

III. ARTYKUŁY RECENZYJNE

JAN ADAMUS (Łódź)

O prawie dziedziczenia nieruchomości przez kobiety w najdawniejszym prawie polskim

Uwagi niniejsze nasunęły się przy lekturze książki B. Lesińskiego o stanowisku prawnym kobiety w dawnym prawie polskim średniowiecznym¹, co rozumiem jako pochwałę tej pracy. Przed laty około trzydziestu miałem już pewne wątpliwości co do panującej dotychczas teorii A. Winiarza w tej sprawie, a uczącej, że początkowo kobiety w Polsce nie posiadały prawa dziedziczenia nieruchomości. Włożyłem wówczas pewien wysiłek w to, aby poddać tę teorię rewizji, lecz trud ten wtedy jeszcze się nie opłacił żadnym rezultatem. Zachowałem nadal swoje wątpliwości niezdecydowane w żadnym kierunku. Wówczas brakowało mi jeszcze wiedzy i sił do rewizji dobrze uzasadnionej teorii. W ciągu następującego trzydziestolecia przybyło mi jednego i drugiego, ale ponad to książka Lesińskiego, który wprawdzie popiera teorię Winiarza, ale także próbuje sumiennie poddać ją rewizji, przynosi pewne zestawienia ułatwiające dzisiaj to zadanie. Dlatego też właśnie związanie mojej próby rewizji z pracą Lesińskiego uważam za jej pochwałę, mimo że także i jemu nie udało się próba rewizji teorii Winiarza, a ja wychodzę poza jego pracę i właściwie też przeciwko jednej z tez tej pracy, a nie tylko przeciwko Winiarzowi.

Rewizja teorii Winiarza nie należy jeszcze w tej chwili do łatwych i zahacza o najtrudniejsze zagadnienia metodyczne. Wedle nas podstawowym błędem konstrukcji Winiarza jest zastosowanie przez niego niewłaściwej „metody prawniczej”, polegającej na przeostrzaniu myśli prawniczej — właściwej naszym czasom, a obcej podejściu do prawa ze strony ludzi dawnych wieków. Metoda ta jest zatem grzechem modernizacji i, jak daleko sięga ów grzech, odrzucamy ją, a natomiast chcielibyśmy

¹ B. Lesiński, *Stanowisko kobiety w polskim prawie ziemskim do połowy XV wieku*, Studia nad historią państwa i prawa, II, t. IV, Wrocław 1956, s. 210 oraz autoreferat tegoż, *Le statut de la femme en Pologne Âge d'après le ius terrestre*, *Revue historique de droit français et étranger*, 1958.

ujmować nadal ostro to wszystko, co w umysłach współczesnych było ujmowane ostro. Takie modernizacyjne przeostrzenie myśli prawniczej sięga R. Sohma a u nas O. Balzera². U tego ostatniego godziło się to z jego skłonnością do logizowania, które czasami sięgało już granic rabulistyki. Np. gdy w zastanawianiu się nad problemem „dziedziczności czy elekcyjności“ tronu Piastów wyklucza a priori i bezzasadnie środek czyli „albo też obie naraz“, dodaje niesłusznie „tertium non datur“ (w logice błąd ten zwiemy tak: robi z dysjunkcji inkluzywnej dysjunkcję ekskluzywną). Albo gdy na II Zjeździe Historyków Polskich w 1890 r. bronił szkołę krakowską przed atakiem ze strony T. Korzona w ten sposób, że negował istnienie takiej szkoły, pomimo że nazwa „szkoła krakowska“ była jedynie przeróbką użytej przez samego Bobrzyńskiego nazwy „szkoła dzisiejsza“, a także pomimo, że obecny na sali Bobrzyński nie próbował bronić tej swojej szkoły przed zarzutami. Z punktu widzenia obu walczących „szkół“, krakowskiej i warszawskiej, opartego o scientyzm pozytywistyczny, zarzuty te nie ulegały wątpieniu. Sądzę dlatego, że Balzer w tym logizowaniu dawnego prawa szedł dalej nawet niż Sohm.

Pojawiające się od czasów Balzera wypadki stosowania takiej przeostrzonej „metody prawniczej“ możemy najczęściej wiązać też z wpływami tego wielkiego uczonego. Tak w szczególności możemy przyjąć ten wpływ co do osoby Winiarza, który był uczniem Balzera. Tak samo możemy odnieść do tego wpływu pewne przejawiające się w „szkole poznańskiej“ skłonności do stosowania owej metody. Pod „szkołą poznańską“ w historii polskiego prawa prywatnego rozumiemy grupę paru uczonych zamieszkających w Poznaniu, a związanych z osobą Balzera pośrednio, przez rozwijającego do niedawna ożywioną i owocną działalność w tym ośrodku naukowym Zygmunta Wojciechowskiego. Do tej „szkoły“ należy też B. Lesiński. Silnym wpływom ze strony Balzera ulegałem w młodości także i ja, ale wspomniane już moje próby sprzed lat 30, zrewidowania teorii Winiarza należy rozumieć jako istniejące w mym umyśle jakieś indywidualne opory przeciw niektórym przejawom owej metody. W ciągu następnych dziesiątków lat owe opory wzmacniały się w związku z rozwijającą się w przodu ciągle na terenie historii prawa nauce niemieckiej i z jeszcze nieukończoną reakcją przeciw zwyczajowi modernizowania dawnego państwa i prawa przez wielkich „klasyków“ niemieckiej historii prawa w XIX w. Natomiast w nauce niemieckiej znaczenie „metody prawniczej“ było mniejsze niż u nas, co tłumaczy się tym, że znaczenie w niej i autorytet Sohma nie da się nawet porównać z autorytetem,

² Por. J. Adamus, *Metoda prawnicza w historii*, Zeszyty Naukowe UŁ, s. I, z. 2, 1955.

jakim się cieszył w naszej nauce Balzer. W ogóle nasza siostrzyca niemiecka jest bardziej wytrawna od naszej nauki i nie bywa skłonna popadać tak łatwo w jakieś przejawskawienia, jak nasza. Mimo to i w najnowszej nauce niemieckiej spotykamy wystąpienia przeciw ostrym sformułowaniom modernizacyjnym. W ten sposób mój sprzeciw wobec „metody prawniczej“ Balzera i Winiarza wzmocnił się w ciągu lat i należy w nim odróżnić dwa czynniki: najpierw naturalny i zdrowy wedle nas odruch na przesadę i oczywisty brak racji tej „metody“, a następnie dopiero wpływ procesów nader ciekawych dokonywających się w nauce niemieckiej od 1914 r. Gdyby pierwszego czynnika brakowało, można by podejrzewać, że ulegamy modzie ciągnącej z Niemiec. Tymczasem jest to widocznie zdrowy i naturalny proces własnej myśli, wzmocniony jedynie przez wpływy ze strony obcej nauki. Sprzeciwu wobec „metody prawniczej“ nie należało u nas oczekiwać ze strony historyków, nie posiadających pewnego zbliżenia do prawniczego świata myśli, zatem obowiązek tego sprzeciwu ciąży z natury rzeczy na historykach prawa w pełnym słowa znaczeniu.

Z głównym naszym tutaj tematem, to jest kwestią „metody prawniczej“ i kwestią dziedziczenia przez kobiety nieruchomości, łączymy też niektóre inne kwestie wyłaniające się przy lekturze pracy Lesińskiego. Uzupełniamy przez to sumienną recenzję pióra S. R o m a n a z tej pracy³. W szczególności przyłączamy się bez zastrzeżeń do zasłużonych pochwał, jakimi Roman ją obsypuje.

Praca rozpoczyna się rozdziałem zatytułowanym „Zagadnienia wstępne“, w którym najważniejszą częścią jest przegląd literatury. Jest to również pewien punkt sporny pomiędzy „starym a nowym“. Dawnego typu przegląd literatury, to niewiele więcej ponad jakąś rozumowaną bibliografię. Nawet z takiego punktu widzenia musimy odczuć względny brak takiego autora, jak A. B r ü c k n e r⁴, który tak wiele zajmował się stanowiskiem kobiety wśród Słowian⁵. Dodać należy, że Brückner

³ Czasopismo Prawno-Historyczne, t. IX, z. 1, 1957, s. 350—353. Ta recenzja jako napisana przez fachowca dla fachowców jest przeze mnie uważana za główną.

⁴ Lesiński cytuje tylko recenzję Brücknera, ogłoszoną w „Kwartalniku Historycznym“, t. XL, 1926, oraz *Encyklopedię staropolską*.

⁵ Autor odniósł się z nastawieniem pozytywnym do mej młodzieńczej pracy pt. *Uwagi o pierwotnym małżeństwie polskim i słowiańskim*, Pamiętnik Historyczno-Prawny, t. 4, z. 1, Lwów 1929. Sądzę, że wybrał miejsca zdadne do użytku nie tylko starannie, ale i szczęśliwie. Sam natomiast odnoszę się od dawna do tej swej pracy krytycznie, w szczególności zarzucam jej niewłaściwe, przestarzałe stosowanie metody przeżytków, o której to metodzie piszę obecnie obszerniej w mej pracy pt. *Polska teoria rodowa*, Łódź 1958, rozdz. II. S. E s t r e i c h e r, *Problem dziejów kultury polskiej*, „Przegląd Współczesny“, nr 105, styczeń 1931, cyt. wedle odbitki, s. 11, uznaje, że w sprawie snochactwa i porywania kobiet Brückner posunął się do

należy do autorów szczególnie trudnych, gdyż nie jest łatwo o orientację wśród jego licznych prac, często niedostępnych. Lubił on wtrącać nader ciekawe spostrzeżenia jako dygresje w tok wywodów na inny temat. Wyczerpanie zatem wszystkich jego oświadczeń na te tematy nie należy do zadań łatwych, ale bywa ono niejednokrotnie owocne.

Lesiński stwierdza w literaturze przedmiotu istnienie dwóch kierunków, z których jeden stawia sytuację kobiety w Polsce średniowiecznej bardzo wysoko, a drugi nader nisko. Należy od razu powiedzieć, że te dwa skrajne zapatrywania właściwie utrzymują się nadal i poniekąd mają prawo się utrzymywać. To nie jest jakiś kaprys czy w ogóle subiektywizm jakiegoś autorytetu, lecz istotnie problem nastrocza niesłychane trudności rzeczowe. Temat, który Lesiński podjął, jest nadzwyczajnie trudny. Lesiński wkłada główny swój wysiłek w wyczerpujące zestawienie i opracowanie źródeł. Nikt nie może negować wielkiego znaczenia takiej pracy, ale dzisiaj więcej rozumiemy z przeszkód, na jakie proces badawczy natrafia w samej psychce badacza. Dlatego też zamiast dawnego przeglądu literatury radzilibyśmy dzisiaj ewentualnie nawet osobne studium nad historią literatury przedmiotu. Przy takim studium musimy czasami szukać wyjaśnienia zagadek, podobnych do naszej gdzieś może daleko od właściwej literatury przedmiotu. Ten lub ów badacz powziął swoje idee pod wpływem jakichś czysto może indywidualnych czynników, może jakichś idiosynkrazji lub też odwrotnie ulubionych myśli. Natomiast jeśli coś stale powraca u wielu autorów, i to zwłaszcza nie przysięgających *in verba magistri*, to działać w tym muszą jakieś czynniki o charakterze nie indywidualnym, lecz powszechnym, które będzie nam łatwiej zbadać niż jakieś czynniki indywidualne. Jako jedna z możliwości nasuwa się nam — i to jako coś więcej niż zwykły pomysł, który przeleci przez głowę, aby potem do niej więcej już nie powrócić — podejrzenie, że w życiu całego społeczeństwa istniały dwa nastawienia do kwestii kobiecej, a wyrazem ich były w rozmaitych okresach czasu poniekąd odmienne nastawienia literatury historycznej. Przy dawniejszym nastawieniu do literatury, wolano o takich subiektywnych źródłach błędu nie wspominać nawet a podejrzenie kogoś o mimowolną nawet tendencję polityczną uznawano łatwo za obrazę popełnioną na jakimś zasłużonym badaczu. W rezultacie dzięki temu, polityczne uprzedzenia, a nawet tendencje, harcowały sobie dość swobodnie po nauce historycznej, natomiast usunięcie obaw związa-

hiperkrytycyzmu. Idzie o nader ostrą krytykę mego wystąpienia przez Brücknera, *Dzieje kultury polskiej*, t. 1, cyt. wedle wyd. III, Warszawa 1957, s. 135, 137, 139, przy czym, cytując widocznie z pamięci, nawet przeinaczył moją wypowiedź. Mimo to od dawna jestem skłonny patrzeć na te rzeczy w sposób bliższy stanowisku Brücknera niż S. Estreichera. Oba zresztą tych autorów uważam za doskonale zorientowanych w zagadnieniach etnologicznych.

nych z tego typu badaniami napawa nas uzasadnioną nadzieją, że przez tego rodzaju badania właśnie opanujemy ten przesilny czynnik naszego subiektywizmu. Zalecić by zatem można opracowanie czegoś podobnego. Wszak badanie naukowe polega na zetknięciu czegoś poza nami z naszym umysłem. W naukach historycznych to, co leży poza nami, stanowi pozostałości dawnych czasów czyli źródła. To jest ten składnik obiektywny, ale obok niego posiada równie wielkie znaczenie to, jak nasz umysł reaguje na źródła, czyli składnik subiektywny. Gdy źródła nie dają nam jasno wyraźnego rozwiązania i nie ma wielkiej nadziei, że zdołamy uzyskać jakieś więcej mówiące źródła, to należy spróbować większego wysiłku w zakresie tego czynnika subiektywnego. Jest dość prawdopodobne, że tą drogą może zagadnienie nareszcie rozwiążemy.

Przesunął też Lesiński do „Zagadnień wstępnych” wszystkie kwestie związane z najstarszymi czasami, słowiańskimi jeszcze i już z Polski wczesnodziejowej. Autor nasz referuje starannie i sumiennie odnośną literaturę, ale widać u niego pewną rezerwę wobec naszej najstarszej historii prawa. Odpowiada to dość nastawieniu wobec tych czasów, dla których należy myśleć o nawiązaniu właściwej współpracy historii z socjologią czy też etnografią, nastawieniu tak Balzera, jak i S. Zakrzewskiego, a następnie Z. Wojciechowskiego. Pewne nastawienia się dziedziczy i dobrze jest zawarte w tym jakieś samoograniczenie przełamać. Na terenie Poznania właśnie K. Tymieniecki reprezentuje kierunek historii współpracującej z socjologią, jak dawniej reprezentował go K. Potkański, po części Brückner, który — jak wiemy — wypadł u Lesińskiego zbyt szczerupło, a również i W. Abraham.

Nie znaczy to, aby w tych ustępach nie znalazły się u Lesińskiego godne szczególnej uwagi myśli. Np. przypuszczenie, że stosunki rodzinne na Pomorzu z początku wieku XII odpowiadały stosunkom w reszcie Polski wieku X (s. 25), co jest równoznaczne z przyznaniem wielkiego wpływu chrześcijaństwa w tym zakresie.

Nie jestem natomiast skłonny zgodzić się z autorem co do tego, by wzmianki Galla o równouprawnieniu towarzyskim kobiet na dworze Chrobrego można było przyjmować za dobrą monetę (s. 23, 26)⁶. Jest to wszystko robota natury literackiej; Gall niewiele wiedział o czasach Chrobrego, a rozdymał to w sposób literacki, aby uświetnić postać Chrobrego przez poświęcenie jej tym większej ilości miejsca, im bardziej ją zamie-

⁶ Por. literaturę u Adamusa, *O monarchii Gallowej*, Warszawa 1952, s. 64 przyp. 44. Lesiński na s. 180 ociera się blisko o kwestię sposobu tworzenia przez Galla pochwał postaci Chrobrego; „zgodnie z obowiązującym wówczas ideałem monarchy” przedstawia Chrobrego jako obrońcę biednych i kobiet. Jest to przejaw zdrowego krytycyzmu, podczas gdy w miejscu cytowanym w tekście raczej tego u autora brak.

rzał uczyć⁷. Co najwyżej może nam to coś dać dla czasów Krzywoustego, ale cofać tego wstecz nie da się tak łatwo. Czasy Krzywoustego to były już czasy trubadurów i rozwoju swoistego życia towarzyskiego na dworach władców i możnych, życie zaś dworskie kształtowało się też i wówczas wedle wzorów zagranicznych, a mody w tym zakresie przenosiły się stosunkowo nader szybko. Z okazji zjazdów politycznych i w ogóle wszelkiego rodzaju zetknięć dyplomatycznych wzory francuskie przenosiły się szybko na wszystkie strony i to aż do Polski. Nie przywiązywałbym zatem większego znaczenia do tej wzmianki Galla, a tym bardziej do Żywotu Mojżesza Węgrzyna (s. 25 n.), który jest i późniejszy i jeszcze wyraźniej robotą literacką.

Myślę zatem, że tak opracowanie rozwoju literatury, jak i nawiązujące do socjologii badanie początków można jeszcze pogłębić i rozszerzyć. Natomiast nie sądzę, by coś podobnego było możliwe w czasach późniejszych, gdzie operuje się większą już stosunkowo ilością źródeł, gdzie zatem idzie najpierw o wyczerpujące zestawienie tych źródeł, a następnie o umiejętną ich interpretację. Pod tym względem Lesiński zasługuje na jak największe zaufanie. Wystarczy powiedzieć, że uzupełnia on po części nawet Winiarza, który był nadzwyczajnie staranny w zakresie heurezy. Inni przedstawiciele „szkoły poznańskiej“ w zasadzie ograniczali swoje cenne studia do czasów średniego niejako średniowiecza, to jest czasów, dla których główną masę źródeł stanowią dyplomy, a dla których zapiski sądowe się nie dochowały lub nawet nie istniały. Tymczasem Lesiński idzie poza studia swych starszych kolegów i nauczycieli z tej „szkoły“ i opracowuje też zapiski sądowe aż do połowy wieku XV. Wątpliwość, jaka się tutaj nasuwa, jest natury formalnej i drugorzędnej. Idzie o to, że Lesiński niesłusznie wiązał się przyjmowanym ostatnio u nas podziałem na okresy historii państwa i prawa polskiego, gdyż po pierwsze periodyzacja w obu nie musi się pokrywać, a zwłaszcza monografie muszą w większym stopniu zależeć od rodzaju i charakteru źródeł niż syntezy-podręczniki.

Należy do tej części szczególnie cennej najpierw rozdział I, zatytułowany „Zdolność kobiet do majątkowych działań prawnych“, który jed-

⁷ T. Grudziński, *Ze studiów nad Kroniką Galla, Rozbiór krytyczny pierwszej księgi*, Cz. I, Zapiski Towarzystwa Naukowego w Toruniu, t. 17, z. 3—4, cyt. wedle odbitki, s. 8 i n. i passim, przyjmuje a priori, że Gall tym więcej miejsca poświęcał władcy, im więcej o nim wiedział. Sam już przykład Chrobrego dowodzi czegoś wręcz odmiennego, a mianowicie że, chociaż wiedział o Chrobrym mniej niż o Szczodrym, to jednak poświęcił pierwszemu o wiele więcej miejsca niż drugiemu. Jest oczywiste, że Gall (tak samo jak kronikarze niemieccy) wyznacza danej postaci tym więcej miejsca, im bardziej chce ją uczyć, a właściwie zalecić czytelnikowi. Zresztą do tych zagadnień wypadnie nam jeszcze powrócić w innej pracy.

nakże zajmuje się też i zdolnością prawną kobiet⁸. W rzeczywistości rozdział ten analizuje dokumenty dowodzące, że od samego początku kobiety posiadały na własność i dysponowały nieruchomościami. Jest to stwierdzenie szczególnie cenne, ale wyzyskanie jego należy do rozdziału II, zajmującego się sprawą dziedziczenia ziemi przez kobiety. Natomiast stwierdzenie nieograniczonej prawie zdolności do działań prawnych kobiety winno być wyzyskane w rozdziale III, który zajmuje się stanowiskiem kobiety w rodzinie, a zwłaszcza kwestią opieki nad kobietami⁹. W każdym razie do obu tych rozdziałów ustalenia co do tych dwu problemów stwarzają solidne podstawy. Dlatego też rozdział I stanowi jakby fundament do wszelkich dalszych rozważań nad stanowiskiem prawnym kobiety.

Rozdział II przechodzi wreszcie do naszego głównego tutaj tematu, a mianowicie do zagadnienia prawa dziedziczenia kobiet co do nieruchomości. W ciągu lat 60 praca Winiarza cieszyła się u nas powszechnym i chyba trochę niekrytycznym uznaniem. Niewątpliwie poważne walory tej pracy uzasadniały to uznanie i po prostu autorytet. Zauważyć należy, że jesteśmy już widocznie poza okresem czasu, gdy autorytety uznawano nawet w nauce i gdy zastępowały one czasami dobry argument. Świadczy o tej gruntownej przemianie fakt, że również i Lesiński miał widocznie jakieś wątpliwości co do teorii Winiarza, poddał ją starannej rewizji, lecz ostatecznie i on popada pod sugestię tej, tak bardzo sugestywnej pracy. Kończy się też ta rewizja Lesińskiego jeszcze wzmocnionym uznaniem też Winiarza: „przedstawiona przez A. Winiarza ewolucja praw dziedzicznych kobiet nie budzi więc w swych głównych punktach żadnych wątpliwości. Zasadnicza teza autora o niedopuszczeniu córek do dziedziczenia dóbr nieruchomych w okresie wcześniejszym jest nie do podważenia“ (s. 44 n.).

Widzimy siedem argumentów przemawiających za teorią Winiarza, a najpierw jeden, i to nie decydujący, przeciw niej. Tym ostatnim argumentem są właśnie wyniki rozdziału I pracy Lesińskiego. Jeżeli od czasu, od kiedy poczynają biec źródła, widzimy kobiety dzierżące dobra nieruchomości, to pewne prawdopodobieństwo przemawiać się wydaje za tym, że też one i dziedziczyły je od samego początku. Drugi silniejszy, ale też

⁸ Roman w recenzji wspomnianej w przyp. 3, s. 351 wydaje się uważać za „logiczny porządek rzeczy“, „zwyczajnie spotykamy układ działów prawa prywatnego“. Sądzę, że może to znaleźć pewne zastosowanie w podręczniku, nie zaś w monografii, gdzie naturalniejsze będzie wyjście od rzeczy znanych lub też lepiej znanych do mniej znanych lub też zgoła nieznanymi, o których wypada snuć hipotezy.

⁹ Co do zaliczenia zastawu nieruchomości do zobowiązań (s. 40 i n.) należałoby zwrócić uwagę na wywody Adamausa, *Zastaw w prawie litewskim wieku XV i XVI*, s. 9 i n., wedle których charakter akcesoryjny zastawu litewskiego (a możemy też dodać: i polskiego) jest wątpliwy. Była to alienacja, dająca wszakże słabsze prawa od wzdania, czyli przeniesienia własności.

nie całkiem decydujący, argument przeciw teorii Winiarza zobaczymy niżej.

Argumenty przytaczane na korzyść teorii Winiarza omówię w innym trochę porządku niż sam Winiarz. Zacznę od zastosowanej przezeń analogii prywatnego prawa książęcego¹⁰. Jest to oczywiście oparte na wzorze Balzera, który pod koniec wieku XIX aż z nadmierną ostrością i stanowczością oparł na niej teorię zadružną władzy książęcej i zasad jej dziedziczenia¹¹. Analogia podobna byłaby dopuszczalna, gdyby wyjaśniała jedynie analogiczne fakty, podczas gdy tutaj mamy ustalić jakiś fakt na podstawie analogii. Rzecz jest oczywista, że coś podobnego nie jest słuszne.

Jeżeli wiemy, jaki był stosunek ziemskiego prawa prywatnego do prywatnego prawa książęcego na Zachodzie, to w Polsce o tym wiemy niewiele. Klasyczny przykład tego mamy w kronice Janka z Czarnkowa, gdzie jest mowa o tym, że sędziowie ziemscy mają zadecydować o prawności testamentu Kazimierza W. dla Kaźka szczecińskiego. Fakt oddania takiej sprawy pod opinię sędziów ziemskich zdawałby się świadczyć o identyczności prawa ziemskiego z prawem książęcym, ale sami sędziowie co do tej kwestii zajęli dwa sprzeczne stanowiska. Nie widzimy podstaw, dla których moglibyśmy odrzucić jedną z tych opinii, a mianowicie gdy to *dixeruntque pronunciationem quoad terrigenas fecisse, non autem quoad duces, cum jura ducalia quoad hoc essent eis penitus ignota*¹².

Jeśli w średniowieczu prawo publiczne wkraczało w ogóle na teren prawa prywatnego, to następowało to tym bardziej na terenie prywatnego prawa książęcego, skoro w ogóle stanowisko władcy i jego rodu powinno więcej być poddane prawu publicznemu. W prawie lennym niemieckim były zrazu kobiety wykluczone od dziedziczenia, lecz już od XII w. powstają *Weiberlehen*¹³. W szczególności spotykamy tam zasadę *filiae non soleant in imperio hereditare*¹⁴. Natomiast w innych, alodialnych posiadłościach stanu panów, początkowo brakowało ścisłej agnатыczności i jeszcze w XIII w. był ów stan daleki od zasad, którymi się później rządził¹⁵. Polskie prawo książęce mogło przejąć zasady niemieckiego prawa książęcego, chociażby z powodu częstych małżeństw międzydynastycznych. Ale to są wszystko jedynie luźne domysły, które mogłaby roz-

¹⁰ O prywatnym prawie książęcym por. A d a m u s, *Polska teoria rodowa*, s. 216 i n., 274 i n., 289 przyp. 106, a o niebezpieczeństwach stosowania analogii ibidem s. 215, 191.

¹¹ O tym zob. A d a m u s, *Polska teoria rodowa*, rozdz. XII

¹² MPH II, 640—642.

¹³ Por. podstawową do dnia dzisiejszego monografię H. S c h u l z e, *Das Erb- und Familienrecht der deutschen Dynastien des Mittelalters*, Halle 1871, s. 35 i n., 38 i n.

¹⁴ Ibidem, s. 41.

¹⁵ Ibidem, s. 45 i n., 50.

strzygnąć dopiero monografia podobnego typu, jak monografia Sobocińskiego o rządach opiekuńczych kobiet.

Dlatego stanowczo odrzucamy ów argument z prawa książęcego. Nie jest on w stanie dowieść faktu istnienia w prawie ziemskim jakiejś zasady prawnej, o ile nie mamy poza tym dostatecznych podstaw do jej przyjęcia. Wreszcie i sam Winiarz powołuje wypadki, gdy książę-ojciec, nie mogąc wypłacić posagu w gotówce, dawał w zastaw jakąś ziemię zięciowi. Zatem i w prawie książęcym zachodziły wypadki, gdy sytuacja faktycznie się zbliżała do dania posagu w terytorium państwowym. Różni się ta sytuacja znacznie od istnienia takiej zasady prawnej, ale już zachodzi możliwość błędu w obserwacji i stwierdzeniu faktu takiej zasady.

Przejdźmy do drugiego argumentu. Tak samo nie zachodzi konieczność interpretowania jako przeżytku występującej późno zasady braku praw dziedzicznych kobiet do nieruchomości. Winiarz znajduje ją w szczególności najpierw w zaczątkowym „prawie rodzinnym“ niektórych rodów magnackich Małopolski¹⁶. Otóż prawo rodowe (*Hausrecht*) jest na terenie Niemiec późnym zjawiskiem i na pewno też tak samo i u nas. Pod wpływem Niemiec chciano przez tworzenie ordynacji czy też w drodze wykluczenia kobiet od dziedziczenia nieruchomości zapewnić męskim przedstawicielom rodu majątek i przez to większe znaczenie, gdyż przez kobiety majątki przechodziły do innych rodów. Dopóki całe „prawo rodowe“ traktowano u nas jako przeżytek „prawieku“, można było też i takie zaczątkowe *Hausrecht* rodów magnackich uznać za przeżytek. Skoro wszakże dzisiaj jesteśmy raczej skłonni w ogóle w owym „prawie rodowym“ widzieć zjawisko wtórne „feudalnego renesansu rodowości“¹⁷, to i owe *Hausrechte* magnackie wydadzą się nam chyba tym bardziej zjawiskami wtórnymi niż przeżytkami jakichś zasad prawnych pierwotnych.

Dalej argument trzeci. Inna rzecz z niewątpliwie panującą jeszcze w wieku XIV względnie XV w ziemi dobrzyńskiej, zawkrzańskiej i gostyńskiej na Mazowszu zasada, że córki są wykluczone od dziedziczenia dóbr nieruchomości na korzyść dalszych agnatów¹⁸. Tutaj zachodzi jedynie wątpliwość czy słusznie Winiarz uważa taką zasadę za „najdawniejszą“, a mianowicie najdawniejszą obowiązującą niegdyś w całej Polsce.

A zatem mogło też być tak samo w Polsce, jak było wśród szczepów germańskich, gdzie zachodziły wielkie różnice pomiędzy poszczególnymi

¹⁶ A. Winiarz, *Polskie prawo dziedziczenia kobiet w wiekach średnich*, Lwów 1897, s. 42: „Te przykłady stojące w rażącej sprzeczności z zasadą, którą wyżej poznaliśmy, dowodzą tedy, że w magnackich rodzinach dawna zasada utrzymała się w mocy jako prawo domowe“.

¹⁷ Ostatnio por. Adamus, *Polska teoria rodowa*, s. 41 przyp. 101, s. 60 przyp. 70, s. 135 przyp. 54.

¹⁸ Winiarz, op. cit., s. 43 i n., 69.

szczepami, tak że nawet obowiązywały w nich pod tym względem wręcz przeciwne zasady¹⁹. Mogła zatem na Mazowszu obowiązywać wręcz odmienna zasada niż w Wielkopolsce czy też Małopolsce. Presumowanie czegoś innego, a mianowicie sięgającej aż najdawniejszych czasów jednolitości prawa w całej Polsce, jest oczywiście nieuzasadnione. Tłumacząc sobie powstanie podobnej presencji tym, że zbyt naiwnie wyobrażano sobie dawniej rozwój praw słowiańskich. Najpierw miało być jedno tylko prawo słowiańskie, które się stopniowo dzieliło i różnicowało w miarę, jak się sami Słowianie i ich język różnicował. Odpowiadało to dawnym tezom lingwistów, którzy proces rozwoju i różnicowania się języków wyobrażali sobie zbyt prosto, jako dzielenie się jednego języka i ludu na coraz nowe odgałęzienia. Takie wyobrażenia chyba należą już dzisiaj do przeszłości. Rozwój był skomplikowany i raczej szedł drogą odwrotną, od wielkiej różnorodności do jednolitości. Możemy zatem przyjąć, że na Mazowszu od dawna obowiązywało wykluczenie kobiet od dziedziczenia dóbr nieruchomości na korzyść nie tylko braci, ale nawet i dalszych agnatów. Do tego też dołączylibyśmy podobną zasadę w ziemi chełmińskiej, zawartą ewentualnie w Księdze Elbląskiej, o czym jeszcze niżej. Natomiast to stwierdzenie nie daje nam nic stanowczego dla reszty ziem polskich.

Krótko można załatwić sprawę wysuniętego trochę jakby nieśmiało przez Lesińskiego nowego (czwartego) argumentu z dokumentu z 1255 r.²⁰ Książę postanawia tam, że w tej wsi po osadzeniu jej na prawie niemieckim *parentibus non solum filii verum etiam et filiae succedant in omni utilitate et iure paternatus*. Jest to chyba jakaś innowacja, wprowadzona do wiejskiego prawa niemieckiego, a nie do prawa polskiego ziemskiego.

Dalszy, piąty argument, to kwestia interpretacji art. 125 i 153 statutu wielkopolskiego oraz domniemanej pomiędzy nimi sprzeczności²¹. W art. 125 mamy zawiłą wykład i powtórzenia, ale ostatecznie sens jest jasny. Stanowczy zakaz dziedziczenia przez córki istnieje tylko co do „puścizn”: (I) *Et prohibemus omnino, quod filie in hereditatibus, que puszczina ulgariter dicuntur, non succedant*. Nie wiemy, co tutaj znaczy słowo „puścizna”²². Może znaczy ono to samo, co już poprzednio przewidziany

¹⁹ Por. O. Opet, *Die erbrechtliche Stellung der Weiber in der Zeit der Volksrechte* Untersuchungen Gierkego, z. 25, Wrocław 1888, passim, zestawienie rezultatów s. 83 i n.

²⁰ Ryszczyński - Muczkowski, t. 2, nr 64; Lesiński, s. 45 przyp. 15.

²¹ Lesiński, s. 57 „bardziej skomplikowanie — powiedzielibyśmy nawet, że niezrozumiale”, a ibidem, s. 58 „uregulowana została niejednolicie, można nawet powiedzieć, że w art. 153 sprzecznie z postanowieniami artykułów 125, 126”.

²² R. Hube, *Prawo polskie w XIV wieku, Sądy ich praktyka*, Warszawa 1886, s. 121 omawia trzy znaczenia słowa „puścizna”, ale żadne z nich nie pasuje do naszego miejsca. Dawna teoria puścizny Lelewela znajduje pewien oddźwięk u Dąbkowskiego, co słusznie skrytykował Kolańczyk.

wypadek, a mianowicie gdy ojciec umiera, nie pozostawiając synów. (II) *Adicientes, quod fratribus mortuis seu non exstantibus, filie de hereditatibus aliquid non succedant, sed contententur de dote eis tradita*. Ojciec może oddawać córkom jedynie dobra kupione i wysłużone: (III) *pater in vita sua filiabus suis possit bona empta seu ex regia donacione optenta (assignare)*, jednakże i co do nich postanowiono: *sed proximiores fratres eis pecuniam assignent et soli hereditates huiusmodi assequantur*.

Mamy tutaj trzy określenia (I, II, III), które wszakże wydają się znać do samo. Pierwsze (I), to *omnino non succedant*, a znaczy zapewne to samo, co drugie (II): *aliquid non succedant, sed contententur dote eis tradita*. Czy wyraźnie zastrzeżono wyposażenie czy też nie, jednakowo obowiązek wyposażenia z danych dóbr zachodzi i rozumie się sam przez się. Tylko w razie wyraźnego uchylenia tego obowiązku moglibyśmy przyjąć jego brak. Natomiast trzecie (III) określenie: *pecuniam assignent et soli hereditatem huiusmodi assequantur* — wychodzi praktycznie na to samo, chociaż to jest pod względem prawnym już właściwie coś zbliżonego do retraktu rodowego, stosowanego wobec córek. Ojciec daje córce za swego życia dobro nabyte, ale bliskim przysługuje to „prawo retraktu“. Sens wspólny wszystkim trzem postanowieniom jest taki, jaki formułuje Lesiński w postaci „ogólnej zasady, że córka żądać może z dóbr ojcowskich jedynie posagu w pieniądzu“. Jeśli wszakże, jak to bywało często, bliscy nie dysponowali odpowiednią gotówką, to przepisy najsrozsze pozostawały na papierze, a córki utrzymywały się przy dobrach.

Jeszcze jeden sposób wypowiedzenia tej samej myśli zasadniczej znajdujemy w art 153, gdzie czytamy: *Si autem filios non habuerit, sed filias, tunc filiabus omnes hereditates et possessiones cadent paterne*, lecz następuje ocena, taksacja tych dóbr i od dnia oceny *iam dicti fratres patruales sororibus infra annum parata pecunia, secundum quod fuerit taxate, persolvere tenebuntur. Et si in spacio unius anni solvere neglexerint, tunc filie hereditates predictas optinebunt*. Tutaj (IV) zaczyna się od myśli, że córki dostają dobra, jak wyżej w wypadku (III). W dwu pierwszych miejscach (I i II) ustawodawca rozpoczyna od zasady wręcz odmiennej, że córki nie mają otrzymać dóbr, ale uzupełnić sobie to należy zastrzeżeniem, że pomimo to przecież bardzo często praktycznie te dobra otrzymywały. Jeżeli w obu wypadkach wchodzi w grę to samo, a mianowicie obowiązek wyposażenia czy też skupienia córek (co praktycznie było mniej więcej tym samym), a dalej prawo dalszych krewnych do ściągnięcia tych dóbr, to nie zmienia w niczym rzeczy czy rozpoczniemy od jednego a skończymy na drugim, czy też odwrotnie. Sama rzecz przez to pozostanie ta sama. Wydaje się zatem, że pomiędzy obu artykułami nie ma żadnej istotnej sprzeczności. Tylko art. 153 reguluje dokładniej sam proceder wykupna i ogranicza go do jednego roku od dnia taksacji dóbr.

Winiarz, omawiając przywilej z 1367 r., w którym — jak to wspomnieliśmy już wyżej — dla dóbr Jakusza i Pietrasza z rodu Świnków, położonych w ziemiach dobrzyńskiej i zawkrzeńskiej wprowadzono zasadę prawa koronnego, stwierdza właściwie coś podobnego, a mianowicie że w owych czasach sformułowania dokumentów (a zapewne też i ustaw czy też spisów prawa) nie były zbyt ścisłe, przynajmniej wedle naszych dzisiejszych kryteriów. Wspomniany przywilej z 1367 r. przedstawia jako zasadę koronną, że jakoby synowie wykluczają od dóbr córki. Winiarz nie może pogodzić tego z tym, co pracownicy stwierdził jako zasadę prawa koronnego, zatem pisze: „Przywileje te niechybnie dowodzą, że córka spadkodawcy wyklucza stryjów i braci stryjecznych, ale nasuwają znów na myśl, że może przecież bracia rodzeni wykluczają siostry. Byłoby to sprzeczne z tym, czegośmy ze statutów wiślickich i ksiąg sądowych dowodzili, mianowicie, że siostra na równi z braćmi dziedziczyła. Sprzeczność ta jest pozorna i wywołana jest tym, że ponieważ bracia rodzeni mogli siostrom wypłacić wartość ich części spadkowych w gotówce i dobra ojczyste wyłączenie sami objąć..., więc w tym znaczeniu tylko rozumieć należy wyrażenie przywileju, że bracia mogą objąć dobra po ojcu *ultra sorores*“²³.

Ci, którzy pisali wówczas dokumenty czy też nawet ustawy, to byli najczęściej zwykli praktycy, których ani w szkole, w której ich uczono trochę łaciny oraz trudnej sztuki czytania i pisania, nie uczono nadmiernie ścisłego wypowiadania swoich myśli ani też logiki praktycznej, a tam, gdzie się uczyli prawa, to jest w praktyce, nie uczono ich także tego, a w szczególności nie uczyli się podziwiać precyzyjności sformułowania myśli prawnej w źródłach prawa rzymskiego. Z innej pracy Winiarza wiemy, jak terminologia naszych źródeł była chwiejna, a razem z tym i precyzja myśli. To są rzeczy oczywiste i raczej trzeba nam wytłumaczyć sobie, jak mogło dojść do tego, iż bywamy skłonni do interpretowania każdego słowa naszych źródeł w taki sposób, jakby było napisane przez dzisiejszego prawnika. Chyba wiąże się to ze wspomnianą na początku przez nas „metodą prawniczą“ Sohmy, zaostrzoną jeszcze ponad miarę u nas przez Balzera²⁴. Nie jest to już oczywiście żadna metoda prawnicza, lecz

²³ Winiarz, op. cit., s. 44, 69.

²⁴ Por. Adamus, *Problemy absolutyzmu piastowskiego*, Czasopismo Prawno-Historyczne, t. X, z. 2, 1958, s. 19, gdzie przykład, jak dawni uczeni niemieccy, przeostrzający i modernizujący dawne państwo, przecież stoją bliżej nowoczesnej, antymodernizacyjnej literatury niemieckiej niż nowi nawet autorzy polscy. Modernizacja przy pomocy „metody prawniczej“ przybierała u nas kształty wprost monstrualne, dlatego że stosowali tę metodę historycy albo też równie źle poinformowani o metodach myślenia prawniczego historycy prawa.

przeniesione razem z nią w dawne wieki przekonanie, że prawnik każdy zawsze wypowiada swoją myśl precyzyjnie, ściśle.

Drugim takim uprzedzeniem jest przekonanie, że prawo było w zasadzie jednolite na jakimś nawet wielkim obszarze, np. na terenie całej Korony. Zawsze było możliwe, że jakaś mała ziemia, a już tym bardziej duża, mogła posiadać jakiś własny sposób rozumienia ustaw ogólnopolskich. Zależy zatem, co rozumiano w dokumencie z 1367 r. jako *ius Poloniale consuetum*, czy nie prawo jakiejś ziemi, która odmiennie daną sprawę regulowała od reszty ziem koronnych. Dla odmalowania całej różnorodności prawa, całego jego partykularyzmu, zabraknie nam na pewno źródeł, ale tam, gdzie rozpoczynamy jakieś procesy rozumowe własne, musimy zająć stanowisko liczące się z możliwością daleko posuniętego partykularyzmu. Niedokładność naszych źródeł nie pozwoli nam stanowczo wyrozumieć, co dyktator danego dokumentu rozumiał pod wyrażeniem *ius Poloniale consuetum*, czy np. początkowo nie miało tam być bliższego terytorialnego określenia, które z jakichś względów później zostało ominięte.

Wobec tego głównym (szóstym) argumentem teorii Winiarza jest miejsce z Księgi Elbląskiej. Artykuł ten przewiduje po śmierci rycerza dziedziczenie synów oraz reguluje prawa wdowy, a kończy: *und wenne ze [sc. wdowa po rycerzu] stirbet, zo nynt des mannes herre daz erbe, und hat her keine tochter gelozen, dy sal der herre billich bestaten*. Helcel tłumaczy to w ten sposób: „a jeśli i ona umrze, tedy pan jej męża (monarcha) bierze po nim dziedzictwo. A jeżeli zostawił córkę, to pan ma ją według słuszności wyposażyć“. Słowa „a jeżeli zostawił córkę“ nie wydają się dosłownym tłumaczeniem, które powinno brzmieć chyba: „a jeżeli nie zostawił żadnej córki“. W ten sposób całe zdanie przedstawiałoby albo tekst zepsuty, albo zawierało przeskok myślowy. Sens zdania wyglądałby mniej więcej w sposób następujący: „a jeśli i ona [sc. wdowa] umrze, a [sc. rycerz] nie zostawił żadnej córki, tedy pan jej męża bierze dziedzictwo“, po czym dopiero następuje przepis zezwalający panu zabrać dla siebie dobra rycerza, pod warunkiem wszakże wyposażenia córki. Są tutaj zatem dwa wypadki, jeden, gdy po śmierci wdowy nie pozostaje już żadna córka oraz drugi, gdy wtedy pozostaje córka. W pierwszym wypadku pan zabiera dobra prawem kaduka, a w drugim wypadku podobnie, ale pod warunkiem wyposażenia córki. Zastanawia fakt, że artykuł ten pomija całkowicie dalszych krewnych męskich agnatów, którzy — jak to skądinąd wiemy — następowali w razie braku synów. To jednakże nie znaczy, byśmy mogli na tym braku opierać teorię, że ci dalsi agnaci byli całkowicie wyłączeni od spadkobrania. Kazuistyczny sposób formułowania myśli prawnej powodował, że dyktator miał zawsze na myśli jakiś konkretny wypadek, a jeśli w danym wypadku nie było dalszych krewnych, to dyktator o nich nie wspominał, ale to nie znaczy, by w innym wypadku ci agnaci nie mieli dojść do spadko-

brania. Jeżeliby interpretować z nadmiernym rygoryzmem stylistyczno-logicznym ten artykuł, to można by zwątpić czy spisane tutaj prawo stanowi pomnik dawnego oryginalnego prawa polskiego a nie może jakieś prawo już dość gruntownie zmienione przez Krzyżaków. Za tą ostatnią ewentualnością wydaje się przemawiać ów *herre*, który wydaje się wskazywać na wprowadzenie do pomnika terminologii lennej.

Tymczasem Winiarz interpretuje to miejsce tak ściśle, jakby to był wyjątek z nowoczesnej ustawy. Przecież wiemy, że np. *leges barbarorum* następczą niejedną podobną trudność²⁵, a podobnie też i polskie źródła²⁶. Dlatego też wydaje mi się, że Winiarz wkłada w tekst coś, czego tam nie ma, gdy pisze: „Po śmierci tej wdowy jednak zabiera już książę pozostały po jej mężu majątek bez względu na to, iż może być przy życiu córka, córka bowiem nie ma prawa dziedziczenia dóbr nieruchomości, gdyż pomnik powiada, że książę ma tylko obowiązek ją wyposażyć“. Słów rozstrzelonych w tekście źródła nie ma.

Zresztą już wyżej podnieśliśmy też taką możliwość, że artykuł ten, jeśli nawet miał znaczyć to, czego się w nim doczytał Winiarz, w najlepszym razie poświadcza nam jakąś zasadę partykularnego prawa ziemi chełmińskiej, zbliżonego do równie partykularnych praw Mazowsza.

Istnieją zatem dwie możliwe interpretacje tego miejsca. Jedna przyjmuje, że dobra rycerza przypadają kadukiem „panu“ nie tylko w tym wypadku, gdy w razie braku synów nie było też córek, ale również i w wypadku, gdy były córki, gdyż córki nie miały prawa dziedziczenia nieruchomości, a „pan“ był jedynie obowiązany do wyposażenia córek. Nie wydaje mi się ta koncepcja ani jasna, ani też konsekwentna. Jeśli pozostały córki, to przecież one dziedziczyły nieruchomości, a księciu przysługiwało jedynie prawo wzięcia ich do swych rąk za wyposażeniem córek, co zbliżało się do wykupna dóbr, nawet retraktu *sui generis*. A zatem przecież sądzić należy, że córkom przysługiwało prawo dziedziczenia dóbr nieruchomości, chociaż księciu też przysługiwało prawo ich wyposażenia. Może być, że praktycznie zbliżało się to do wypadku takiego, jakbyśmy nie uznawali prawa dziedziczenia nieruchomości przez kobiety. Tak zapewne byłoby za panowania krzyżackiego, podczas gdy Piastowie raczej częściej nie rozporządzali gotówką potrzebną do wykupna, wskutek czego praktycznie mogliby rzadziej korzystać z tego prawa wyposażenia i sama zasada posiadałaby jedynie znaczenie mało praktyczne. Zwolennicy tego sposobu interpretacji wprawdzie nie widzą w tekście wypadku, gdy brakuje

²⁵ Opet, op. cit., s. 1 powołuje taką opinię H. Brunnera i sam ją nawet rozszerza.

²⁶ K. Kolańczyk, *Najdawniejsze polskie prawo spadkowe*, Poznań (Kraków) 1939 (w rzeczywistości 1941), s. 136.

córki i dobra przypadają kadukiem księciu, ale może niezależnie od samego tekstu zgodzą się na ów kaduk.

Drugi sposób interpretacji, obecnie przez nas wysuwany, dostrzega nie tylko w tekście, w razie odpowiedniej jego emendacji, miejsce na kaduk książęcy, ale ponadto zaprzecza, by w wypadku, gdy pozostała córka, była ona pozbawiona praw do spadku nieruchomego, skoro księciu czy też panu lennemu przysługiwało jedynie prawo wyposażenia jej z tych dóbr i zabrania ich wobec tego w swoje ręce. Wydaje się nam, że nasza interpretacja stanowi jedynie konieczną poprawkę poprzedniej interpretacji o tyle, o ile jest tamta wadliwa. Wadliwość zaś jej polega na tym, że wysuwa tam zasadę, której w tekście nie ma, a mianowicie brak prawa dziedziczenia kobiet. Czy zaś praktycznie to prawo wyposażenia posiadało jakieś znaczenie, czym się wyłącznie autor spisu prawa zwyczajowego interesował, czy też nie, zależało od księcia czy też *herre* oraz od jego zasobów pieniężnych, nie zaś od samego czystego prawa. Przypuszczam, że pod panowaniem Krzyżaków przepis ten posiadał większe znaczenie praktyczne niż pod panowaniem Piastów, dlatego też widziałbym w tym artykule już raczej dodatki czy uzupełnienia powstałe pod panowaniem krzyżackim. Wobec tego artykuł ów Księgi Elbląskiej niekoniecznie dowodzi czegoś dla oryginalnego prawa polskiego, a w żadnym wypadku nie dowodzi, by kobiety wedle niego nie dziedziczyły nieruchomości.

Winiarz dodaje jeszcze jeden (siódmy) argument, a mianowicie z postanowienia traktatu dzierzgońskiego z 1249 r., wedle którego Prusacy przyjmują prawo polskie z wyłączeniem wszakże postanowień sprzecznych z prawem boskim i z *libertas ecclesiastica*. Wprawdzie traktat nie zalicza do tych usuniętych postanowień w sposób wyraźny zasady o wykluczeniu kobiet od dziedziczenia nieruchomości, ale Winiarz wyczytuje to pośrednio w drodze rozumowania. Mianowicie traktat formułuje dalej porządek dziedziczenia: najpierw dzieci, to jest synowie i córki *nie z a m ęż n e*, a w ich braku rodzice. Winiarz rozumuje: „Gdyby zasady powyżej wyrażone były zasadami ówczesnego prawa spadkowego polskiego, przytaczanie ich w przywileju byłoby zbyteczne; skoro je jednak przytoczono, to w tym dowód, że nie takimi, ale innymi kierowali się Polacy“. Rozumowanie jest logicznie poprawne, ale nie wydaje się nam pewne czy autorzy postanowień tych opracowywali je tak starannie, aby zastanowić się nad możliwością podobnej interpretacji. A nawet, jeśli uznamy taką interpretację, nie wiemy dobrze, co uważano w tym traktacie za prawo polskie, czy nie prawo jakiegoś zakątka Polski tylko, powiedzmy Mazowsza.

Próbuję podsumować powyższe wywody. Teoria Winiarza nie dostarcza w żaden sposób dowodów, że w całej Polsce uznawano początkowo zasadę, że kobiety nie dziedziczą dóbr nieruchomych. To co ta teoria dowiodła, to fakt, iż podobna zasada była znana na terenie niektórych ziem Mazowsza.

Z dużą racją możemy się domyślać, że była to nawet ogólnomazowiecka zasada. Tak samo, jeśli spotykamy dowody na to tak w wieku XIV, jak i XV, to możemy to z racją cofnąć na terenie mazowieckim znacznie wstecz i przyjąć, że od samego początku taka zasada była na Mazowszu uznawana.

Jeśli uznajemy za uzasadnione i rozciągnięcie tej zasady na całe Mazowsze i także na cofnięcie jej wstecz daleko, dlaczego wszakże nie wydaje się nam uzasadnione rozszerzenie podobnej zasady na całą Polskę? Jest to przede wszystkim danie wyrazu wątpliwościom, które się tutaj w ogóle nasuwają, a których prawdopodobnie nigdy nie pozwolą nam źródła rozwiązać bez reszty. Ale mamy też do tego lepsze racje. Jeśli bodaj z całą słuszością przyjmujemy tutaj daleko posunięty konserwatyzm i utrzymywanie się długo, przez wieki, jakiejś zasady na Mazowszu, to tego samego możemy też oczekiwać i na innych ziemiach Polski. Wobec tego moglibyśmy i tam oczekiwać wyraźniejszych śladów w źródłach z czasów późniejszych podobnej zasady, jak na Mazowszu. Tymczasem brak takich wskazówek dowodzi wedle nas również, że prawdopodobnie w reszcie, poza Mazowszem, Polski nie znano zasady wyłączającej kobiety od dziedziczenia nieruchomości.

W ogóle trzeba zauważyć, że w tej sprawie musimy wymagać od źródeł wiele. A mianowicie I rozdział pracy Lesińskiego wniósł istotne *novum* o tyle, że dowiódł, iż kobiety w Polsce całej posiadały zdolność prawną do nabywania dóbr nieruchomości²⁷. Do tego dorzuca Lesiński: „Co prawda pierwsze wzmianki o dziedziczeniu mienia nieruchomego przez kobiety przypadają właściwie na ten sam okres, z którego pochodzą również pierwsze wiadomości źródłowe o dziedziczeniu synów, a więc na wiek XIII, jest oczywiste jednak, że nie można na tej podstawie budować wniosków o jednoczesnym wykształcaniu się praw spadkowych dzieci obojga płci“²⁸. Opinia ta nie wydaje mi się całkowicie słuszna. W owych czasach głównym tytułem posiadania dóbr nieruchomości było przecież spadkobranie. Jeśli zatem od samego początku, kiedy źródła poczynają biec, widzimy nieruchomości w rękach kobiet, to fakt ten raczej przemawia za tym, iż na równi kobiety dziedziczyły dobra nieruchome, jak i mężczyźni. Fakt ten nakazuje nam zatem bardzo starannie i ostrożnie odnieść się do argumentów teorii wręcz przeciwnej, która stanowi po prostu dzisiaj wyjątek od zasadniczej zdolności prawnej kobiet do posiadania nieruchomości. Jeśli kobieta mogła nabyć własność dobra nieruchomego kupnem lub też darowizną, to jaki mógł być powód, dla którego kobieta nie mogła posiadać go jedynie tytułem spadku? Winiarz jeszcze mógł się nie przejmować zaledwie tym pytaniem, natomiast dzisiaj my, po ustaleniach I roz-

²⁷ Por. zwłaszcza s. 29 i n.

²⁸ S. 45.

działu pracy Lesińskiego, musimy się trochę zachwiać w przekonaniu o całkowitej słuszności ustaleń Winiarza i zażądać przerewidowania całego zagadnienia. Na tym właśnie polega zasługa pracy Lesińskiego na tym odcinku.

Nie brakło co prawda i Winiarzowi ochoty do podjęcia szerszego zagadnienia, co było przyczyną wykluczenia kobiet od dziedziczenia dóbr nieruchomych. Na początku swojej pracy zaznacza on dość ogólnikowo, że dawniej ludzie żyli w rodach, a ponadto że własność nieruchomości należała dawniej nie do jednostki, lecz do rodziny²⁹. Są to właściwie dwie, zgoła odmienne kwestie. Druga kwestia, to zagadnienie własności pospólnej ręki³⁰. Pierwsza natomiast kwestia wedle mnie daje niejaką odpowiedź na to pytanie, jakie wyżej postawiliśmy. Ród był w zasadzie zbudowany jednoliniśnie albo jako ród agnatyczny, albo też matrilinarny. Jeżeli zatem ród polski był agnatyczny, to dziedziczenie nieruchomości jedynie przez mężczyzn jest wyjaśnione. Tylko że „rody“ wówczas już na Zachodzie, a także już zapewne i w Polsce³¹ (w znacznej mierze dzięki innej pracy Lesińskiego) były *wechselnde Sippe*, agnatyczno-kognatyczne, dwulinijne. I w takim razie, o ile byśmy stwierdzili na pewno brak dziedziczenia kobiet w całej Polsce, możliwe jest wyjaśnianie tego jako przeżytku dawnej, prawdziwej rodowości. Jedno tylko trzeba stwierdzić, a mianowicie, że tak u Winiarza, jak i w naszych tutaj uwagach ten sposób wyjaśniania ewentualnego wykluczenia kobiet od dziedziczenia jest zbyt ogólnikowy i nie rozpatruje szczegółowo innych możliwych wyjaśnień. Trzeba by się zastanowić czy przyczyna takiego ograniczenia zdolności prawnej kobiet nie leżała, jak u ludów germańskich, w tym, że zdolność prawna zależała od zdolności procesowej, a ta od uczestnictwa w zgromadzeniach ludowych (wiecach), w których brali udział tylko zdolni do służby wojskowej. Wreszcie przyczyna mogła tkwić w związaniu służby wojskowej z dobrami nieruchomymi tak na Zachodzie w ustroju lennym, jak i u nas bez tego ustroju. Kobieta nie mogła sama odbyć służby wojskowej i dlatego, przynajmniej początkowo, wykluczano ją od posiadania dóbr ziemskich. Tylko, że ten sam wzgląd nakazywałby wykluczyć kobietę w ogóle od posiadania nieruchomości wszelkim tytułem, a nie tylko spadkobraniem.

Zagadnienie to nie jest dostatecznie przygotowane, aby można już podejmować jego rozwiązanie. Ale trzeba to zagadnienie postawić. Trzeba też zaznaczyć, że właściwie postawiła je przed nami praca Lesińskiego, a w szczególności jej I rozdział *Ars longa*, a właściwie jest nieskończona. Im więcej wiemy, tym więcej chcemy wiedzieć z tego, czego jeszcze nie

²⁹ Winiarz, op. cit., s. 6 in.

³⁰ Por. Adamus, *Polska teoria rodowa*, s. 226 i n.

³¹ Ibidem, s. 25, 35 i n.

wiemy. To, co nam wystarczało dawniej, już nam nie wystarcza, gdy się dowiemy czegoś nowego. Dlatego też osobiście cenię pracę badawczą nie tylko za to, co ona nam rozwiązuje, ale i za to, czym nas zaciekawi do przyszłych badań. Z tego punktu widzenia i z pierwszego i z drugiego tytułu cenię wysoko pracę Lesińskiego.

Aby nie pominąć też innych, równie trudnych i nieprzygotowanych kwestii, poruszamy dawne a ciągle nierozwiązane zagadnienie niedziału, tym razem z pytaniem czy kobiety wchodziły w skład niedziału. Lesiński zaczepia podobną kwestię gdy pisze o „niedziale z siostrami”³². Niedział to instytucja w zasadzie prawa rzeczowego, ale należąca też do prawa rodzinnego. Jeśli kobiety należały do niedziału rodzinnego, to tak samo jak braciom przysługiwała im własność pospólnej ręki na majątku niedzielnym. Z tej zaś własności wytworzyło się dopiero prawo do spadku. Jednakże ani prawo własności, ani też prawo spadkowe nie wykluczało, że prawa te mogły być wykupione w formie posagu, gdy kobieta wychodziła ze swojej dawnej rodziny i przechodziła do nowej. Trzeba w każdym razie spojrzeć na tę naszą problematykę też i pod kątem widzenia niedziału.

Najdłuższym rozdziałem w pracy Lesińskiego jest rozdział III (s. 70—135). Centralnym zagadnieniem jest tutaj niezwykle trudne zagadnienie opieki nad kobietami. Rozdział ten wnosi niewątpliwie wiele nowego i posuwa naszą wiedzę o stanowisku prawnym kobiety w średniowieczu znacznie naprzód. Leży wszakże w charakterze i w niezwyklej trudności tych zagadnień, że myśl nasza wybiega naprzód i, czerpiąc zachętę z pracy Lesińskiego, postuluje nowe jeszcze badania podjęte z innych punktów widzenia.

Najpierw przypomnę, że — zdaje się słusznie — przed 20 laty odróżniałem prawdziwą i w pełnym znaczeniu słowa opiekę od tzw. opieki, to znaczy stosunku pomocy, której kobieta w życiu mogła bardzo często potrzebować³³. Źródła natomiast zasadniczo nie odróżniały jednej od drugiej, a za nimi też często literatura.

Postulowałbym najpierw badanie władzy ojcowskiej i męzowskiej w rodzinie. Sprawa ta w dawnym prawie polskim przedstawia niezwykle wprost trudności, większe od tych, jakie miała germanistyka. W szczególności u nas możemy poznawać prawo prawie wyłącznie tylko ze skąpych wzmianek w dokumentach praktyki oraz w źródłach ogólnohistorycznych. Poznajemy zwykle fakty, a nie normy prawne. Jest to wynikiem tej właściwości prawa rodzinnego, że w nim jeszcze więcej niż w innych działach prawa miesza się prawo z metaprawem. Jak to powiedział S a v i g n y, małżeństwo należy w połowie do prawa, a w połowie do obyczaju. Albo

³² S. 73.

³³ *Roczniki Dziejów Społecznych i Gospodarczych*, t. VII, 1938, s. 433 i n.

też Ihering: „Rzymska rodzina stanowi wyjęty spod panowania martwych reguł prawa teren miłości i wolnej obyczajowości“. Zasada prawna jest tutaj korygowana przez czynniki natury religijnej, etycznej, obyczajowej oraz majątkowej. Zachodziły w tym nawet wielkie sprzeczności. Tak Germanowie mieli wielką cześć dla kobiety, ale to nie wykluczało, że sprzedawano ją jak rzecz³⁴. Zachodzi też nieraz sprzeczność pomiędzy literaturą a życiem. Np. w literaturze rzymskiej, niemieckiej czy też hinduskiej spotykamy ciągle naukę o *perpetua tutela mulierum*, gdy życie już przeszło nad nią do porządku dziennego. Czasami zresztą pewnego rodzaju literatura czy też filozofia wyprzedza życie, np. nauka Sokratesa o równowartości natury kobiecej³⁵. Tak też i w prawie niemieckim. Różwój rozpoczął się od opieki nad kobietami, ale już w XIII w. jest ona w stanie zamierania. Zwierciadło Saskie zna ją jeszcze, ale osłabioną. Mimo to jeszcze przenika ona do literatury romanistycznej, a w Saksonii i Szwabii utrzymała się nawet w ciągu wieków XVI—XVIII. Dopiero w literaturze prawa natury zostaje napiętnowana jako bezsens i barbarzyństwo³⁶.

Z uznaniem zatem stwierdzamy, że Lesiński również, jakby wychodząc z poruszanego wyżej postulatu, nie ogranicza się do literatury historycznoprawnej, lecz wciągnął do swego warsztatu naukowego część przynajmniej obfitej literatury dotyczącej ogólnej historii kobiety w średniowieczu. Dotyczy to tak literatury porównawczej, jak i nader skromnej ilościowo dotyczącej Polski i Słowiańszczyzny. Z obfitej natomiast literatury porównawczej można by postulować, by autor, który np. korzysta z Bebla, wykorzystał też pełniej nowszą literaturę przedmiotu. Np. teoria o *spirito antifemineo* średniowiecza nie jest wcale tak bezsporna³⁷.

Rozdział IV pracy Lesińskiego zajmuje się trudną kwestią *virginale* i *viduale*. Autor występuje w sposób ciekawy przeciw teorii A b r a h a m a i uznaje je za opłaty małżeńskie.

Rozdział V omawia stanowisko kobiety w prawie karnym, a w szczególności kobietę jako przedmiot przestępstwa, następnie jako podmiot przestępstwa, oraz kwestię azylu udzielanego przez kobiety. Poza pewnymi wyjątkami (ruszyca) stanowisko kobiety nie różni się od stanowiska mężczyzny. W związku z tym rozdziałem nasuwają mi się uwagi o charakterze ogólniejszym, które raczej przekraczają już ramy pracy Lesińskiego. Jest to kwestia terminologii. Autor używa nazwy „kara państwowa“ i zaznacza, że u W i n a w e r a odpowiada to nazwie „kara społeczna“. Jako przeciw-

³⁴ R. Bartsch, *Die Rechtsstellung der Frau als Gattin und Mutter*, Lipsk 1903, s. 66 i n.

³⁵ Ibidem, s. 5, przyp. 1.

³⁶ Ibidem, s. 87, 117, 134 i n., 160 i n.

³⁷ Krytykuje ją H. Finke, *Die Frau im Mittelalter*, Kempten-Monachium 1913, s. 78 i n.

stawienia należałoby oczekiwać pojęcia „kara prywatna“. Tymczasem autor używa, zgodnie z przyjętym już u nas zwyczajem, wyrażenia nieoznaczonego „zadośćuczynienie prywatne“. Użyte przez jedno ze źródeł słowo *satisfaccio* przekłada autor przez „zadośćuczynienie“³⁸. Używa też nawet wyrażenia „odszkodowanie prywatne“, jakby się pomieszało odszkodowanie należące do prawa prywatnego z karą prywatną. Tymczasem twórca terminu „zadośćuczynienie“, J. Makarewicz zaznacza, że zadośćuczynienie czyli kompozycja „w zasadzie nie jest odszkodowaniem, a zupełnym zadośćuczynieniem“³⁹. Czyli: zadośćuczynienie jest pełnym zadośćuczynieniem! Termin „zadośćuczynienie“ miesza się tymczasem z odszkodowaniem i pojęcie to jest tak niejasne, że wprowadza tylko chaos myślowy. Samo bowiem „zadośćuczynienie“ oznacza raczej tyle samo, co „odszkodowanie“. Terminem jasnym i wprowadzającym na tym odcinku jasność jest para pojęć „kara publiczna“ i „kara prywatna“.

Rozdział VI zajmuje się stanowiskiem kobiety w prawie procesowym. I tutaj spotykamy (z drobnymi wyjątkami) to samo stanowisko kobiety, które ma i mężczyzna.

Króciutki rozdziałek VII ociera się o uprawnienia publicznoprawne kobiety.

Ogólnie biorąc, autor opowiada się za grupą poglądów, które przyznawały kobiecie poważne stanowisko, zasadniczo takie same, jak mężczyźnie. Autor notuje skrupulatnie odchylenia od tego zarówno na korzyść kobiety, jak i na jej niekorzyść.

Cała praca jest nadzwyczaj staranna i sumienna. Przyjęła ona też zadania aż nadmiernie duże, w szczególności niejedno zagadnienie, prawie zupełnie nieprzygotowane, podejmuje i posuwa w sposób ciekawy naprzód. Zapewne w początkach badań trzeba takich szerokich ujęć, jednakże następcy mogą już, i powinni, budując na fundamencie założonym głównie przecież przez Lesińskiego, ograniczać się do mniejszych wycinków, a za to starać się o wyzyskanie związków ze zgoła innymi instytucjami, nawet nie tylko prawnymi (np. kwestia opieki nad kobietami, wiążąca się w ogóle z kwestią władzy ojcowskiej i mężowskiej). Cenię wysoko to wszystko, co autor zdołał wnieść nowego do tych zagadnień, a może jeszcze wyżej te zachęty, które powinniśmy wynieść z tej pracy do dalszych wysiłków, już bardziej zwężonych i dlatego zapewne rozwijających oraz pogłębiających niejedno. Jest to jedna z najpoważniejszych publikacji historycznoprawnych ostatnich lat i należy ją przywitać jak najgoręcej.

³⁸ S. 164.

³⁹ *Polskie prawo karne*, Lwów—Warszawa 1919, s. 301