antichrezy polskiej przedstawić w jednym dziale z zasadami o kontrakcie kupna, zamiany, dzierżawy i t. p. bo cokolwiekbyś sądzić będziemy o właściwościach prawa polskiego, tego zaprzeczyć nie możemy, że hipoteka i antichreza, to prawa rzeczowe, których nie wolno włączać w dział o zobowiązaniach; nie zechcemy prawa rzeczowego bez żadnych powodów dzielić na dwie części, omawiając pierwszą przed nauką o zobowiązaniach, drugą zaś po niej i t. d. i t. d. Przypuśćmy zresztą, że układ korektury jest najlepszym, na jaki systematyka prawa polskiego z wieku XVI zdobyć się mogła, to zawsze jeszcze pozostanie otwartem pytanie, czy układ ten, z tego jedynie powodu, przyjąć mamy bez zastrzeżeń do dzisiejszej nauki. Wiadomo, że prawo rzymskie w czasie swojej żywotności stworzyło sobie samoistny system, przeprowadzony w dziele Gaiusa i Instytucjach Justyniana, rozdzielający cały wykład prawa prywatnego na trzy działy o osobach, rzeczach i skargach; wiadomo, że prawo kanoniczne miało

także swój system osobny, który powstał w czasie jego najświetniejszego rozwoju, rozdzielający przedmiot na pięć części o władzach duchownych, sądownictwie, duchowieństwie, małżeństwie i zbrodniach. Pytamy jednak, czy dzisiaj rzymskie prawo prywatne lub prawo kanoniczne przedstawiamy w ramach takich systemów? Owszem, nauka poczytuje to sobie za prawdziwą zasługę i rzeczywisty postęp, że porzuciła systemy dawniejsze i postawiła inne, które więcej odpowiadają jej istocie i treści, a już nie ma podobno nikogo, kto by z tego biadał powodu, że prawo rzymskie lub kanoniczne, wtłoczone w inne formy, wygląda w nich niewłaściwie lub błędnie się przedstawia, choć zmiana nastąpiła tutaj nie tylko w ugrupowaniu pomniejszych szczegółów, ale dotknęła nawet głównych działów systemu. System prawa nie jest wyłącznie kwestyą doktryny, ramką stworzoną dla ujęcia i przedstawienia umiejętności w pewnym zaokrągleniu; system płynie z samej istoty i treści prawa, jest zewnętrznym wyrazem, kształtem, w którym się to prawo przejawia. Ażeby jednak system ten w nauce w właściwy sformułować sposób, trzeba prawo to we wzajemnym związku poszczególnych jego instytucyj dokładnie zbadać i zrozumieć, a czyż wyłączny do tego przywilej służyć ma tylko tym, którzy patrzą na jego żywotność lub w czasie tej żywotności układają zbiory i kodyfikacje prawne? Czy raczej nauka, postępując z biegiem czasu, badając instytucje prawne coraz ściślej, coraz wszechstronniej, wyświecając ich wzajemne między sobą relacje, nie ma prawa pokusić się o stworzenie, a raczej odtworzenie systemu lepszego, choćby jej przyszło działać w czasach, kiedy żywotność badanego prawa ustała? Stawiając system nowy, nie stwarza ona nic takiego, co by się nie dało zastosować do epoki, którą bada; owszem, daje nam taki właśnie system, jaki w rzeczywistości istniał podówczas, tylko że go wtedy jeszcze nie umiano ująć w należyte formy i granice. Czyż tedy, przyznając choćby największe zalety układowi korektury, mielibyśmy prawo uważać go za ostatni wyraz systematyki prawa polskiego, nad którym wszelka dyskusja jest wykluczoną? Zdaje nam się, że znaczyłoby to przeceniać znaczenie korektury, która mogła być wcale dobrym, jak na wiek XVI, projektem kodyfikacyjnym, ale nie zawarła jeszcze wszystkiego, co nauka wypowiedzieć może o systemie prawa polskiego. Do nauki tej należy też ostateczne sformułowanie systemu w jego najdrobniejszych szczegółach i najdelikatniejszych odcieniach. Dzisiaj zadania tego nie podobna jej może spełnić z całą precyzją, dlatego

że się jeszcze nie wzniosła do pożądanego stopnia doskonałości; ale zdanie to rozwiąże ona z czasem niewątpliwie, a drogą, która ją do tego celu poprowadzi, jest ściśle zbadanie istoty prawnej każdej instytucji z osobna i wyjaśnienie wzajemnego związku, jaki pomiędzy nimi zachodzi.

Biblioteka Śląska w Katowicach

Id: 0030000747232



II 63811