

IV. DYSKUSJA NAD PODRĘCZNIKIEM HISTORII PAŃSTWA I PRAWA POLSKI

KAROL KORANYI (Warszawa)

Jeszcze w sprawie syntezy historii prawa sądowego

Jeśli wbrew moim zasadom nieodpowiadania na polemikę, odpisuję na zarzuty postawione mi w odpowiedzi na moje uwagi zawarte w artykule *O prawie sądowym w Historii państwa i prawa Polski*, t. I i II¹ przez profesora Bardacha², to czynię to dlatego, że nie mogę pozostawić u czytelnika wrażenia, że jestem niemal ignorantem w dziedzinie historii prawa i że wysuwając zastrzeżenia co do tego, czy dojrzał już czas do napisania syntezy z historii prawa sądowego (nie ustroju, co z naciskiem podkreślam), zajmuję stanowisko niemal reakcyjne.

Ze względu na szczupłość miejsca ograniczę się do kilku punktów. Niektórym kwestiom obecnie przeze mnie nieporuszonym poświęcę osobno kilka tak u nas lekceważonych „przyczynków”³.

I. Nie mogę się niestety zgodzić na stosowanie do moich wywodów metody Bismarckowskiej „depeszy emskiej”, polegającej na tym, że nie zmieniając samych słów, w drodze pewnych opuszczeń zmienia się sens. Dotyczy to przede wszystkim moich uwag odnoszących się do historii prawa sądowego na Śląsku. W uwagach tych wskazałem na konieczność rozwinięcia badań nad historią prawa sądowego na Śląsku w dwóch kierunkach. Jeden to zajęcie się zbadaniem różnych odłamów prawa niemieckiego na Śląsku, a także oddziaływania na nie prawa polskiego. Drugi kierunek to „zobrazowanie całokształtu polskiego prawa sądowego na Śląsku, zbadanie jego odrębności, a wreszcie jego walki przeciw prawu obcemu”.

Cały ten ostatnio przytoczony ustęp, wydrukowany na s. 359 został

¹ *Czasopismo Prawno-Historyczne*, t. X, z. 2, 1958, s. 347 n.

² *Z zagadnień ogólnych syntezy historii państwa i prawa*, ibid., s. 375 n.

³ Ogłaszam w niniejszym zeszycie CPH przyczynek, w którym staram się wyjaśnić instytucję prawiedlnika. O znaczeniu przyczynków por. artykuł *Jak i dlaczego zostałem lingwistą i indologiem* Eugeniusza Słuszkiewicza w „Życiu Szkoły Wyższej” 1959, nr 1, s. 114, w którym przytacza konkretne przykłady pod adresem pogromców „przyczynkarstwa”.

przez prof. Bardacha pominięty w jego odpowiedzi. Z tego co pisze prof. Bardach (s. 404) czytelnik odnieść musi wrażenie, że domagam się zbadania tylko prawa niemieckiego na Śląsku, a przeto moja „pretensja”, że poświęcono prawu na Śląsku tylko 41 wierszy w obu tomach jest nie-słuszna. Tymczasem domagam się obszerniejszego przedstawienia prawa polskiego na Śląsku, przecież to co czytamy w II tomie na s. 343 w rozdziale poświęconym Śląskowi, że „śląskie prawo sądowe kształtowało się jako prawo zwyczajowe na rodzimym podłożu polskim pod wpływem prawa niemieckiego” to same ogólności. Niewątpliwie interesuje bardzo polskiego historyka i historyka prawa, jak się to prawo zwyczajowe polskie na Śląsku przedstawiało w wieku XV—XVIII, skoro nie obowiązywały tu nigdy Statuty Kazimierza W., wydane kilkanaście lat po utracie Śląska.

II. W sprawie periodyzacji procesu sądowego podałem w wątpliwość słuszność podziału na okres przed Statutami Kazimierza W. i po wydaniu Statutów. Prof. Bardach krytykując moje poglądy podkreślił (s. 383), że moje „stanowisko nie nowe”. Wygląda to tak, że ubieram się w cudze piórka, przemilczając źródło moich wiadomości i udając, że pierwszy wypowiedziałem pogląd co do periodyzacji procesu. Wprawdzie z cytowaniem z drugiej ręki bez podania pracy autora, z której się cytuje, a także z włączeniem uwag otrzymywanych od recenzenta pracy, znajdującej się w maszynopisie, do pracy drukowanej jako swoich własnych poglądów, nieraz się obecnie spotykamy, jednakowoż osobiście ani jedną, ani drugą metodą nigdy się nie posługiwałem, nie posługuję i posługiwać się nie będę. W moim artykule powołałem się (na s. 350) wyraźnie na zdanie Balzera, który nawoływał do tego, aby porzucić „raz już stanowczo ową z taką predylekcją powtarzaną teorię, która nauce naszej nieobliczalnie szkodzą, jakoby ustawodawstwo Kazimierza W. stanowiło epokę rozwoju prawa polskiego”.

Pozwolę sobie — jak to czyni prof. Bardach przy innej okazji (s. 409) — powołać się na zdanie tak wybitnego specjalisty z zakresu polskiego prawa procesowego, jakim był J. R a f a c z⁴, który wprawdzie uznaje, że w epoce statutu wiślickiego dokonało się szereg zmian w procesie, ale że dopiero data 1523 (wydanie *Formulae processus*) dzieli proces polski na średniowieczny i nowożytny. A więc i prof. Rafacz nie przyjmuje ogłoszenia Statutów jako momentu przełomowego w rozwoju procesu polskiego.

Również Dąbkowski, który w latach dwudziestych zaczął pracować nad nowym, zmienionym wydaniem swego *Prawa prywatnego polskiego*, doszedł do wniosku, że konieczna jest periodyzacja historii prawa

⁴ J. R a f a c z. *Dawny proces polski*, Warszawa 1925, s. 9.

prywatnego. Wprowadza on podział na dwa okresy⁵, przyjmując jako granicę czasową między nimi mniej więcej połowę XVI w., a więc zbliżoną do tej, jaką przyjął Rafacz dla procesu. Odrzucił on podział wprowadzony przez Maciejowskiego na okres prawa zwyczajowego (do połowy XIV w.) i prawa ustawniczego od Statutów.

Warto przy sposobności przypomnieć, że według S. Kutrzeby, „nie były właściwą kodyfikacją prawa statuty Kazimierza W. O kodyfikacji zaczęto myśleć dopiero w początkach XVI stulecia”⁶.

Na pełne subtelnej ironii słowa prof. Bardacha skierowane pod moim adresem s. 387), że idąc za moim postulatem przyjęcia odrębnej cezury dla dziejów prawa sądowego, zwłaszcza zaś procesu, a odrębnej dla dziejów ustroju należałoby w konsekwencji przyjąć odrębną periodyzację dla każdego działu ustroju politycznego, pozwolę sobie zwrócić uwagę, że E. Chénon przyjmuje w swoim fundamentalnym dziele (*Histoire générale du droit français public et privé des origines à 1815*, t. I i II, Paryż 1926, 1929) odrębną periodyzację dla historii ustroju, a odrębną dla historii prawa prywatnego. Podczas gdy dzieje ustroju Francji w średniowieczu dzieli on na dwa okresy: wiek X—XIII i XIV—XV, to dla prawa prywatnego przyjmuje on jeden tylko okres: X—XVI stulecie.

III. Jeżeli prof. Bardach odpiera (s. 403) mój zarzut, że w punktach poświęconych Prusom Książęcym i Kurlandii nie ma wzmianki o prawie twierdzeniem, że nie jest to „luka, ale świadome stanowisko zespołu autorskiego”, to muszę zaznaczyć, że winę za wysunięcie przeze mnie wspomnianego zarzutu ponosi sam zespół autorski. Jeśli bowiem tytuł XVI rozdziału (t. II, s. 351) brzmi „Ustrój i prawo Prus Książęcych po r. 1657”, a w rozdziale tym nie ma ani słówka o prawie, to po co słowo „prawo” figuruje w tytule.

O ile chodzi o Kurlandię, to sędzę, że w rozdziale poświęconym Kurlandii o wiele ważniejsza dla historyka prawa byłaby krótka chociażby wzmianka, że od 1617 r. aż po połowę XIX w. obowiązywała tu kodyfikacja, która była tworem polskiej myśli prawniczej, niż wiadomość, że książę kurlandzki Biron był „faworytem cesarzowej rosyjskiej Anny” (t. II, s. 336)⁷.

VI. W sposób oględny, ale niemniej dobitny stara się prof. Bardach wykazać — o ile chodzi o kwestię bliższości w dowodzie — moją słabą znajomość odnośnej literatury: a) francuskiej i b) angielskiej.

⁵ Dąbkowski, *Charakterystyka prawa prywatnego polskiego. Nowe spostrzeżenia*, Lublin 1923, s. 36.

⁶ S. Kutrzeba, *Historia źródeł dawnego prawa polskiego*, t. I, Lwów (s. a.), s. 218.

⁷ Pozwolę sobie zwrócić uwagę, że w rozdziale o Kurlandii (t. II, s. 336) obie podane daty są błędne. Rodzina książęca Kettlerów wymarła nie w roku 1738, lecz w roku 1737, a Biron został księciem kurlandzkim nie w 1739, lecz w 1737 r.

Ad a) Co do prawa francuskiego powołuje się prof. Bardach na wspomniane wyżej dzieło Chénona (t. I, s. 250), według którego w procesie germańskim obowiązywała „akurat odmienna zasada” od później obowiązującej zasady *actori incumbit probatio*, że zatem bliższość w dowodzie miał pozwany. Zupełnie tego, o ile chodzi o proces germański, nie neguję, bo przecież Chénon zajmuje się tu procesem w państwie frankońskim. Ale jaki charakter miał ten proces? O tym pisze Chénon trzy strony wcześniej od zacytowanej przez prof. Bardacha: *On ne connaissait pas encore la distinction, aujourd'hui si nette, entre la procédure civile et la procédure criminelle. En réalité la procédure franke suppose toujours un délit commis; elle est véritablement une „procédure ex delicto”* (t. I, s. 247).

W prawie germańskim istnieje nie tylko jeden rodzaj postępowania w sprawach karnych i cywilnych, ale brak rozróżnienia w procesie między sprawami cywilnymi i karnymi. Nieoddanie długu traktowano jako przestępstwo, tak samo jak np. kradzież itp. Bardzo jasno określa to H. Mitteis: *Jeder Prozess war im heutigen Sinn Straf- nicht Zivilprozess. Man konnte zB. nicht auf Rückgabe, sondern nur wegen böswilliger Vorenthaltung einer geliehenen Sache klagen*⁸. *Die älteste Klage war eine Strafklage*, stwierdza również U. Stutz. W sprawach karnych utrzymuje się bardzo długo zasada bliższości pozwanego w dowodzie. Zaznaczam to zresztą całkiem wyraźnie (s. 353), pisząc, że „w sprawach karnych przyznawano bliższość oskarżonemu, przyjmując jako zasadę, że powołany bliższy jest oczyścić się, niżby go kto miał pokonać”.

Czy w sprawach cywilnych stał proces polski XIII w. na poziomie procesu germańskiego V—X w.? Jeśli tak, to w takim razie słuszne jest zdanie prof. Vetulaniego o prymitywizmie średniowiecznego procesu polskiego.

Ad b) Co do prawa anglosaskiego (prawidłowiej należałoby powiedzieć anglonormandzkiego), gdzie również „pierwszeństwo do dowodu przysługiwać miało w zasadzie pozwanemu”, powołuje się prof. Bardach na podstawowe dzieło F. Pollock i F. W. Maitland, *The History of English Law*, t. II, Cambridge 1898, s. 603. Niestety, prof. Bardach nie podał pełnego tytułu dzieła. Podanie tylko części tytułu może wywołać u czytelnika wrażenie, że w prawie angielskim zasada ta stale obowiązywała. Tymczasem pełny tytuł wspomnianego dzieła brzmi, *The History of English Law before the Time of Edward I*, a więc do 1272 r. Szczegółowo zajmuje się to dzieło okresem między rokiem 1154 a 1272, odpo-

⁸ *Deutsche Rechtsgeschichte*, wyd. 5, München 1958, s. 28.

wiadającym u nas czasom od Kazimierza Sprawiedliwego do Leszka Czarnego⁹.

Prof. Bardach podaje, że podobne stanowisko jak wspomniani autorzy zajmuje H. Brunner *Deutsche Rechtsgeschichte*, s. 369. (Brak podania tomu i roku wydania, co uzupełniam: chodzi o tom II, wydany w roku 1892). Brunner zajmuje tu faktycznie takie samo stanowisko jak wspomniani autorzy, którzy zresztą na nim się opierają. Niestety, nie wiadomo prof. Bardachowi, że 36 lat po ukazaniu się t. II dzieła Brunnera wyszło (w 1928 r.) nowe, drugie wydanie tego tomu, w którym dawny pogląd uległ zasadniczej zmianie.

Prof. Bardach wskazuje (s. 409, przyp. 53), że Pskowska Sudnaja Gramota przyznawała na ogół pierwszeństwo dowodu pozwanemu. Tymczasem w prawie litewskim, które niewątpliwie bliższe jest prawu polskiemu niż kodyfikacja pskowska, spotykamy się w źródle prawnym zaledwie 39 lat młodszym od Pskowskiej Gramoty, mianowicie w przywileju ziemskim z 1506 r., z postanowieniem, że w sprawach gdy oskarżonemu groziła kara infamii lub śmierci, ciężar dowodu spoczywał na oskarżycielu. Przepis ten — w rozszerzonej formie — wszedł do I Statutu Litewskiego z 1529 r.¹⁰

V. Wysunięty został pod moim adresem zarzut (s. 403, przyp. 43), że w braku opracowań i norm ogólnych formułowałem „uogólnienia na podstawie fragmentarycznych danych wynikających z wybranych zapisek źródłowych”. Nie sędzę, aby metoda ta była obca zespołowi autorskiemu. I tak na przykład cały ustęp o mediatorze (t. I, s. 352) oparty jest na jednym krótkim zdaniu wyjętym z Kod. dypl. Wkpl. II Nr 1040 (1324 r.).

Prawo miejskie przedstawione w „Historii” jako obowiązujące w miastach polskich nie jest niczym innym jak streszczeniem wywodów zawartych w trzech tomach dzieł Groickiego. Czwarty tom dzieł Groickiego został przez autora odnośnego rozdziału, prof. Kaczmarczyka, pominięty, ponieważ jego reedycja dokonana przeze mnie ukazała się dopiero w 1958 r. Dlatego też na przykład pisząc o opiece w prawie miejskim (t. II, s. 171) powołuje się tylko na „Tytuły”, pomijając podstawowe dla tego zagadnienia dzieło Groickiego *Obronę sierot i wdów*. A przecież można było skorzystać z XVII-wiecznego wydania, które znajduje się w kilku bibliotekach.

Jeżeli już możemy zrozumieć, że prof. Kaczmarczyk nie sięgnął do dokumentów praktyki, to niczym nie da się usprawiedliwić nieuwzględnienia

⁹ Zaznaczyć należy, że autorzy wyrażają się bardzo ostrożnie o kwestii bliższości pozwanego do dowodu, piszą bowiem: *The general rule seems to have been that the defendant must prove*. (Zdaje się, że powszechną zasadą było, że pozwany przeprowadzić miał dowód).

¹⁰ Ostatni ustęp 1 (2) artykułu I rozdziału Statutu.

nienie przez niego przy omawianiu prawa miejskiego dzieła Szczerbicza, który przecież podaje polski przekład tekstu „Zwierciadła” i „Weichbildu”, który to tekst na mocy rozporządzenia Zygmunta Starego z 1535 r. uznany został za obowiązujący. W konsekwencji nie mamy w „Historii” najmniejszej np. wzmianki o niedziale rodzinnym w miastach, której to instytucji poświęcona jest w dziele Szczerbicza cała stronica in folio¹¹.

Jak widzimy, zespół autorski, o ile chodzi o prawo miejskie, łamie swoją chwalebłą zasadę niekorzystania z przypadkowego materiału, nie ogranicza się tu „do zaznaczania, że mamy w tym wypadku do czynienia z białą plamą”.

VI. Na s. 352 pisałem: „Sporne być może, czy pozew poprzedzał žalobę (jak twierdzi Vetulani), czy odwrotnie (jak chce autor, I, s. 347). Ciekawe jest, jak to normowały statuty włoskie”. Podaję tu dla przykładu Statut Predappio z 1383 r., w którym „pozew poprzedza skargę”. Warto też zaznaczyć — piszę dalej — że Tucholczyk w XVI w. w swej *Farrago actionum* nazywa pozew *principium ac fundamentum ordinis iudiciarii*. Mógłbym być zacytować jeszcze zdanie Groickiego (*Porządek sądów*, s. 96), „iż pozew wszelakiego sądowego postępkę jest gruntem”.

Nigdzie w powołanym wyżej ustępie ani słówkiem nie wspominam, ani też między wierszami nie daję do zrozumienia, że powołuję się — jak mi to imputuje prof. Bardach (s. 409) — „na statuty włoskie końca XIV w. oraz na romanistyczny komentarz Tucholczyka z XVI w., dotyczący notabene miejskiego prawa magdeburskiego¹² na dowód, że w polskim prawie ziemskim XIV w. pozew wyprzedzał skargę”.

Gdybym naprawdę z takim „dowodem” wystąpił, wystawiłbym sobie świadectwo nieuctwa, a nadto stanąłbym co do kwestii recepcji obcego prawa w sprzeczności ze stanowiskiem, jakie zająłem w sprawie recepcji już ćwierć wieku temu (do czego jeszcze niżej powrócę).

Wszystkie powołane przeze mnie cytaty wskazują tylko na to, że przy wysuwaniu tezy, iż w Polsce w XIV w. pozew wyprzedzał žalobę należy być bardzo ostrożnym, skoro nawet jeszcze w XVI w. u pisarzy prawnych w Polsce pozew uważany był nadal jako początkowe stadium procesu, podobnie jak był nim we wczesnym średniowieczu. Ponieważ prof. Bardach przywiązuje dużą wagę do autorytetu Chénona, zacytuje

¹¹ Na błędnym zrozumieniu Groickiego opiera się twierdzenie prof. Kaczmarczyka, że małżeństwo chrześcijan z żydami traktowano w prawie miejskim jako cudzołóstwo. „Złączenie w małżeństwo” oznacza tu cielesne obcowanie. Jasno występuje to u Szczerbicza (wyd. 1581, s. 533): „Między Żydem a między Chrześcianinem małżeństwo być nie może, a jeśliby się zjęli, tedy mają być sądzeni jako o cudzołóstwo” (zjąć się = złączyć się cieleśnie). Por. B. Linde, *Słownik języka polskiego*.

¹² Podkreślenie prof. Bardacha.

co autor ten pisze o pozwie w rozdziale o procesie, na który prof. Bar-dach się powołuje: *La procédure ordinaire ex delicto*¹³ *debutait par l'ajournement du defendeur*.

W związku z cytowanym dziełem Tucholczyka pragnę zwrócić uwagę na pewne momenty, które zespołowi autorskiemu „Historii” nie są znane, nigdzie bowiem nie znajduję o tym wzmianki.

a) Dzieło Tucholczyka w późniejszych wydaniach zawiera nie tylko prawo miejskie i rzymskie, ale również i prawo ziemskie, co wyraźnie uwidocznione zostało w późniejszych wydaniach dzieła w jego tytule, który brzmi: *Farraginis actionum iuris civilis et provincialis saxonicæ municipalisque Maydeburgensis et iuris polonici libri septem*. Dwa egzemplarze tego wydania znajdują się w Bibliotece Uniwersytetu Warszawskiego¹⁴.

b) Tucholczyk jest jednym z pierwszych naszych pisarzy prawniczych, który daje jasną definicję własności podzielonej, która przecież większe znaczenie ma w polskim prawie ziemskim niż w prawie miejskim.

c) O ile chodzi o pozew, który Tucholczyk nazywa *principium ac fundamentum ordinis iudicarii*, to nie kto inny, jak właśnie on odbiega w swych poglądach na pozew od romanistycznych w tym względzie poglądów glosatorów, z jakimi spotykamy się również w glosie „Zwierciadła Saskiego”. Glosatorzy początek procesu widzą nie w pozwie, lecz w *litis contestatio*. Według nich „*citatio non est proprie principium sed praeludium iudicii*”, natomiast „*litis contestatio est formale principium iudicii jure civili*”.

W odrzuceniu przez Tucholczyka romanistycznych poglądów na pozew widzę pewne oddziaływanie polskiego prawa ziemskiego. Pamiętać przecież należy, że zaledwie osiem lat przed ukazaniem się pierwszego wydania dzieła Tucholczyka (1531) opublikowana została kodyfikacja procesu polskiego *Formula processus* (1523), której postanowienia rozpoczynają się od unormowania pozwu. W późniejszych wydaniach dzieła Tucholczyka *Formula processus* zamieszczona została w całości jako osobna księga.

d) Problem wzajemnego oddziaływania na siebie prawa polskiego i prawa miejskiego nie jest w ogóle w naszej nauce historycznoprawnej zbadany. Nie można jednak zbyt pochopnie odrzucać wpływu prawa miejskiego, skoro — na co już zwracał uwagę Balzer — sądy grodzkie gdzieś (np. w Sanoku już w XVI w.) sądziły z udziałem ławy miejskiej.

¹³ Przypominam, że nie było różnicy między procesem karnym a procesem cywilnym.

¹⁴ Sygnatura 4. 12. 5. 5 i 28. 20. 3. 2274. Warto nadmienić, że dzieło Tucholczyka zawiera jeden z pierwszych obszernych słowników prawniczych łacińsko-polskich.

Dochodziło więc do połączenia w jednym sądzie elementów prawa polskiego i prawa niemieckiego.

VII. Nawiązując do postawionego mi zarzutu „niewwzględnienia odrębności norm prawnych każdego kraju”, zajmuje się prof. Bardach problemem recepcji. Słusznie przeciwstawia się on tzw. teorii defuzyjnej, która wnioskuje „na podstawie cech zewnętrznych bez wnikania w istotę podobieństwa, bez próby ustalenia podobieństw rozwojowych systemu politycznego czy prawnego, analogii w ustroju ekonomiczno-społecznym, kulturalnym poziomie społeczeństwa itp.”. Prof. Bardach przytacza również poglądy prof. Łowmiańskiego, który niedawno (1957) wysunął słuszne słowa krytyki pod adresem historyków prawa, dla których wędrówka terminów odpowiada dokładnie wędrówce odpowiednich instytucji, a przejęcie obcego określenia wystarcza do stwierdzenia recepcji odpowiedniego urzędnika.

Uważam za konieczne przypomnieć moje stanowisko, jakie wobec problemu recepcji zająłem znacznie wcześniej, bo dwadzieścia pięć lat temu.

Pisałem wówczas w rozprawie *O niektórych postanowieniach karnych Statutu Litewskiego z r. 1529*¹⁵ co następuje: „Dopatrywanie się wpływów obcych na podstawie samego tylko podobieństwa przepisów, jeśli nie mamy innych danych, które by wpływ taki udowadniały lub co najmniej czyniły prawdopodobnym, może niekiedy sprowadzić badacza na manowce”.

W dalszym ciągu moich wywodów podkreśliłem konieczność uwzględnienia przy badaniach nad recepcją stosunków politycznych, społecznych i gospodarczych, wskazując na fakt, że obce instytucje, „natrafiając, czy to ze względu na stosunki polityczne, czy ze względu na stosunki społeczne lub gospodarcze na podatne dla siebie podłoże, rychło przyjmują się na obcym dla siebie gruncie, rugując niekiedy całkowicie nawet, pewne rodzime instytucje i zwyczaje prawne”.

Te moje poglądy na recepcję, które wypowiedziałem ćwierć wieku temu, były bez wątplenia znane prof. Bardachowi, gdyż w t. I „Historii”, na s. 547, w przypisie 38 cytuję¹⁶ moją rozprawę, w której

¹⁵ *Księga Pamiątkowa ku uczczeniu czterechsetnej rocznicy wydania Pierwszego Statutu Litewskiego*, Wilno 1935. Odbitka ukazała się już w 1934 r.

¹⁶ Moje poglądy na recepcję znane były prof. Bardachowi również z referatu prof. Ehrenkreutza, *Zagadnienie wpływu prawa rzymskiego na Statuty Litewskie*, wygłoszonego na VI Powszechnym Zjeździe Historyków Polskich w 1935 r., gdyż w referacie swym powołuje się prof. Ehrenkreutz na moje uwagi o recepcji (*Pamiętnik VI Zjazdu*, t. I, Lwów 1935, s. 195). Obszerne uwagi na marginesie tego referatu wygłosił prof. Bardach. Por. *Pamiętnik VI Zjazdu*, t. II: Protokoły, Lwów 1936, s. 99—102.

zostały one ogłoszone¹⁷. Ciekawe jest, że pominął je całkowitym milczeniem, choć przecież popierają jego tezę.

VIII. Moje wywody dotyczące prawa sądowego *Historii państwa i prawa Polski* zakończyłem stwierdzeniem, że na syntezę historii prawa sądowego jest u nas za wcześnie. Jeżeli prof. Kaczmarczyk pisze, że o ile chodzi o prawo sądowe, to „bogaty materiał prawny pozostaje jeszcze niemal w całości (podkreślenie moje — K. K.) do opracowania”, jeżeli stwierdza, że „studia nad prawem sądowym w Polsce, zwłaszcza w XVI—XVIII w. znajdują się dopiero w stadium początkowym” (t. II, s. 164), to nie mogę zrozumieć, jak można już obecnie przystąpić do opracowania syntezy tego działu prawa. Jak wiadomo, słowo synteza pochodzi od greckiego συντιθέναι, tzn. „złożyć razem”, „zebrać w całość”. Niestety, nie wiem, jak można zebrać w całość coś co nie istnieje.

Pisząc o syntezie prawa sądowego w Polsce podkreśliłem z całym naciskiem, że przy jej opracowaniu musimy być bardzo ostrożni. Nie jesteśmy niestety w tym położeniu, w jakim są prawnicy francuscy, a zwłaszcza niemieccy czy włoscy, by móc wyniki prac jednego autora skonfrontować co do ich ścisłości z wynikami prac innego autora. Jeżeli na przykład prof. Ellul pisze (w 1956 r.), że obszerna synteza francuskiego prawa prywatnego pióra J. Brissauda (*Histoire du droit privé*) jest *confus, décevant et desordonné*, to wiem, że muszę być ostrożny i muszę sięgnąć do częściowo już przestarzałego Violleta albo też do monografii poświęconej danej instytucji. U nas niestety takiej możliwości konfrontacji nie ma.

Skąd czytelnik, który nie jest historykiem prawa albo nie jest nawet prawnikiem, może się przekonać, czy to co znajduje się w „Historii” jest bezbłędne, skoro znajdujemy tam nieraz błędnie podane rzeczy, które w nauce są bezsporne. Albowiem wbrew twierdzeniu prof. Bardacha, że „rzeczy bezspornych w ogóle w nauce nie ma” (s. 403), twierdząc nadal, że istnieją rzeczy bezsporne nawet w historii prawa. A oto kilka przykładów: Bezsporne jest, że nigdy termin łaciński *sponsalia* nie oznaczał zapowiedzi (t. I, s. 286); bezsporne jest również — i to co najmniej od przeszło dwóch tysięcy lat — że rzymskie *iura in re aliena* (t. I, s. 294) oznacza prawa na cudzej rzeczy (*droit sur la chose d'autrui*), a nie do cudzej rzeczy: bezsporne jest wreszcie, że *sine strepitu iuris* oznacza postępowanie sumaryczne, skrócone, nie zaś „dochodzenie prawa bez udziału sądu” (t. II, s. 195).

O wielu ważnych instytucjach prawnych nie ma w „Historii” w ogóle wzmianki, gdy stosunkowo dużo miejsca poświęcono drugorzędnym szczegółom. Nadaremnie szukać będzie czytelnik w „Historii” np. co to

¹⁷ O wspomnianej na s. 413 kwestii terminologii pisał St. Kutrzeba w 1936 r. w rozprawie *Kilka uwag o recepcji w prawie, Księga Pamiątkowa ku czci Leona Pinińskiego*, t. II, s. 35.

jest kondescensja, której rozpowszechnienie stanowi wedle przypuszczeń J. Michalskiego¹⁸ „cechę charakterystyczną późniejszego okresu rozwoju polskiego prawa procesowego”, znajdzie natomiast wiadomość — nie sądzę by była ona niezbędna — że przy próbie zimnej wody poddający się jej „miał między ręce i kolana włożony kij” (t. I, s. 355)¹⁹.

Podczas gdy odrębnościom procesu o czary poświęcony został osobny rozdział, to prawu morskiemu poświęcono tylko kilka słów i to ubocznie, w drukowanym *petitem* rozdziale o prawie miejskim okresu oligarchii.

Przy wzmiance o nowej redakcji wilkierza gdańskiego ogłoszonej w 1761 r. czytamy: „Obszerniej zostały w niej uwzględnione przepisy prawa morskiego” (t. II, s. 239). Tylko tyle, ani śladu jakiegokolwiek wzmianki o „braku opracowań” historii tej tak ważnej dziedziny prawa²⁰. Wbrew bowiem twierdzeniu prof. Bardacha złożonemu w imieniu zespołu autorskiego, że „w rozdziałach poświęconych prawu sądowemu stałe²¹ podkreślaliśmy istnienie luk, brak opracowań, pilną potrzebę dalszych badań monograficznych”, w rozdziałach poświęconych prawu sądowemu spotykamy się tylko w trzech przypisach z zaznaczeniem, że „całe zagadnienie wymaga szczegółowego zbadania” (t. I, s. 350, przyp. 30), że „problem wymaga jeszcze monograficznego zbadania” (t. I, s. 495, przyp. 17), że zagadnienie powinno „stać się przedmiotem studiów monograficznych” (t. II, s. 320, przyp. 10)²².

¹⁸ J. Michalski, *Studia nad reformą sądownictwa i prawa sądowego w XVIII w.*, Wrocław 1958, s. 190.

¹⁹ Nawiasem jeszcze wspomnieć należy, że niekiedy w jednym rozdziale umieszczone zostały kwestie nie pozostające ze sobą w żadnym związku. I tak na przykład wiadomości o egzekucji wyroku w sprawach prywatnych oraz o prawie łaski króla znajdujemy w ustępie zatytułowanym „Odrębność procesu o czary” (t. II, s. 330—331).

²⁰ W wykazie literatury nie ma żadnej wzmianki o pracach dotyczących historii prawa morskiego w Polsce. Do prac takich, które ukazały się przed 1955 r., a więc przed oddaniem do druku „Historii” należą: K. Koranyi, *Z zagadnień prawa morskiego w dawnej Polsce*, Sprawozdania Towarzystwa Naukowego we Lwowie, r. XIX, 1939; T. Kupczyński, *Z przeszłości prawa morskiego w Gdańsku*, Jantar 1949, nr VII; S. Matysik, *Ze studiów nad historią prawa morskiego w Gdańsku*, t. I, *Historia źródeł*, Zapiski Towarzystwa Naukowego w Toruniu, t. XVII, 1951.

²¹ Podkreślenie moje — K. K.

²² Do tych wspomnianych zagadnień należy zagadnienie *litis contestatio*, posagu i wiana, oraz legitymacji dzieci *per subsequens matrimonium*. To ostatnie zagadnienie było już w polskiej literaturze prawniczej poruszane (por. U. Heyzma, *Uwag kilka nad uprawnieniem dzieci nieślubnych*, Rozprawy Wydziału Hist.-Filoz. Krak. Akademii Umiejętności, t. VI, 1877, s. 290—322). Penieważ zagadnienie to może być rozpatrzone tylko na tle porównawczym, podaję najważniejszą literaturę obcą: F. Kogler, *Beiträge der Rezeption und der Symbolik der legitimatio per subsequens matrimonium*, Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, Germ. Abt. 1904, vol. 25, s. 94—171; L. Gougoud, *La légitimation des enfants sub pallio d'après les anciens rituels*, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis 1927, vol. 7, s. 38—46.

Pragnąłbym z naciskiem podkreślić, że z zastrzeżeniami co do wydania drukiem syntezy prawa sądowego wystąpiłem na blisko dwa miesiące przed oddaniem *Historii państwa i prawa Polski* do składania. Otrzymawszy do oceny tzw. makietę, zawierającą rozdziały dotyczące procesu, przedstawiłem w obszernym elaboracie moje uwagi, które w piśmie z dnia 5 października 1955 r. skierowanym do ówczesnego Zakładu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk zakończyłem stwierdzeniem, że „mam wątpliwości czy przy obecnym stanie badań nad procesem polskim wskazane jest umieszczenie w podręczniku rozdziału o procesie”. „Uważam za konieczne — pisałem w konkluzji — wysunąć moje zastrzeżenia, by nie spotkać się kiedyś z zarzutem, że tego nie uczyniłem”.

Bez względu na etykietę, jaka mi przypięta zostanie w związku z moim stanowiskiem, że nie czas jeszcze na syntezę historii prawa sądowego, powtarzam raz jeszcze co powiedziałem poprzednio: na syntezę historii prawa sądowego jest u nas jeszcze za wcześnie. Tak nakazuje mi moje sumienie naukowe.

