

Andrzej Zakrzewski

Czemu ma obecnie służyć historia prawa, co jej grozi?

Keywords: history of law, legal education

Summary

Legal history in Poland is imperiled by a few threats. One of them is a model of the university education, promoted by the heads of faculties, which is devoted to strictly legal subjects. It may happen, that historical subjects will be eliminated or vastly limited in the course of the implementation of this model. Such kind of pressure inclines legal historians to emphasize their utility to contemporary legal science.

However, it is worth noticing, that there are different dangers that lie in wait for Roman law and for Polish legal history. Basing instruction upon incomplete sources in showing a distant genesis of contemporary legal institutions causes an excessive simplification, which is a serious threat to the reliability of scientific research. The Polish legal history researcher will be helpful to a specialist of contemporary law only occasionally and in most of those rare cases his research will be used to point out the birth of a certain legal institution in Polish law. Another threat to Polish legal history is an intensive interest in mostly recent history. Although, after years of censorship in the state of real socialism, this situation is intelligible, as it resulted in abandoning the research of old-Polish times, nowadays conducted by only a few scholars. As far as the group of Romanists is concerned, they tend to indicate the Roman roots of almost all past, present and future legal institutions. However, this is cannot be done when applying all rigors of scientific research. A drop of the scientific level of publications may be observed as well. Authors do not investigate sources of the practice of the law, the use of legal history literature is insufficient and the publications of historians of other specializations are used only to a minimal degree.

Legal historians in Poland have to deal with these main problems, if they hope for the further development of their discipline.

Stan i osiągnięcia polskiej historii prawa omówili niedawno – niekiedy różniąc się akcentowaniem zupełnie odmiennych zjawisk – Henryk Olszewski i Waław Uruszczak¹. Uwagi poniższe są więc głosem w dyskusji, zabranym jednak z nieco odmiennego punktu widzenia. Wynika on nie tylko z różnicy pokoleniowej, nie tylko – z pochodzenia z innego ośrodka, ale również z obserwacji współautora bibliografii historycznoprawnej, któremu przez ręce przechodzi niemała część naszej naukowej twórczości.

Ponad sto dwadzieścia lat temu Oswald Balzer zadał pytanie: „czy nauce prawa polskiego, dzisiaj nie obowiązującego, przyznać mamy rację bytu, czy też jej odmówić?” I od razu odpowiedział: „Przestaliśmy spoglądać na nią wyłącznie tylko ze stanowiska praktycznego; uprawiamy ją jako umiejętność, i to z większym może zapałem i lepszym skutkiem, niż kiedykolwiek dawniej”². Po upływie ponad stulecia wydawałoby się, że jest to pytanie retoryczne. Badania nasze są więc nauką. Motywy ich podejmowania są indywidualne. Dla Juliusza Bardacha była to „przemozna ciekawość w poznawaniu nowych problemów, faktów, związków między nimi”³. Waław Uruszczak widział to inaczej: „Odsłaniając przeszłość w sferze prawa, [historia prawa] czyni to nie z próżnej ciekawości, ale zawsze z intencją przekazania współczesnym i przyszłym pokoleniom rzeczywistych historycznych doświadczeń w sferze prawa i następstw jego stosowania w określonym miejscu i czasie”⁴.

Status historyków prawa jest w Polsce omal jednolity: prawie wszyscy są nauczycielami akademickimi zatrudnionymi na wydziałach prawa. Niekiedy władze tych wydziałów hołdują uproszczonej – by nie rzec: prostackiej – wizji edukacji prawniczej okrojonej do przedmiotów zawodowych. Nie jest to nic nowego. Przedmioty historycznoprawne padały już ofiarą różnych praktycznie nastawionych reformatorów nauczania prawa, jakoś jednak podnosiły się po ich śmiałych reformach. Środowisko nasze zaś starało się uzasadnić wyższość uniwersyteckich studiów prawniczych nad studiami zawodowymi⁵. O pożytku

- 1 H. Olszewski, *Uwagi o stanie nauk historycznoprawnych*, „Państwo i Prawo” (dalej: PiP) 2010, nr 4, R. LXV, s. 3–14, http://lex.pl/czasopisma/paipr/pip_4_2010.html; W. Uruszczak, *À propos „Uwag o stanie nauk historycznoprawnych”*, PiP 2010, nr 9, R. LXV, s. 106–111, <http://www.law.uj.edu.pl/~khpp/site/images/adm/Image/Uruszczak%20Uwagi%20o%20stanie%20nauk.pdf>; H. Olszewski, *W odpowiedzi Profesorowi Waławowi Uruszczakowi*, PiP 2010, nr 10, R. LXV, s. 113–115.
- 2 O. Balzer, *O obecnym stanie nauki prywatnego prawa polskiego i jej potrzebach*, [w:] idem, *Studia nad prawem polskim*, Poznań 1889, s. 19.
- 3 *Przemówienie Profesora Juliusza Bardacha*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” (dalej: CPH) 1997, T. XLIX, z. 1–2, s. 304.
- 4 W. Uruszczak, *Tradycja w historii prawa*, „Zagadnienia Naukoznawstwa” 2002, nr 3 (153), T. XXXVIII, s. 429.
- 5 K. Sójka-Zielińska, *Nauczanie historii w czasach przemian ustrojowych*, [w:] *Humanizacja zawodów prawniczych a nauczanie akademickie*, red. A. Turska, Warszawa 2002, s. 39–49; W. Witkowski, *Dyscypliny historycznoprawne a kwestia jakości kształcenia i akredytacji studiów*, [w:] *Humanizacja zawodów...*, s. 51–59.

kształcenia uniwersyteckiego wspominał niedawno Henryk Samsonowicz: „Studia uniwersyteckie muszą dawać pewne poszerzenie możliwości intelektualnych człowieka; one ułatwiają percepcję, ułatwiają możliwość innego widzenia świata”⁶. Maria Zmierczak zaś jasno ukazała to w stosunku do studiów prawniczych: „Rola prawa w każdej społeczności politycznej zależy od tego, czy absolwent wydziału prawa będzie zdolny spojrzeć na państwo i prawo z szerszej perspektywy, a nie jedynie z perspektywy tego, co właśnie opublikowano w Dzienniku Ustaw, Monitorze czy Dziennikach Urzędowych poszczególnych ministerstw”⁷. Dyscyplina nasza – podobnie jak inne przedmioty nienależące do prawa pozytywnego – pełni taką rolę na studiach prawniczych. Uznając to za udowodnione, warto zająć się słabościami naszych badań. Słabości naszej dydaktyki wymagają bowiem kompetentniejszego pióra⁸.

Nowoczesne badania nad historią prawa w Europie Zachodniej trwają omal dwa stulecia. Biblioteki pęcznią tam od wydrukowanych tez doktorskich – różnej wprawdzie wartości, pozwalających jednak na w miarę bezpieczne tworzenie uogólnień. Pozbawiona własnego państwa nauka polska przystąpiła do takich badań – co najmniej – z pokoleniowym opóźnieniem i na znacznie węższą skalę: praktycznie w dwóch galicyjskich uniwersytetach. Odzyskanie własnego państwa sytuację polepszyło tylko w pewnym stopniu: przybyły wprawdzie trzy uniwersytety, ale skromne środki na badania nie odpowiadały potrzebom nauki ani ambicjom środowiska. Korzystano też ze znacznie mniejszej niż w Europie Zachodniej bazy źródłowej. Tę radykalnie zredukowała ostatnia wojna – zarówno w wyniku zaplanowanego zniszczenia przez hitlerowców, strat wojennych, jak i poprzez przesunięcie granic.

Nadal aktualne jest stwierdzenie O. Balzera: „poświęciliśmy zaledwie mało uwagi prawu prywatnemu i karnemu, pojętym w znaczeniu materialnym zarówno, jak i formalnym”⁹. Problemów badawczych – jeśli chodzi o historię prawa i ustroju polskiego – jest więc mnóstwo. Skoro nie rozwiązano problemów o znaczeniu pierwszoplanowym – nie istnieje potrzeba, zwłaszcza w zakresie prawa sądowego, usilnego poszukiwania kwestii dziesięciorzędnych. Zapewne podobnie ma się rzecz z historią powszechną ustroju i prawa, zwłaszcza – poza Europą Zachodnią. Odmiennie przedstawia się położenie prawa rzymskiego: setki lat refleksji, wiek (albo i więcej) pandektystyki, polowanie na interpolacje i – następnie – jego krytyczna ocena, słowem: badania setek praktyków, naukowców z całej Europy powodują, że klasyczna romanistyka powoli się – chyba – wyczerpuje. Trzeba więc szukać nowych pytań.

6 *Zaledwie trzymamy się pewnych starych formuł*, „Uniwersytet Warszawski” 2010, nr 5 (49), s. 18.

7 M. Zmierczak, *Nauki historycznoprawne wśród dyscyplin prawniczych i w programach studiów*, CPH 1996, XLVII, z. 1–2, s. 86.

8 A. Rosner, *Jak uczyć historii prawa czyli o trudnej sztuce dialogu ze studentem*, CPH 2002, LIV, z. 1, s. 409–428.

9 O. Balzer, op. cit., s. 20.

We współczesnych badaniach historycznoprawnych wyodrębnić można dwa nurty. Pierwszy z nich – nazwijmy go *historyczny* – ukazuje dawne instytucje i ich funkcjonowanie w ówczesnym kontekście, z niechęcią, a w każdym razie: z całą ostrożnością, porównuje je do instytucji znanych współcześnie. Nurt drugi zaś – bardziej *prawniczy* – kładzie nacisk na ukazanie w przeszłości genezy instytucji współczesnych. Zwolennicy ujęcia odmiennego, stronników pierwszego podejścia chętnie nazwaliby *antykwarystami*, drugiego zaś – *prezentystami*.

Ponad dwadzieścia lat temu Marek Wąsowicz zastanawiał się: „czy historyk prawa jest «bardziej» historykiem czy prawnikiem? – i odpowiadał – historyk prawa, bez względu na to jaką problematyką się zajmuje, jest jednak przede wszystkim historykiem. (...) W dociekaniach prawnika góruje bowiem postawa postulująca: prawnik zastanawia się nad tym, jakie prawo powinno być, jak powinno się je stosować, jak go przestrzegać. W rozważaniach historyka dominuje natomiast postawa wyjaśniająca: próbuje on opisywać i tłumaczyć przeszłość. Historyk prawa bada przeszłe prawo (...)”. I konkludował: „w jego rozważaniach musi dominować postawa tłumacząca, właściwa historykowi”¹⁰.

W nauce istnieją – i jest to zupełnie normalne – pewne mody¹¹. Jednak niekiedy niosą one ze sobą niebezpieczeństwo. W początkach III Rzeczypospolitej zaczęto budować społeczeństwo obywatelskie i propagować jego ideę – pojawiła się więc i historycznoprawna refleksja na ten temat¹². Wówczas – o ile można sądzić – zachowano umiar. Czy będzie to zawsze możliwe? Jeśli za wszelką cenę będziemy starać się udowodnić naszą bezpośrednią przydatność dla prawników zajmujących się prawem pozytywnym i nie zachowamy w tym niezbędnej ostrożności – grozi to rzetelności naszych dociekań.

Specjaliście od prawa pozytywnego pomocni będziemy raczej rzadko, choć – oczywiście – możemy im wskazać i poznać początki ich dyscypliny na gruncie polskim. Zdarza się bowiem, że są oni doskonale zorientowani w jej genezie i rozwoju na gruncie europejskim, natomiast o ewentualnych rodzimych korzeniach pojęcia nie mają. Jeśli zechcą nas słuchać – a to się zdarza – jest nam miło. Czasem badacz może zasugerować rozwiązanie problemu szerszego¹³. Bezpośrednio zaś przydatni bywają najczęściej ci spośród nas, którzy zajmują się prawem wieku niedawno ubiegłego¹⁴. Czasami jednak niezbędna będzie znajomość

10 M. Wąsowicz, *O profesji historyka prawa*, „Przegląd Humanistyczny” 1989, nr 3, s. 20–21.

11 Zob. D. R. Kelley, *Granice historii. Badanie przeszłości w XX wieku*, Warszawa 2009.

12 *Spółeczeństwo obywatelskie i jego reprezentacja (1493–1993)*, red. J. Bardach, współudz. W. Sudnik, Warszawa 1995.

13 E. Borkowska-Bagińska, *O doświadczeniach kodyfikacji prawa cywilnego w II Rzeczypospolitej dla współczesnego ustawodawcy*, „Czasy Nowożytne” 2002, t. XII (XIII), s. 125–141.

14 Przykładowo: P. Czubik, *Ex eventu resurrexit lex mortua – czyli rzecz o ostatnim orzeczeniu Sądu Najwyższego wydanym m.in. na podstawie austriackiego Kodeksu Cywilnego z 1811 r.*, [w:] Świat, Europa, mała ojczyzna. *Studia ofiarowane Profesorowi Stanisławowi Grodzkiemu w 80-lecie urodzin*, red. M. Małecki, Bielsko-Biała 2009, s. 401–407; R. Jastrzębski, *Wykładnia historyczna we współczesnej judykaturze*, „Przegląd Sądowy”, styczeń 2010, s. 91–111.

także wcześniejszych stuleci. Potwierdza to *votum separatum* Bohdana Zdziennickiego do jednego z orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego: „Analizy historyczno-prawne są trudne (obracamy się często w odmiennych systemach źródeł prawa i w innej terminologii, innych rozwiązaniach konstrukcyjnych) i bardzo pracochłonne (poszukiwanie starych dokumentów, analizowanie orzecznictwa i dawnych opracowań doktrynalnych). (...) takie badania muszą być jednak zawsze skrupulatnie przeprowadzane przy ocenianiu konstytucyjności rozwiązań z bliższej i dalszej przeszłości”¹⁵. Możemy więc wskazywać, że prawo tworzy się w pewnym historycznym kontekście, po jego zmianie możliwa jest więc wykładnia odmienna od początkowej.

Niekiedy badacze XX w. mogą ukazać mniej lub bardziej użyteczne precedensy. We wrześniu 2007 r. Prezydent Rzeczypospolitej zdymisjonował kilkoro ministrów – chodziło o uczynienie bezprzedmiotowym wniosku opozycji o *votum* nieufności wobec poszczególnych ministrów, co miało doprowadzić do dymisji całej Rady Ministrów z pominięciem konstytucyjnego wymogu konstruktywnego *votum* nieufności. Następnie powołał ich znowu na stanowiska. Rozgorzała dyskusja: czy było to – tylko – obejście konstytucji, czy też – aż – jej naruszenie? Nie była to zupełna nowość: podobna sytuacja zdarzyła się we wrześniu 1926 i marcu 1930 r.¹⁶ W tym samym 2007 r. rozgorzał kolejny spór: czy Prezydent Rzeczypospolitej może odmówić mianowania kandydata na ministra przedstawionego przez desygnowanego przezeń Prezesa Rady Ministrów? Prezydent ostatecznie nie zdecydował się jednak na ten krok. A precedens istniał: w 1923 r. prezydent Stanisław Wojciechowski odmówił z powodu zastrzeżeń moralnych mianowania Jana Bryła na stanowisko ministra robót publicznych w rządzie Wincentego Witosa, zaś w maju 1926 r. ostrzegł W. Witosa, że nie podpisze nominacji Władysława Sikorskiego na stanowisko ministra spraw wojskowych¹⁷.

Nie powtórzy się już zapewne spór o Morskie Oko. Żaden badacz nie może więc liczyć na sławę Oswalda Balzera. Politycy zaś – sądząc po efektach ich aktywności – niechętnie korzystają z naszej wiedzy. Z parlamentarnego doświadczenia II Rzeczypospolitej i obserwacji dotyczących konstytucjonalizmu wiado-

15 Zdanie odrębne sędziego TK Bohdana Zdziennickiego do postanowienia Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 maja 2008 r., sygn. akt SK 14/06, <http://www.trybunal.gov.pl/OTK/otk.htm>; zob. też: R. Jastrzębski, *Z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego (prawo połowu przyznane na podstawie regulacji uwłaszczeniowych z XIX wieku na obszarze dawnego Królestwa Kongresowego), Glosa do postanowienia z 7 V 2008, SK 14/06, PiP 2010, R. LXV, z. 1 (767)*, s. 121–126. Problem nie obcy i innym sądom konstytucyjnym, zob. V. Kindl, *Jak nahlíží Ústavní soud ČR na (právní) akty panovníka z 18. století (Několik poznámek k části odůvodnění nálezu ÚS II 189/02 z 25.8.2005)*, „Acta historico-juridica Pilsnensia 2006”, ed. V. Knoll, Plzeň 2007, s. 301–306.

16 Ostatnio wskazał na to, w interesującym kontekście W. Kulesza, *Nadużycie prawa a obejście prawa w świetle doświadczeń dydaktycznych*, [w:] *Nadużycie prawa*, red. H. Izdebski, A. Stępkowski, Warszawa 2003, s. 113.

17 M. Pietrzak, *Rządy parlamentarne w Polsce w latach 1919–1926*, Warszawa 1969, s. 179–181.

mo było, że ordynacja proporcjonalna powoduje – w niedojrzałych systemach partyjnych – istnienie mnóstwa drobnych partii i partyjek, w parlamencie zaś sprzyja rozdrobnieniu klubów, w efekcie utrudnia stworzenie stabilnej koalicji rządowej. Politycy wybrali jednak takie rozwiązanie i być może dopiero teraz jesteśmy świadkami konsolidacji naszej sceny politycznej. To samo doświadczenie II Rzeczypospolitej wskazywało, że nadmiernie szeroki immunitet parlamentarny może być wykorzystany nie tyle dla zapewnienia swobody wypełniania parlamentarnego mandatu, lecz dla ochrony zupełnie prywatnych i niekoniecznie czystych poselskich interesów i interesików¹⁸. Projekt konstytucji z kwietnia 1993 r., firmowany przez Prezydenta Rzeczypospolitej, przewidywał w art. 29 ograniczenie ochrony posła i senatora – na to jednak w ostatniej wersji koalicja konstytucyjna nie przystała. A właśnie brzmienie regulującego tę kwestię art. 105 aktualnej konstytucji było jej pierwszym elementem, który spotkał się z krytyką. Regulacje dotyczące aborcji są nadal dowodem, że polityk nie potrzebuje opinii fachowca sprzecznego z tzw. wolą polityczną. Wskazać można było uboczne skutki obowiązującego do 1956 r. zakazu aborcji. Gdy w 1993 r. znacznie zaostrzono warunki dopuszczalności przerwania ciąży – można było przewidzieć pojawienie się owych symptomów niechcianego macierzyństwa czy tragicznych wyborów kobiety. Politycy jednak woleli i wolą wierzyć w to, że kwestia w takim ustawowym ujęciu problemów nie nastęcza.

Nieporozumieniem okazały się sądy dwudziestoczołgodzinne. Wśród skazanych zdecydowanie dominowali pijani kierowcy i – zwłaszcza – rowerzyści. Ponieważ policja odgrywała rolę kierowcy owego pechowego cyklisty – musiała go zawieźć do prokuratora, następnie do aresztu, z aresztu do sądu – wolała więc go „nie zauważać”, bo niczym innym zajmować by się już nie mogła. Zaś stadionowe chuligaństwo trudno jest w takim trybie osądzić – kamery obecnie stosowane jednoznacznego materiału dowodowego nie dostarczają. Dodatkowo: obligatoryjne tymczasowe aresztowanie jest sprzeczne z europejskimi standardami procesu karnego. Istniały – dyskwalifikujące podobny tryb, wprowadzony w 1958 r. *ustawą o zwalczaniu chuligaństwa* – badania Andrzeja Gaberle¹⁹. Przemowny nacisk polityki spowodował jednak wprowadzenie krytykowanego rozwiązania. Doświadczenie wykazuje więc niestety, że rolę nauki jest wskazywanie istotnych wad wprowadzanej instytucji i sugerowanie poprawek, następnie zaś – wobec niewykorzystania dostarczonych ocen – obserwacja, że przypuszczenia sprawdzają się. Rządzący nie potrzebują wszechstronnej, obiektywnej opinii nauki. Stanisław Ossowski miał słuszość – najczęściej korzystają z nauki „jak pijak z latarni: nie szukają tam światła, ale oparcia”.

18 *Pamiętnik I (VII) Zjazdu Prawników Polskich w Wilnie 8–10 VI 1924*, red. A. Parczewski, F. Bossowski, „Rocznik Prawniczy Wileński” R. II, z. dodatkowy I, s. 38.

19 A. Gaberle, *Tryb przyspieszony. Badania praktyki*, Kraków 1975.

Donald R. Kelley zauważył przed pięciu laty: „Historycy zawsze szukali „użytecznej historii”, choć niekoniecznie się z tym obnosili”²⁰. Ciśnienie wydziałowych władz, może też własne ambicje – chęć powiedzenia czegoś nowego, częściej chyba niż innych dziejopisów, skłaniają historyków prawa do akcentowania owej użyteczności. Rzymskiej genezy można się doszukać – jeśli się uprzeć – omal we wszystkim, przykładowo: w przestrzeganiu prawa i niezwiązaniu monarchy prawem²¹, ba, można się tego doszukiwać w jeszcze nieistniejącym europejskim kodeksie cywilnym²². Czy ma to jednak sens? Czy nie rodzi żadnych wątpliwości? Niedawno wskazał je – i to poważne – Paul du Plessis²³. Nadal więc poważnie traktować należy pochodzące sprzed kilkunastu lat, choć podane w lekkiej formie, ostrzeżenie jednego z romanistów: „Anektowanie prawa rzymskiego dla idei europejskiej [czyli: „europeizując” prawa narodowe] ma – przy całej zubożności zamiarów – tyle wspólnego z nauką historii prawa, co anektowanie go ongiś dla ideologii faszystowskiej, nazistowskiej, real socjalistycznej czy jakiegokolwiek innej”²⁴. Podobnie jak i drugą przestrożę: „Romanistyka współczesna nie zadawała się tylko kontemplacją elementów prawa rzymskiego obecnych w narodowym prawie prywatnym. Stała się – jak chciał już Koschaker – historią europejskiego prawa prywatnego i musiałaby uczestniczyć w europeizacji praw narodowych i w integracji prawnej Europy Zachodniej. Oczekiwania tego rodzaju wpędziłyby w kryzys każdą inną naukę historyczną. To tak jakbyśmy w dziejach starożytnego atomizmu szukali rozwikłania tajemnicy kwarków lub w dziejach medycyny średniowiecznej – odkrycia leku na AIDS”²⁵.

Wspomniany już romanista stwierdził jednak niedawno: „Nie wolno już wykluczać badania praw człowieka przed rokiem 1789, kiedy to Rewolucja Francuska dokonała ich pozytytywizacji, a zjawiska praworządności przed rokiem 1829, kiedy Robert von Mohl po raz pierwszy zastosował pojęcie państwa prawa w swej pracy o prawie konstytucyjnym Królestwa Wirtembergii”²⁶. Zgoda – badać można wszystko. Tylko należy mieć świadomość, czy bada się pewien spój-

20 D. R. Kelley, *Granice historii. Badanie przeszłości w XX wieku*, Warszawa 2009, s. 196.

21 W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérier, *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, Warszawa 2009, s. 116.

22 Ibidem, s. 548.

23 P. du Plessis, *Legal history and method(s)*, [w:] *Libellus ad Thomasium: Essays in Roman law, Roman-Dutch law and Legal history in honour of Philip J. Thomas*, red. R. van den Bergh, G. van Niekerk, Pretoria 2010, s. 64-72, http://search.sabinet.co.za/WebZ/images/ejour/funda/funda_v16_n1_a10.pdf?sessionId=01-36965-447202454&format=F.

24 T. Giaro, *Dogmatyka a historia prawa w polskiej tradycji romanistycznej*, „Prawo Kanoniczne” 1994, 37, nr 3-4, s. 87.

25 Idem, „*Lasciamo queste devianze puerili ai tedeschi*” – *dogmatica e storia nella tradizione romanistica polacca*, [w:] *Le droit romain et le monde contemporain. Mélanges à la mémoire de Henryk Kupiszewski*, red. W. Wołodkiewicz i M. Zabłocka, Varsovie 1996, s. 21.

26 Idem, *Dogmatyka i historia prawa w dobie globalizacji. Nowe rozdział kart*, [w:] *Prawo w dobie globalizacji*, 5 marca 2010 [materiały z konferencji], s. 41.

ny system, czy też notuje pojedyncze, oderwane wzmianki, mogące ukazać – co najwyżej – pierwsze, niepewne ślady instytucji powstałej półtora tysiąclecia później? Wspomniana już Maria Zmierczak trafnie zauważyła – odnosząc się wprawdzie do historii idei: „ważnym problemem metodologicznym jest możliwość przenoszenia pojęć późniejszych na wcześniejsze epoki. Dotyczy to na przykład pojęć takich, jak: państwo prawa, rządy prawa, konstytucjonalizm – które nagle przenoszone są do odległych epok i o których trudno sądzić, że w ogóle były stawiane takie problemy”. Podkreśliła też: „nie jest tak, że kontekst nie ma znaczenia i dowolnie można przenosić idee z jednej epoki do drugiej”²⁷. Żałować należy, że tak potrzebna dyskusja na temat możliwości przenoszenia pojęć prawnych – przedmiotem jej było istnienie nadużycia prawa podmiotowego w starożytności²⁸ – utknęła w erystycznych chwytach i złośliwościach²⁹. Jednak i ona przyniosła pewien skutek: jeden z dyskutantów, pierwotnie trywializujący postulat badania prawa jako kultury prawnej, po pewnym czasie – już bez powołania tez polemisty – wskazał na konieczność podejmowania takich dociekań³⁰. Istotnie – badania nad kulturą prawną są naszą szansą na zaistnienie zarówno wśród innych nauk społecznych, jak i w społeczeństwie³¹.

Postulat poszukiwania genezy współczesnych instytucji w przeszłości jest oczywiście słuszny. Aby jednak uniknąć śmieszności – wymaga pewnej dyscypliny warsztatowej, pozwalającej dostrzec również inne źródła inspiracji, używanie starożytności – lub szerzej: przeszłości – jako sztafażu, posługiwanie się tym samym łacińskim terminem (oznaczającym jednak coś innego), albo – zgoła – samodzielny rozwój instytucji. Wydaje się, że nowe perspektywy badawcze prawu rzymskiemu stworzyłyby szersze zastosowanie warsztatu historycznego, intensywniejsze badanie praktyki, a także powiązanie z innymi dyscyplinami humanistycznymi. Tendencja, tu i ówdzie głoszona, aby uznawać je za praźródło – wspomnianego już, a nieistniejącego – europejskiego kodeksu cywilnego sama w sobie nie jest groźna; ewentualny negatywny wynik badań jest też wynikiem, wskazuje bowiem następcom, że ta droga prowadzi donikąd. Jeśli jednak tendencja taka zmonopolizuje, niczym 60 lat temu łysenkizm biologię, polskie

27 M. Zmierczak, rec. A. Rzegocki, *Racja stanu a polska tradycja myślenia o polityce*, Kraków 2008, CPH 2009, R. LXI, z. 1, s. 383–384.

28 A. Stępkowski, *Wokół problematyki nadużycia prawa podmiotowego. Polemika z tezami książki Franciszka Longchamps de Bériera, Nadużycie prawa w świetle rzymskiego prawa prywatnego*, Wrocław 2004, „Zeszyty Prawnicze” UKSW, 5.1: 2005, s. 255–274.

29 Dalsza dyskusja: „Zeszyty Prawnicze” 6.1: 2006, s. 279–300; 6.2: 2006, s. 189–219; 7.1: 2007, s. 273–291.

30 T. Giaro, *Kilka żywotów prawa rzymskiego zakończonych jego kodyfikacją*, [w:] *Prawo rzymskie a kultura prawna Europy*, red. A. Dębiński, M. Jońca, Lublin 2008, s. 17.

31 Tego ostatniego dowodzi umieszczenie na budynku Sądu Najwyższego paremii, które obrosły zresztą literaturą: *Regulae iuris. Łacińskie inskrypcje na kolumnach Sądu Najwyższego Rzeczypospolitej Polskiej*, red. W. Wołodkiewicz, Warszawa 2001; *Łacińskie paremie w europejskiej kulturze prawnej i orzecznictwie sądów polskich*, red. W. Wołodkiewicz, Warszawa 2001.

badania romanistyczne – efekt może być równie niewesoły. Rozwijajmy więc badania różnych tematów, za pomocą zróżnicowanych metod. Pogódźmy się też z wątlym praktycznym zastosowaniem historii prawa – ograniczonym, jak wyżej wspomniano – do doświadczeń ostatnich stu, rzadziej – dwustu lat.

Jednak niebezpieczeństw innego rodzaju nie uniknęła i nasza narodowa dyscyplina. Ostatnie dwie dekady stoją pod znakiem, zupełnie zrozumiałego, wzmożonego zainteresowania tematami widzianymi poprzednio niemile – zarówno przez administrację nauki, jak i przez cenzurę: II Rzeczpospolitą, Polskim Państwem Podziemnym, okupacją radziecką i Polską Ludową. To pociągnęło starszych badaczy, którzy „wreszcie mogli”, a także nowe siły. Tylko – rodzi to ryzyko powstania pewnej badawczej monokultury. Jest bowiem pewna różnica między podejmowaniem tematów pilnych, a dawniej zabronionych, od zajmowania się sprawami łatwiejszymi do opracowania. Szybciej i mniejszym wysiłkiem zdobywa się stopnie naukowe, gdy źródła są po polsku i w maszynopisie... Oczywiście – nikt rozsądny nie neguje wartości poprawnych metodycznie badań nad epoką najnowszą.

Efektom tego stanu rzeczy jest pewien uwiad badań nad epoką staropolską. Jeśli chodzi o tematykę ustrojową zastąpili nas „historycy ogólni”³². Całkiem dobrze poszło im w badaniach nad parlamentaryzmem. Prawem sądowym zajęli się już mniej chętnie, jeżeli już – to prawem karnym, ze szczególnym uwzględnieniem procesów o czary. Prawa prywatnego raczej nie tykają – choć zdarzają się nieliczne wyjątki. Ale w tej dziedzinie nikt nas nie zastąpi. Pojawiły się jednak – na razie niezbyt liczne – symptomy zmian: wartościowe publikacje młodych badaczy o wykształceniu zarówno historycznym, jak i prawniczym – Przemysław Gawrona, Karola Łopateckiego i Adama Moniuszki.

Skoncentrowanie się na najnowszych dziejach ustroju i prawa ma jeszcze jedną wadę: nie miałby kto kształcić młodych adeptów naszej dyscypliny w paleografii, łacinie średniowiecznej czy metodyce pracy archiwalnej. Na razie sytuacja nie jest tragiczna – ratują nas bowiem historycy, którzy jeszcze się tym zajmują. Jednak w corocznej *Summer School Europäische Rechtsgeschichte* w Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte o profilu przede wszystkim mediewistycznym nader rzadko bierze udział jakiś Polak. Efektem jest i to, że piękne tradycje edycji źródeł dawnego prawa kontynuuje już tylko jeden ośrodek – Kraków.

Twórczość naukowa – widziana z perspektywy zbieracza tytułów do naszej corocznej bibliografii – również nie budzi entuzjazmu. Bynajmniej nie pociesza

32 To samo zjawisko widać u naszych wschodnich sąsiadów. Tam jednak punkt startu był gorszy: poziom uniwersyteckich historyków prawa wynika również z dziedzictwa ZSRR, gdzie uniwersytety miały uczyć, naukę winny zaś uprawiać placówki Akademii Nauk. A współczesne realia ekonomiczne są takie same: i tu i tam pracownicy wydziałów prawa pochłonięci są – ze szkodą dla badań – działalnością praktyczną.

fakt, że podobne problemy ma cała polska nauka. Wręcz niemożliwe jest ukazanie całości naszej produkcji, w takim tempie rośnie bowiem liczba publikacji. Zalew ów wynika z dwóch przyczyn: pozytywnej – ułatwienia druku, negatywnej – rozliczania z ilości publikacji, nie zaś ich jakości. Nie bardzo zresztą wiadomo, jak ową jakość obiektywnie oceniać. W przeciwieństwie do nauk ścisłych i przyrodniczych nie sprawdzi się tu kryterium cytowania. W naukach tych ponad połowy publikacji w ogóle się nie cytuje, przeciętną cytuje się raz lub dwa, ponad 50 cytowań ma około 1% publikacji. W naukach humanistycznych i społecznych nie ma takich narzędzi, a zwłaszcza – środków na ich wprowadzenie, podstawowym językiem naszej narodowej historii prawa nie jest też angielski. Pozostaje więc ocena środowiska. To wymaga jednak poważnego traktowania recenzji wydawniczych. Obecnie bardzo często mają nie tyle wychwycić usterki i zakwalifikować – bądź zdyskwalifikować – tekst do druku, ile mają – zupełnie formalnie – uzasadnić publikację. Warto więc nie tylko decydującą rolę przyznać recenzjom, ale i uczynić je wolne od różnorakich powiązań i nacisków: anonimowi – dla autora – recenzenci ocenialiby tekst anonimowego – dla nich – autora. Rozwiązanie to sprawdza się za granicą, dobrze posłużyłoby i poziomowi naszych publikacji. Choć – pewnie – zmniejszyłoby ich liczbę.

Rozmnożyły się czasopisma historycznoprawne. Podczas ich lektury i mnie nie obce są *mieszane uczucia*. Pisma nie powinny być trybuną wyłącznie jednego ośrodka: nie będą w stanie – z bardzo nielicznymi wyjątkami – zachować przyzwoitego poziomu, a przymus publikacji jeszcze bardziej obniży ich rangę. W jednym z ośrodków wydano przed kilku laty opasły tom studiów, w którym rozsądny poziom reprezentowało *maximum* 20% tekstów. Widać jednak zdrową tendencję do łączenia sił (Kraków, Lublin i Łódź) oraz poważnego traktowania recenzji wydawniczych i przyciągania autorów zagranicznych (Białystok). Wydaje się, że stanem optymalnym byłoby istnienie zaledwie kilku pism lokalnych, zaś najlepsze teksty winno publikować „Czasopismo Prawno-Historyczne”.

Zwiększenie liczebności referentów podczas naszych konferencji ma – niestety – podłoże finansowe: władze wydziałów skłonne są sfinansować udział w – coraz to droższych – zjazdach katedr pod warunkiem wygłoszenia referatu. Efektem są często kilkunastoosobowe reprezentacje wydziałów, składające się z samych referentów. Zadowolający poziom wykazuje zaś 15–20% wystąpień. A następnie w druku ukazują się wszystkie złożone wystąpienia konferencyjne. Przypomina to cokolwiek praktykę lat pięćdziesiątych: uczestnikom konferencji zwracano koszt udziału w niej pod warunkiem zabrania głosu w dyskusji. To i zabierali...

Uogólnianie byłoby jednak krzywdzące: w niektórych ośrodkach dba się o poziom konferencyjnych referatów i tekstów kierowanych do druku, w innych zaś – zdecydowanie mniej. Bołączką środowiska są również grzecznościowe recenzje doktoratów i habilitacji. Ale i tutaj nie można generalizować: ostatnio zetknąłem się z dwoma recenzentami, którzy przygotowali wnikliwie i obszerne

(36, 17, 18 stron) recenzje nienajgorszej zresztą pracy, domagając się określonych poprawek. Komplikowało to cokolwiek sprawy organizacyjne, ale pomyślałem sobie z uznaniem: *Łódź i Kraków – tam jeszcze troska o rzetelność nie zaginęła...*

Niekiedy jednak można odnieść wrażenie, że pod względem warsztatowym cofnęliśmy się do wieku XIX: samo podanie źródła zawierającego materiał normatywny (bez względu na to, czy są to *Volumina Legum*, czy dwudziestowieczna ustawa) obecnie niczego już do nauki nie wnosi. Grzechami autorów są jednak nie tylko nieznanostwo dokumentów praktyki, ale też niewykorzystanie literatury najnowszej, albo – dla odmiany – nieznanostwo dorobku klasyków. Dla wielu z nas prace historyków innych specjalności nie istnieją. A więz z historią jest nie tylko dobrą tradycją naszej dyscypliny, ale również warunkiem jej rozwoju.

Oswald Balzer zarzucał autorom podręczników dawnego prawa: „badacze nasi nie wahali się w niektórych razach przyjąć bez żadnej krytyki wywodów swych poprzedników (...) nie zawsze dokonywali szczęśliwego wyboru, reprodukują bowiem niejednokrotnie ustępy i twierdzenia małej albo żadnej wartości i powagą swego imienia nadają sankcję błędom popełnionym przez innych”³³. Ciśnienie wywierane przez wydawnictwa łaknące zysku z masowej sprzedaży studentom powoduje, że mnożą się podręczniki. Henryk Olszewski grzecznie ocenił: „nie wszystkie wyrastają z twórczego warsztatu autora. Nowe wydania nie zawsze są poprawiane i uzupełniane”. Myślę, że bliższe prawdy byłoby stwierdzenie, że tylko „niektóre wyrastają z owego twórczego warsztatu”. We własnej specjalności, z ostatnich lat niewątpliwie wskazać można takie dwie pozycje: bardziej tradycyjne dzieje administracji Wojciecha Witkowskiego oraz nowatorskie ujęcie ustroju i prawa Waława Uruszczaka³⁴. Miejmy nadzieję, że stworzy to impuls – zwłaszcza ta ostatnia praca – do dyskusji o roli i kształcie nowoczesnej syntezy dawnego prawa *in usum studiosae iuventutis*³⁵.

Historia prawa opiera się oczywiście na źródłach. Im bardziej zagłębiały się w przeszłość – tym źródeł mniej. Leszek Kołakowski opublikował przed ćwierćwieczem „«Legendę o cesarzu Kennedym: nową dyskusję antropologiczną»”. Otóż po «Wielkiej Katastrofie» ocalało z dawnej cywilizacji zaledwie kilka pozycji książkowych: „John Williams, «Creative Gardening»; Omaha, Nebraska (pozostaje do dziś przedmiotem sporów, czy Omaha, Nebraska to dwie osoby, czy jedna); Alice Besson, «La vie d'une idiote racontée par elle-meme. Roman» (wydaje się, że książkę tę opublikowano w kraju lub miejscowości o nazwie Gallimard); Laszlo Varga, «Bridge for Beginners»; translated from Hungarian by Peter Harsch, Llandudno 1966; Dirk Hoegveldt, «De arte divinatoria Ro-

33 O. Balzer, op. cit., s. 31.

34 W. Witkowski, *Historia administracji w Polsce, 1764–1989*, Warszawa 2007; W. Uruszczak, *Historia państwa i prawa polskiego*, t. I: 966–1795, Warszawa 2010.

35 Dobrze, że doczekało się drugiego wydania znakomite ujęcie syntetyczne: K. Sójka-Zielińska, *Drogi i bezdroża prawa. Szkice z dziejów kultury prawnej Europy*, Wrocław 2000¹, Wrocław 2010².

manorum», Lugduni Bat. 1657; «Annuario telefonico di Ferrara»; Arno Miller, «Neue Tendenzen in amerikanischen Sozialwissenschaften», Hoser Verlag Erlangen 1979; Dinah Ellberg, «All my Lovers». Ósmą książkę pomijamy, jako że napisano ją alfabetem całkowicie niezrozumiałym, jeśli nie liczyć tajemniczego słowa «Nagoya» wydrukowanego na przedostatniej stronie; zdaniem najważniejszych autorytetów było to prawdopodobnie magiczne zaklęcie służące do odstraszenia złych duchów przybywających z jakiegoś obcego kraju. Skądinąd żadnej z powyższych książek nie odcyfrowano jeszcze w całości, jednakże pewna liczba krótszych lub dłuższych fragmentów jest już teraz dostępna w zadowalających tłumaczeniach³⁶.

W źródłach tych pojawiły się wzmianki o nieznanym bliżej Kennedym. Badacze ocenili je więc: „Legenda o cesarzu Kennedym w wymienionych wyżej książkach wzmiankowana jest zaledwie raz, co kazało niektórym badaczom przypuszczać, że nie była ona szeroko znana czy ceniona wśród plemion prymitywnych. Jednakże w tych dwudziestu paru książkach, które zachowały się we fragmentach, jak również w ponad 120 periodykach, które dotychczas odkryto i z których 13 przechowało się w stanie niemal nienaruszonym (m.in. «Chemical Engineering», «Trybuna Ludu», «Crosswords for Children» – to ostatnie praktycznie nie do rozszyfrowania – «Il Messaggero» i «Vuelta»), legenda pojawia się kilkakrotnie. (...). Na ocalałej połowie stronicy czasopisma «Ici Paris» Cesarza określa się mianem un grand coureur des jupes. Można to rozumieć tylko w jeden sposób: Cesarz zwykł «biegać w spódniczkach». A skoro istnieją dowody, że spódniczki były ubiorem wyłącznie kobiecym, staje się jasne, że Cesarz był postacią androginiczną, ucieleśniającą cechy zarówno męskie, jak i żeńskie”.

Ostatecznie, za słuszną nauka uznała interpretację następującą: „Nasz szlachetny Cesarz, bojownik sprawy biedoty, został zdradziecko zamordowany przez swych wrogów, ale, jak udowodnił sam dr Rama, jego żona poślubiła następnie człowieka biednego. Przesłanie legendy sprowadza się do przekonania, że wprawdzie jeden wielki obrońca biednych został zgładzony, ale walka toczy się dalej”³⁶. Im bardziej zagłębialiśmy się w przeszłość tym źródeł mniej. Baczmy więc, aby najgłośniejszymi i szeroko akceptowanymi wynikami naszych badań – nie tylko nad epokami dawno minionymi, ale i zapamiętanymi z autopsji – nie były takie legendy.

36 <http://wyborcza.pl/1,100696,4593986.html#ixzz17F8RY8FF>.