

KAROL KORANYI (Warszawa)

O prawie sądowym w *Historii państwa i prawa Polski*, t. I i II

Badania nad historią polskiego prawa sądowego nie pociągały — z małymi wyjątkami — naszych historyków prawa. Wystarczy chociażby wspomnieć, iż wykaz prac Stanisława Kutrzeby, wymieniając ponad 240 pozycji, zawiera — o ile chodzi o prawo sądowe — tylko dwie monografie z tej dziedziny, obie poświęcone historii prawa karnego, mianowicie ogłoszoną w 1907 r. 99 stronicową pracę o mężobójstwie w prawie polskim XIV i XV w. oraz 28 stronicową pracę o mężobójstwie w prawie polskim XVI w., ogłoszoną w 1929 r.

Przyczyny małego zainteresowania historią polskiego prawa sądowego były rozmaite, główną jednak przyczyną było to, że polskie prawo sądowe nie było aż do roku akademickiego 1919/20 obowiązkowym przedmiotem wykładów i egzaminów.

Zaznaczyć należy, że aż do roku 1872 było prawo polskie przedmiotem wykładów i egzaminów ścisłych (rygorozów) na Uniwersytetach galicyjskich. Dopiero rozporządzenie z 15 IV 1872 r. (Dziennik Ustaw Państwa nr 57), które wprowadziło nową ordynację dla egzaminów ścisłych, zniosło prawo polskie jako obowiązujący przedmiot egzaminacyjny.

Wprawdzie Rada (czyli kolegium profesorów, jak podówczas oficjalnie nazywano Radę) Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Lwowskiego wniosła w styczniu 1875 r. do władz naczelnych we Wiedniu memoriał, w którym prosiła o przywrócenie prawa polskiego i historii tego prawa jako przedmiotu obowiązkowego, jednakże memoriał ten nie został przez władze te uwzględniony.

Bez rezultatu pozostawały też wnioski uchwalane corocznie przez komisję oświatową sejmu galicyjskiego, jak również uchwała sejmu galicyjskiego z 24 VII 1880 r., jak wreszcie starania lwowskiej Izby Adwokackiej o przywrócenie prawa polskiego, jako przedmiotu obowiązkowego na wykładach i egzaminach.

Inaczej, o ile chodzi o historię ustroju Polski. Wprowadzenie tego przedmiotu jako obowiązkowego nastąpiło w związku z wprowadzoną na mocy ustawy z kwietnia 1893 r. reformą studiów prawniczych na uniwersytetach austriackich, a więc także na obu uniwersytetach w Galicji.

Nowy program wprowadził jako przedmiot obowiązkowy (wykłady i egzaminy) historię państwa austriackiego (historia formacji państwa i prawa publicznego).

Szczególnie ważne było postanowienie zawarte w rozporządzeniu wykonawczym, że „w uniwersytetach, w których zachodziłaby tego potrzeba, wykład rzeczzonego przedmiotu uwzględnia szczególnie rozwój „w odnośnych terytoriach“. Nadto w myśl rozporządzenia wykonawczego przedmiot ten mógł student wysłuchać bądź na Wydziale prawa, bądź na Wydziale filozoficznym. W konsekwencji więc student Wydziału prawa mógł słuchać wykładów z historii ustroju u profesora, który nie posiadał żadnego przygotowania prawniczego.

Nowy program studiów przyczynił się do położenia większego niż dotąd nacisku na problemy ustrojowe. Zaznacza się to najpierw w samych wykładach na uniwersytetach, gdzie na plan pierwszy wysuwają się wykłady z historii ustroju, w uniwersytetach w Galicji przede wszystkim z historii ustroju Polski. Nie jest rzeczą przypadkową, że w rok po wejściu w życie reformy studiów ukazało się w 1896 r. pierwsze wydanie skryptu *Historia ustroju Polski według wykładów prof. Balzera*.

Publikacje z historii ustroju Polski cieszyły się w okresie gdy ziemie polskie znajdowały się pod panowaniem zaborców bardzo dużym zainteresowaniem szerokich mas inteligencji, a zwłaszcza młodzieży akademickiej. Nie jest rzeczą przypadkową, że na wykłady z historii ustroju Polski prof. Balzera uczęszczali studenci innych wydziałów, a wśród uczestników jego seminarium było wielu słuchaczy wydziału filozoficznego.

Badania nad historią polskiego prawa sądowego zeszły na plan dalszy, a ponieważ nie była ona przedmiotem egzaminów znajomość jej wśród młodego pokolenia studentów stopniowo się zmniejszała.

Warto zwrócić uwagę, że nowy program, który nie przewidywał wykładów z historii prawa danego terytorium, utrzymał jako przedmiot obowiązkowy historię i system prawa prywatnego niemieckiego.

Pominięcie w nowym programie historii prawa sądowego polskiego z pozostawieniem historii prawa niemieckiego miało swoje głębsze przyczyny.

Dawny ustrój Polski należał już do historii, natomiast liczne instytucje dawnego prawa polskiego utrzymały się jeszcze jako prawo zwyczajowe wśród ludności wiejskiej, która przywiązana była do tych zwyczajów prawnych, nieraz sprzecznych z obowiązującym prawem austriackim, co przysparzało sądowi niejednokrotnie wiele kłopotów. Lepiej, by młodzi prawnicy nie znali prawa swego narodu, a jedynie tylko prawo zaborcze.

Nadobowiązkowo wykładano — jak to czynił Balzer — postępo-

wanie sądowe¹. Spostrzegł on trafnie, że silniejsza niż w innych dziedzinach prawa sądowego zachodzi łączność między rozwojem procesu a rozwojem form państwowych. Zaznaczył to ostatnio również prof. Sobociński (PiP 1957, s. 556). Na ważność podkreślania tego związku w wykładach dla młodych studentów prawa wskazał przed kilkunastu laty Henryk Mitteis: *Der Rechtsstudent* — pisze on — *kann nicht früh genug lernen, dass der Prozess keine blosse Technik, sondern eine Funktion der Verfassung ist.*

Jest zasługą prof. Hejnosa, że po śmierci Balzera ogłosił drukiem jego wykłady z historii procesu, których sam autor nigdy nie opublikował. Mimo, że napisane jeszcze w 1887 r. dają one — przy wszystkich swych niedostatkach — najlepszy stosunkowo obraz procesu polskiego, zwłaszcza po wydaniu *Formulae processus*. Dla Balzera bowiem, który studiował jeszcze austriacką procedurę cywilną, opartą na zasadach procesu powszechnego i który przeszło połowę swego życia spędził pod jej panowaniem, pewne instytucje dawnego procesu polskiego² były bardziej zrozumiałe niż późniejszym badaczom, a nawet i współczesnym, ale wychowanym na procedurze francuskiej.

Zdawało się, że po pierwszej wojnie światowej zacznie się okres rozwoju studiów nad dawnym procesem polskim. Zajęli się nim Adamus, Borowski, Rafacz, Vetulani, a później także Taubenschlag. Niestety znaczna część badaczy, zwłaszcza Adamus i Vetulani, po których pierwszych pracach z dziedziny historii procesu spodziewać się można było, że zbadają wszechstronnie dawny proces polski, skierowali swe zainteresowania naukowe na inne dziedziny. Żałować należy, że żadnego ze swych uczniów nie zachęcili do prac nad procesem.

Proces w obu tomach podręcznika nie jest traktowany równomiernie. Podczas gdy w I tomie proces przedstawiony jest na 62 stronach, to w II tomie — pomijając końcowy rozdział omawiający reformy okresu Oświecenia — procesowi poświęcono niecałych 19 stron, przy czym autor tej części w przeciwieństwie do autora poprzedniej części próbował obok procesu ziemskiego przedstawić proces miejski i wojskowy. Wszystko na niecałych 19 stronicach.

¹ Ponieważ wykłady z historii ustroju miały w myśl rozporządzenia odbywać się tylko w jednym semestrze, który trwał od 1 października do świąt wielkanocnych, wykłady z historii postępowania sądowego prowadził prof. Balzer w semestrze letnim, który formalnie trwał od czwartku po Wielkiej Nocy (a więc przeważnie od końca kwietnia) do końca lipca. Wykłady z historii ustroju odbywały się przez pół roku, natomiast wykłady z historii postępowania sądowego tylko przez niespełną ćwierć roku.

² Tak np. znała austriacka procedura cywilna przed wprowadzeniem procedury z 1895 r. dowód z przysięgi stron. Nowa procedura знаła jedynie dowód z przesłuchania stron.

Niestety, ani to, co zostało nam przedstawione z dziedziny procesu w tomie I, ani to, co napisane zostało o tym w tomie II, nie może nas — zwłaszcza jeśli weźmiemy pod uwagę ciężar gatunkowy dzieła, w którym odnośne kwestie zostały omówione — zadowolić.

W przedstawieniu postępowania sądowego, jak zresztą i prawa prywatnego oraz karnego przyjął autor w tomie I nie dającą się przyjąć moim zdaniem — przynajmniej o ile chodzi o prawo sądowe — periodyzację na okres przed i okres po Statutach Kazimierza W. Już przed siedemdziesięciu laty, po wydaniu przez Hubego ostatniej części swojej trylogii, mianowicie *Sądy, ich praktyka i stosunki prawne społeczeństwa w Polsce ku schyłkowi XIV wieku*, nawoływał Balzer, aby porzucić „raz już stanowczo ową z taką predylekcją powtarzaną teorię, która nauce naszej nieobliczalnie zrządziła szkody, jakoby ustawodawstwo Kazimierza W. stanowiło epokę w rozwoju prawa polskiego, ustawodawstwo to oparło się bowiem przeważnie na istniejącym poprzednio stanie rzeczy; o ile zaś rozwój prawa pchnąć chciało na nowe tory, nie znalazło w sobie dość siły, aby zadanie to przeprowadzić“.

Że przyjęta przez autora periodyzacja opiera się na bardzo kruchych podstawach świadczy chociażby fakt, że sam autor omawiając różne instytucje prawa sądowego w okresie przed Statutami Kazimierza W. powołuje się wielokrotnie właśnie na przepisy tego Statutu (np. s. 296, 318, 319, 326, 328, 332, 338, 359). Z drugiej strony znów omawiając na przykład główne instytucje procesu unormowane przez Statuty Kazimierza podkreśla autor, że nie uległy one zmianom. I tak wspomina on, że w XIV w. ustaliła się ostatecznie treść pozwu (s. 545), nie zaszły tu więc większe zmiany, że terminy rozprawy pozostały w zasadzie takie, jakie uformowały się w drodze praktyki w poprzednim okresie (s. 547), że rozprawa odbywała się ustnie i jawnie według ustalonego zwyczajowo porządku (s. 549).

Przyjęcie wspomnianej periodyzacji doprowadziło do tego, że niekiedy ta sama instytucja w każdym z okresów przedstawiona jest inaczej bez wyjaśnienia, jakie były przyczyny tych różnic. I tak np. mediator, nazwany przez autora prawidlnikiem jest na s. 352 „organem sądu, który przyjmował przysięgi i przesłuchiwał świadków, dokonywał wizji itd.“, zaś na s. 553 czytamy, że funkcje prawidlnika spełniał najczęściej woźny oraz, że „przysięgę należało głośno powtarzać za prawidlnikiem“. Prawidlnik odpowiadałby niemieckiemu *Stäber*, który wygłaszał rotę przysięgi, a strona za nim rotę tę powtarzała. Szkoda, że autor nie podał źródła, w którym występuje termin „prawidlnik“ oraz źródła, w którym na określenie prawidlnika użyto łacińskiego terminu mediator. Mogę natomiast wskazać, że terminem *mediator* określano sędziów polubownych. W Księdze ziemi sieradzkiej czytamy pod 1394 r. *deberet locare*

suos mediatores alias yednacze. W 1399 r. terminem mediator określony został *superarbiter, alias oberman si arbitri non fuerint in eadem causa concordati*. To, że zacytowana przez autora zapiska z 1324 r. (KD Wp.) mówi, iż *mediator coram nobis in presentia partium retulisset*, bynajmniej nie świadczy, że mediator to prawidlnik, który z czynności swych składał sprawozdanie delegującemu go sędziemu. Już Hube, który przez mediator rozumie arbitrów, zwrócił uwagę, że arbitrzy o rezultacie swych obrad donosili sądowi.

Jeżeli przyjmiemy, że zachodzi różnica między procesem przed Statutami a procesem po Statutach, to zaznaczy się ona głównie w jednym punkcie, mianowicie proces w wydaniu Statutów nie zna już ordaliów. Ale pamiętać należy, że ordalia znikają w całej Europie w tym samym prawie czasie, jak w Polsce, a więc około połowy XIII w., w następstwie uchwały soboru laterańskiego z 1215 r., która zabroniła księżom udziału w sądach bożych.

Jeżeli, pomijając ten szczegół przyjmuje się, że zachodzi różnica między procesem przed Statutami i po Statutach, to należałoby wskazać, na czym ta zasadnicza różnica polegała, i jakie były przyczyny powstania tych różnic.

Nie będę wchodził w szczegóły, które mogą być sporne. Na s. 326 (t. I) wyraża autor pogląd, że za wyciągnięcie topielca z wody bez pozwolenia sędziego dlatego groziła kara, ponieważ jak „można przypuszczać chodziło tu o to, by nie zacierać śladów przestępstwa”. Rzecz jasna, że można było czekać na zezwolenie sędziego jeżeli chodziło o wyciągnięcie topielca ze stawu czy jeziora, ale czy można było czekać na takie zezwolenie, gdy chodziło o topielca, którego unosiły wody wartko płynącej rzeki? Zakaz ten łączy się, jak przypuszczać należy, z dawnym wierzeniem, obawą przed zmarłym. Prawdopodobnie chodziło tu o ciało przestępcy straconego przez utopienie, którego ciało woda była winna unieść (znane w Niemczech *Wegschwimmenlassen der Leiche*)³. Pewną analogię stanowią zakazy zdjęcia z szubienicy skazanego na śmierć przez powieszenie (por. Blume von Magdeburg: *hybe, er einen dyp ab, man hengit in alz einen dyp*), jakie utrzymały się w prawie anglosaskim do końca XVIII w.⁴.

Nie jest słuszne, że ekspurgacja stosowana była tylko w sprawach ściganych z urzędu (I, 343). Każdy oskarżony w sprawach karnych czy z urzędu, czy przez osobę poszkodowaną mógł się oczyścić przysięgą (*fur proclamatus per aliquem proprior est expurgari suo sacramento corporali*).

³ P. Fischer, *Strafen und sichernde Massnahmen gegen Tote im germanischen und deutschen Recht*. Düsseldorf 1936, s. 25.

⁴ Por. np. *The Papers of Thomas Jefferson*. T. II, Princeton 1950, s. 492.

Sporne być może, czy pozew poprzedzał żalobę (jak twierdzi Vetulani) czy odwrotnie (jak chce autor, I. s. 347). Ciekawe jest, jak to normowały statuty włoskie. I tak np. Statut Predappio z 1383 r. postanawia (Lib. II. 3) *Citationes in civili et criminali iudicio fiant per placarios curie. Reo citato... et comparente in termino citationis et debitum non confitente, offeratur ei libellus per actorem* (Lib. II. 4). Jak więc widzimy, tutaj pozew poprzedza skargę. Warto też zaznaczyć, że Tucholczyk w XVI w. w swej *Farrago actionum* nazywa pozew *principium ac fundamentum ordinis iudiciarii*⁵.

O pozwie należałoby wspomnieć również w ustępie o aktach wstępnych procesu, bo przecież do nich należy, oraz zwrócić uwagę, że pojmowanie przestępcy na gorącym uczynku stało na równi z pozwem i całkowicie go zastępowało. Fakt ten jest od dawna w nauce ustalony, a w naszej literaturze wspomniał o tym ostatnio J. Adamus w swej cennej pracy *O wstępnych aktach prawa litewskiego* (Ateneum Wileńskie XII, s. 237).

Niektóre instytucje zostały przez autora mylnie zrozumiane, co np. doprowadzić może do przypuszczenia, że w Polsce formalnie teoria dowodowa istniała już w XIII w., kiedy nigdzie jeszcze nie była znana.

Błędne jest (I, s. 350), jakoby *litis contestatio* następowało tylko „jeśli pozwany nie (podkreślenie moje) godził się z żądaniem pozwu” (winno być z żądaniem skargi, gdyż zaprzeczenie następowało w sądzie po przedstawieniu skargi przez powoda). *Litis contestatio* następowało zarówno kiedy pozwany zaprzeczył roszczeniom powoda, jak również kiedy je uznał (*Et illa negatio sive affirmatio dicitur litis contestatio* czytamy w *Ordo iudiciarius* z XIII w.)⁶. W pierwszym wypadku mamy do czynienia z tzw. *litis contestatio negativa*, w drugim z tzw. *litis contestatio affirmativa*.

Błędny jest pogląd jakoby druga strona w procesie dopuszczona była do przeprowadzenia dowodu, jeżeli strona przeciwna upadła w dowodzie (I. s. 352). Faktycznie bowiem, jeżeli strona, która dopuszczona została

⁵ W prawie miejskim postępowanie rozpoczynało się od pozwu, a nie od skargi. Sposób pozywania przedstawia Groicki następująco: „Jeśli kto kogo pozwać chce naprzód ma iść do sędziego żądać, aby sługi dożyzył na pozwanie swego winowajce, a sędzia ma spytać o co go miał pozwać, on powie o dług abo inną krzywdę. Sędzia potem obaczywszy personę, która ma być pozwana, jeśli jest pod władzą jego, dopuści mu pozwu przez sługę urzędowego”. (*Porządek sądów i spraw miejskich*, Warszawa 1953, s. 100).

⁶ Analogiczną definicję daje Joannes Cervus Tucholiensis (Tucholczyk): *Litis contestatio est negotii principalis hinc inde apud iudicem facta narratio id est ut actor proponit intentionem vel querelam suam et reus asserat vel negat vel exceptionem apponit*.

do przeprowadzenia dowodu upadła w dowodzie, to druga strona wygrywała proces.

Mylne jest twierdzenie autora, jakoby „przyznanie stronie bliższości do dowodu przesądzało najczęściej z góry wynik procesu”. O tym, której ze stron przysługiwała bliższosc w dowodzie, decydowały pewne ustalone już zasady. Pierwszą zasadą było, że dowód przeprowadzić musi ten, kto twierdzi, a nie ten, kto zaprzecza: *probatio incumbit ei qui dicit, non qui negat*, stąd w zasadzie ciężar dowodu spoczywał przede wszystkim na powodzie *probatio incumbit actori*, chyba, że pozwany wniósł zarzuty przeciw skardze (ekcepcje), wówczas bowiem spadał na niego najpierw obowiązek udowodnienia prawdziwości swoich zarzutów. Regułą bowiem było: *reus excipiens fit actor*. Jeżeli dowód powodowi się nie udał, to pozwany wygrywał bez potrzeby przeprowadzenia przeciwdowodu w myśl reguły *actore non probante reus absolvitur*. Tylko w sprawach karnych przyznawano bliższosc oskarżonemu, przyjmując jako zasadę, że „powołany bliższy jest się oczyścić, niżby go kto miał pokonać”.

Zupełnie niewłaściwe jest umieszczenie w rozdziale o „postępowaniu sądowym” w ustępie zatytułowanym „wykonanie wyroku” (I, s. 558) zajęcie bydła schwytanego na własnym gruncie i zaliczenie tego do jednej z form egzekucji, mianowicie egzekucji prywatnej. Nigdzie dotąd w literaturze się z tym nie spotkałem. Zawsze prawo zajęcia przy szkodach polnych czy leśnych przysługujące poszkodowanemu zaliczano do zastawu ustawowego. Tak było w dawnym prawie polskim ziemskim⁷ i wiejskim, tak samo jest w dzisiejszym prawie polskim, o czym najdobitniej świadczy postanowienie artykułu 141 § 1 i § 2 Kodeksu zobowiązań, w którym czytamy: „Posiadacz gruntu ma prawo zwierzę cudze, które na gruncie szkodę wyrządza, zająć celem zabezpieczenia naprawienia szkody. Na zajętych zwierzęciu uzyskuje ustawowe prawo zastawu, celem zabezpieczenia należnego mu odszkodowania oraz kosztów żywienia i utrzymania zajętego zwierzęcia”. Austriacka ustawa leśna (§ 64 i n.) zezwalała ponadto kozy, owce, świny lub drób, które właściciel lasu znalazł w swym lesie, a które nie mógł zająć, zastrzelić z tym, że musiał zastrzelone zwierzę zostawić na miejscu.

Spotykamy się też nieraz — zwłaszcza w II tomie — w rozdziałach, dotyczących prawa sądowego okresu demokracji szlacheckiej i oligarchii magnackiej, z włączeniem do podręcznika szeregu błędnych ustaleń innych autorów bez żadnej kontroli. Autor po prostu *iurat in verba auctoris libri*. I tak np. powtórzone zostało bezkrytycznie mylne twierdzenie Kutrzeby, że dla szlachty utrzymywała się w szerokiej mierze możliwość dochodzenia prawa bez udziału sądu *sine stre-*

⁷ Dąbkowski, *Prawo prywatne polskie*, II, s. 307.

pitu iuris (przez autora II, s. 195 podkreślone). A przecież *sine strepitu iuris*, to żadne dochodzenie prawa bez udziału sądu, lecz odrzucenie całego balastu formalności powodujących przewlekłość procesu. Określenie *sine strepitu iuris* przejęte jest dosłownie z konstytucji papieża Klemensa V, która wprowadziła uproszczone postępowanie (bez *litis contestatio*, *articulatio libelli* itd.). Jako obowiązujące w procesie miejskim przyjmuje autor różne instytucje, wspomniane przez Groickiego, a które, jak np. interrogatoria, nigdy nie były u nas stosowane. Zaznaczyć należy, że postanowienia o interrogatoriach zapożyczył Groicki od Tucholczyka *Farrago actionum*. Bezkrytycznie niestety powtarza autor w rozdziałach o prawie i procesie wojskowym to, co napisał o tym Jan Kamiński w swej książce *Historia sądownictwa wojskowego w Polsce*. Jak powierzchownie pracował Kamiński świadczy chociażby fakt, że ze zbiorów prawa wojskowego Brodowskiego znane jest mu jedynie *Corpus iuris militaris Polonicum*, wydane w Elblągu w 1753 r., przy czym podkreśla jako ciekawą rzecz, że Brodowski nie wspomina nic o ordynacji sądów wojskowych z XVII w., o artykułach Władysława IV mówi tylko tyle, że widział je i że nie miały zastosowania jako wydane *privata auctoritate*, a nic mu nie wiadomo o drugim zbiorze Brodowskiego z roku 1755, w którym tenże ogłosił zarówno Artykuły Władysława IV dla wojsk cudzoziemskiego autoramentu, oraz ordynację sądów z czasów Jana Kazimierza. O tych dwóch pomnikach prawa wojskowego ogłosiłem rozprawę w 1938 r. w *Studiach historycznych ku czci St. Kutrzeby*, w której wykazałem, że są to przekłady ze szwedzkich artykułów wojskowych, wydanych przez Gustawa Adolfa. W podręczniku o tej rozprawie nie znalazłem wzmianki.

Żałować należy, że prace monograficzne, jakie się z zakresu procesu sądowego ukazały, nie zostały w podręczniku w pełni uwzględnione. I tak np. w tomie I przy obszernym — może nawet zbyt drobiazgowym — opisie sądów bożych nie została uwzględniona praca Abrahama, *Pontificale biskupów krakowskich z XII wieku* (Polska Akademia Umiejętności. Wydział Historyczno-Filozoficzny. Rozprawy Serya II. Tom XLI. Kraków 1927), w której prof. Abraham, poświęcając obszerny rozdział ordaliom wskazuje na stosowanie u nas „próby chleba i sera“ obok próby żelaza, gorącej i zimnej wody. Pominięta została między innymi rozprawa Fijałka, *Zaręczyny i ogłoszenie zapowiedzi w Polsce średniowiecznej* (Gazeta Kościelna 1893 r.). Zaznajomienie się z tą pracą uchroniłoby jednego z autorów od użycia na określenie zapowiedzi łacińskiego terminu sponsalia (I, s. 286), którym to terminem określano zaręczyny. Gdyby literatura monograficzna dokładniej została uwzględniona to dowiedzielibyśmy się może coś o wikariacie karnym miast w Polsce (o czym pisa-

łem w 1938 r.), a także, że jeszcze w 1604 r. pojmowano w Polsce apelację jako „łajanie prawu“, na co zwrócił uwagę Balzer (*Sądownictwo ormiańskie w średniowiecznym Lwowie*, Lwów 1909, s. 95)⁸.

Jednym z mankamentów podręcznika jest nieuwzględnienie przez jego autorów również recenzji z książek⁹, z których korzystali. A przecież recenzje przynoszą nieraz wiele nowych ustaleń, zwłaszcza, że nieraz recenzent korzysta ze źródeł, które autorowi recenzowanej książki nie były znane, lub nie były dostępne. I tak pisząc w tomie I, s. 479—480 o sądownictwie sądów justycjariuszy, autor opierając swe wywody wyłącznie na książce Abrahama *O justycjariuszach w Polsce w XIV i XV w.* nie uwzględnił recenzji Balzera, w której ten wysuwał ciekawe przypuszczenie, że justycjariusze początkowo powołani byli do sprawowania jurysdykcji tylko nad chłopami nie zaś nad szlachtą, i że dopiero później uzyskali jurysdykcję również nad szlachtą. Balzer korzystał w recenzji z nie znanych jeszcze Abrahamowi zapisek sanockich, z których wysnuwa wniosek, że w czasie, do którego odnoszą się zapiski, justycjariusz (oprawca) nie miał w ziemi sanockiej w ogóle żadnej władzy sądowniczej, nawet w sprawach karnych, że, co więcej, występuje on tylko jako oskarżyciel (*actor*), który obwinia (*inculpat*). Sprawując nadto władzę policyjną występował on, jak stwierdza Balzer, z reguły „tylko przeciw kmieciom“. Inny przykład, mianowicie w tomie II (s. 208) twierdzi autor tej części podręcznika, że znane było ułaskawienie przestępcy skazanego na karę śmierci na podstawie prośby kobiety, która ułaskawionego przestępcę dostawała zwykle za męża. A przecież w nieuwzględnionej przez autora mojej recenzji pracy Barwińskiego (nie Baranowskiego) zacytowałem zapiski sądowe, które z jednej strony mówią o wypraszaniu męża-przestępcy przez żonę, a z drugiej strony o wypraszaniu przez mężczyzn kobiet skazanych na karę śmierci. Wypadek taki jak podałem w recenzji wydarzył się w Płocku w 1782 r. To tylko przykład.

Z przykrością stwierdzić muszę, że w podręczniku, zwłaszcza w tomie I, otrzymujemy obraz jedynie prawa sądowego ziemskiego, a więc szlacheckiego. O prawie sądowym miejskim i wiejskim do końca XV w. nie dowiadujemy się tu prawie niczego.

Jeżeli historia jest przede wszystkim historią mas, jeżeli autorzy — pozostawiam na uboczu kwestię słusznie czy niesłusznie — wysuwają w rozdziałach poświęconych stosunkom społecznym, na pierwsze miejsce ludność chłopską, następnie miejską, a na ostatnie miejsce szlachtę, to

⁸ Balzer zwraca przy tym uwagę jako na rzecz znamionną, że zrazu zarówno w Niemczech, jak i w Polsce apelację uważano za odmianę nagany.

⁹ Znalazłem tylko raz jeden (t. II, s. 58) cytowaną recenzję, mianowicie recenzję J. Loho-Sobolewskiego w *Rocznikach Dziejów Społecznych i Gospodarczych*. t. III, s. 402—403 z rozprawy J. Rafacza, *Biecka ordynacja bartna z 1538 r.*

pominięcie przedstawienia prawa jakim się ludność chłopska i miejska rządziła, nie da się niczym usprawiedliwić. W dalszym więc ciągu czytelnik poznaje tylko prawo szlachty — rdzenia narodu, jak ją nazwał Dąbkowski. A przecież w latach trzydziestych wydano szereg źródeł prawa miejskiego i wiejskiego, że wspomnę źródła wydane przez Estreichera, Schmida, Polackównę, Smólkę, Kazimierza Kaczmarczyka, które przyniosły wiele ciekawego materiału do historii prawa rodzinnego, spadkowego, rzeczowego, procesu i prawa karnego miejskiego i wiejskiego, (np. ciekawa wiadomość z 1477 r., zawarta w księdze ławniczej wsi Krzemienica o wykonywaniu kary śmierci na złodzieju przez poszkodowanego, przy czym sąd zastrzega, że podjęcie się przez niego funkcji kata nie może przynieść żadnej ujemy ani jemu, ani jego krewnym, albo przykład gajenia sądu kryminalnego opisany w wilkierzu dla wsi starostwa gnieńskiego z 1674 r.)¹⁰.

Autor tomu II (mam tu ciągle na myśli partie dotyczące okresu demokracji szlacheckiej i oligarchii magnackiej), starał się przedstawić prawo sądowe miejskie. Niestety jednak oparł się wyłącznie na Groickim. Nie da się wprawdzie zaprzeczyć, że Groicki wywarł pewien wpływ na kształtowanie się praktyki sądów miejskich i wiejskich, ale tylko w niektórych działach, przede wszystkim w prawie karnym. Jest rzeczą charakterystyczną — na co na ogół nie zwracano uwagi — że Groicki starał się przeszczepić na grunt prawa miejskiego prawo rzymskie. Spowodowało to krytykę już u współczesnych. Musiały to być ostre zarzuty skoro Groicki we wstępie do *Obrony sierot i wdów* stara się usprawiedliwić swój stosunek do prawa rzymskiego, wykazać, że posiada ono moc subsydiarną i udowodnić, iż „*in defectu decretum iuris provincialis Saxonici Maydeburgensis* do prawa rzymskiego uciekać się należy jako *ad fontes*“.

O prawie sądowym miejskim, zwłaszcza procesie i prawie karnym pisano wiele. Wszystko to jednak przeważnie rozproszone jest po rozmaitych monografiach poświęconych dziejom poszczególnych miast, jak np. u Karwowskiego: *Miasto Jarocin i jego dziedzice*, u tegoż *Gniezno*, u Calliera *Ostroróg*, u Łukaszewicza *Krótki historyczno-statystyczny opis miast i wsi powiatu krotoszyńskiego* itd.

Zwięzły i jasny obraz miejskiego procesu karnego daje rozprawa prof. Uniwersytetu Jagiellońskiego Józefa Rosenblatt'a *Z kroniki kryminalnej miasta Krakowa wieku XVIII* (Gazeta Sądowa Warszawska, 1885). Poznajemy tu rolę instygatora, który występuje w procesie

¹⁰ Można by też wskazać na oddziaływanie źródeł prawa miejskiego na prawo ziemskie. I tak np. postanowienie Statutów Kazimierza Wielkiego o dopuszczenie wyklętego do świadczenia w sądzie znajduje swój przeszło o wiek wcześniejszy odpowiednik w Zwierciadle Saskim (III, 63 § 2).

w roli oskarżyciela *ex delatione* na zasadzie doniesienia pokrzywdzonego, albo też *ex munere officio*, tj. na mocy urzędu, dalej rolę obrońcy; dowiadujemy się, że zwolniony od zarzutu składać musiał *coutionem juratam de non nocendo*, o powoływaniu się w wyrokach na *Speculum Saxorum*, na Carpzo *Practica nova imperialis saxonica rerum criminalium*, czy na Damhoudera *Praxis rerum criminalium*.

Z żalem stwierdzić muszę, że prawo sądowe (prywatne, karne, proces), traktowane jest nieraz po prostu jako swego rodzaju dodatek do historii ustroju, chyba dla zaznaczenia, że prawo sądowe zostało uwzględnione. Jednakże prawu sądowemu poświęca się niejednokrotnie tylko kilka wierszy, a zdarza się nawet, że o prawie mowa jest jedynie tylko w tytule rozdziału, a poza tym ani słówka więcej. Tak np. w t. II na s. 35 mamy ustęp zatytułowany *Ustrój i prawo Prus Książęcych*, jednakże w ustępie tym na próżno szukalibyśmy jakiejś wzmianki o prawie.

Podobnie ma się rzecz z Kurlandią, która przecież aż do trzeciego rozbioru była lennem Rzeczypospolitej. Nie znajdujemy nawet najdrobniejszej wzmianki o kodeksie prawa dla Kurlandii ogłoszonym w marcu 1617 r. w języku łacińskim, który był dziełem polskiej komisji, której członkami byli Jan Kuczborski, biskup chełmiński, Adam Talwois, kasztelan żmudzki, Maksymilian Przerębski, kasztelan zawichojski i starosta piotrkowski, Mateusz Śmiglecki, starosta bydgoski, Andrzej Mleczek, sędzia ziemski upicki oraz Wilhelm Kochański, sekretarz królewski. Warto wspomnieć, że kodyfikacja ta, a zwłaszcza jej artykuły dotyczące prawa cywilnego obowiązywały w Kurlandii jeszcze w XIX w.

Wspomnieć też musimy o wydanych w języku niemieckim statutach okręgu pilteńskiego (*districtus Piltensis*, na południe od Windawy), zatwierdzonych przez Zygmunta III, króla polskiego 28 października 1611 r. W statutach tych ziemskie prawo polskie uznane zostało jako prawo posiłkowe w przypadku, gdy w Statutach zachodziła luka: „Die Richter sollen allen Sachen nach dem beschriebenen Recht entscheiden, wo ihnen aber dieses entstehet, sich aus ihren alten Gebräuchen und denen polnischen Statuten Rechts erholen“ (Teil I, Tit. 2, Art. 10).

Oddziaływało prawo polskie również i na prawo miejskie miast kurlandzkich, a w niektórych dziedzinach było ono nawet obowiązkowe. I tak postanawiają tzw. „Ordynacje policyjne“ (*Polizeiordnungen*) miasta Friedrichstadt (Jaungelgava) z 1647 r., które nakładają na radę miejską obowiązek: „Die Sachen nach dieser Polizey, hiesigen Landes-Statuten und Gebräuchen, sowohl Polnischen oder Preussischen, als Kayser- und Sachsen-Rechte, da es der Casus erforderte und sich schichte, richten und verabscheiden sollen“ (Tit. 2, § 6), w sprawach przedawnienia rachunków, zobowiązań itd., że „es bei hiesigen Landes-Statuten und Polnischen Cron-Rechten gelassen“ (Tit. 19, § 2).

Szczególny żal czuję do autorów z powodu pobieżnego i powierzchownego przedstawienia dziejów prawa na Śląsku. W tomie I poświęcone zostało dziejom wszystkich działów prawa na Śląsku 26 wierszy, a w tomie II aż 12 wierszy, a więc łącznie niecała strona (która liczy 41 wierszy). Przed prawie 40 laty wypowiedział prof. Przemysław Dąbkowski na wykładzie wstępnym z dawnego prawa prywatnego polskiego, wygłoszonym dnia 17 X 1919 r. na Uniwersytecie Warszawskim, obrazując stan badań nad dawnym polskim prawem prywatnym następujące słowa: „A prawo Śląska tej prastarej dzielnicy piastowskiej? Zapomniała o nim niestety prawie zupełnie dzisiejsza nauka prawa prywatnego polskiego. Ciężkie to przewinienie, nie mówiąc już o narodowym — ale i naukowe, gdyż pomniki prawa śląskiego są jedne z najwcześniejszych i najliczniejszych w Polsce, a zatem dla całokształtu naszej nauki bardzo ważne. Zaniechanie to naprawić powinniśmy też jak najrychlej”¹¹.

Niestety nic się w tej dziedzinie od 40 lat nie zmieniło!

Niemcy poświęcili od przeszło stu lat wiele prac monograficznych i rozpraw w czasopismach dziejom prawa niemieckiego na Śląsku, których bardzo często głównym celem było wykazać, że na Śląsku obowiązywały wyłącznie instytucje i prawo niemieckie. Szukano ścisłego związku między urządzeniami w Niemczech i na Śląsku. Ernst Theodor Gaupp ogłaszając w 1857 r. swą pracę o sądach femy podkreślił w tytule „mit besonderer Rücksicht auf Schlesien”. Już od lat prawie 70 zajmują się autorzy niemieccy problemem wzajemnego stosunku prawa saskiego, prawa frankońskiego i flamandzkiego¹². O kontynuację tych badań przez polskich historyków prawa nawołuje na łamach Kwartalnika Historycznego w 1949 r. Marian Friedberg.

Byłby to jeden z kierunków badań nad historią prawa sądowego na Śląsku, jakim zająć się winni polscy historycy prawa. Pozwoliłoby to im wykazać, że prawo niemieckie na Śląsku dzięki różnym odłamom prawa niemieckiego, a także wskutek oddziaływania prawa polskiego posiada odrębny charakter. Przykładem tej odrębności jest np. fakt, że w miastach śląskich, gdzie obowiązywało prawo magdeburskie, nie istniał w majątkowym prawie małżeńskim właściwy prawu saskiemu system odrębno-

¹¹ Przemysław Dąbkowski, *Wykład wstępny z dawnego prawa prywatnego polskiego wygłoszony na Uniwersytecie Warszawskim dnia 17 października 1919 r.*, Lwów 1920, s. 21.

¹² Ostatnio Theodor Goerlitz, *Das flämische und das fränkische Recht in Schlesien und ihr Widerstand gegen das sächsische Recht*. Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung 57, s. 138—151.

Ważne byłoby też zbadanie stanowiska prawnego chłopów na Śląsku. Por. np. Franz Klein, *Eine bauernrechtliche Quelle des 15. Jahrhunderts aus Schlesien* (ibid. 65, s. 361-363).

ści majątkowej (I s. 496, II s. 169), ale odwrotnie system wspólności majątkowej¹³, znany poza tym tylko prawu chełmińskiemu.

Drugim kierunkiem badań naszych historyków prawa winno być zobrazowanie całokształtu polskiego prawa sądowego na Śląsku, zbadanie jego odrębności, a wreszcie jego walki przeciw obcemu prawu.

Kończąc podkreślić muszę, że uznaję trud autorów. Zawsze jednak broniłem i bronię stanowiska, że o ile chodzi o syntezę historii prawa sądowego — to w przeciwieństwie do historii ustroju na jej syntezę jest jeszcze za wcześnie. Brak nam monograficznych opracowań różnych instytucji prawa prywatnego, zwłaszcza od XVI w. Tak samo nie posiadamy opracowań z zakresu prawa karnego tego okresu. Książka Juliusza (nie Juliana, jak w t. I s. 43) Makarewicza nie uwzględnia zupełnie praktyki sądowej i przedstawia nam prawo karne głównie na podstawie Voluminów Legum i Statutów Litewskich, które traktuje jako posiłkowe w Koronie.

Nie posiadamy wreszcie nowszych monografii z dziedziny prawa procesowego. Jest rzeczą niezmiernie charakterystyczną, że *Formula processus* „jedynej w Polsce aż do końca XVIII w. skodyfikowany dział prawa sądowego“, nie doczekał się po dziś dzień gruntownego opracowania. Brak nam zwłaszcza o ile chodzi o prawo chłopów i mieszczan niemal w ogóle jakichkolwiek monografii. A przecież nie możemy się zajmować tylko prawem szlacheckim i tylko na podstawie tego prawa pisać syntezę prawa polskiego.

Opracowanie syntezy, gdy nie są jeszcze przebadane monograficznie najważniejsze instytucje spowodować może duże szkody, bo przecież prawnik, który zajmuje się prawem dzisiejszym, a którego zainteresują pewne momenty historyczne sięgnie po dzieło zawierające syntezę w przekonaniu, że wszystko co tu podane — jest bezsporne. Prawniki francuski, a zwłaszcza niemiecki czy włoski ma do dyspozycji dużą ilość dzieł syntetycznych. Może on wyniki dzieła jednego autora skonfrontować co do jego ścisłości z dziełem innego autora. U nas niestety takiej możliwości nie ma. Przy opracowywaniu więc syntezy prawa sądowego w Polsce musimy być bardzo ostrożni. Wobec stanu opracowań monograficznych naszego prawa sądowego raz jeszcze powtarzam: na syntezę historii prawa sądowego jest u nas jeszcze za wcześnie.

¹³ Georg Frommhold, *Zur Geschichte des fränkischen Rechtes in Schlesien*. (Tamże XIII, s. 220—226).

