



Ernest Till

O NAUKOWYM PRZYGOTOWANIU KANDYDATÓW SĘDZIOWSKICH

(RZECZ WYGŁOSZONA W LWOWSKIM TOWARZYSTWIE
PRAWNICZYM W D. 27 STYCZNIA 1905)

Twórca *lwowskiej szkoły prawa prywatnego* i wieloletni wydawca i redaktor „Przeglądu Prawa i Administracji” (PPiA) prof. Ernest Till, był nie tylko wybitnym uczonym jurystą, autorem jedynego w tamtym czasie systemu prawa prywatnego (siedmiotomowego), ale także bardzo cenionym praktykiem prawa – adwokatem prowadzącym rozległą kancelarię. Jego głos liczył się wśród uczonych, praktyków, ale także kodyfikatorów. Nie bez powodu w 1919 r. został jednym z najważniejszych i najaktywniejszych członków Komisji Kodyfikacyjnej RP, któremu zawdzięczamy Kodeks zobowiązań z 1933 r.

Ernest Till wielokrotnie wypowiadał się w kwestiach dotyczących kształcenia prawników, w tym programu studiów prawniczych, ustroju adwokatury i sądownictwa. W ogromnym, liczącym kilkadziesiąt pozycji, drukowanym dorobku naukowym prof. Tilla zachowały się wypowiedzi w przedmiocie kształcenia kandydatów na sędziów. Pierwsza pt. *Reforma wykształcenia sędziego*, ukazała się w PPiA w 1891 r., druga – będąca pokłosiem referatu i dyskusji przeprowadzonych w Towarzystwie Prawniczym we Lwowie – w roku 1905. Przedrukowujemy tę wypowiedź, w której uczony podejmuje nie tylko kwestie dotyczące kształcenia sędziego, ale też istoty władzy sądowniczej w przeszłości, w teraźniejszości oraz w przyszłości.

Dokonano jedynie minimalnej ingerencji w ortografię.

Pojęcia kluczowe: sądownictwo; sędziowie; kształcenie sędziów; naukowcy sędziowie

I.

Doświadczenie nabyte przy egzaminach sędziowskich wskazuje, że kandydaci nie zdają sobie najczęściej sprawy ze znaczenia i doniosłości wymaganej od nich domowej pracy naukowej. Niektórzy sądzą, że wystarczy, jeśli kandydat spíše albo ile możliwości dokładnie streści wszystkie do danej kwestii odnoszące się przepisy i rozporządzenia, inni uważają, pracę za dostatecznie naukową jeśli mniej lub bardziej dokładnie przytoczą zapatrywania kilku komentatorów, jeszcze inni mniemają, że spełnili zadanie, gubiąc się we własnych, bez należytego przygotowania spisanych argumentach i doraźnych uwagach interpretacyjnych, bez zagłębienia się w przedmiocie.

Nie potrzeba dowodzić, że zapatrywania te są mylne. Wymagając od kandydatów sędziowskich naukowej pracy domowej, rozporządzenie ministerialne nie ma na celu przekonania się, czy kandydat zna przepisy obowiązujące, a nawet czy je interpretować potrafi, gdyż to jest zadaniem ustnego egzaminu i pracy klauzurowej. Chodzi o przekonanie się „czy kandydat zdolny jest opracować temat naukowy samodzielnie, podług zasad umiejętności, pod względem jurydycznym poprawnie, pod względem językowym biegle”, to znaczy: czy obok znajomości ustaw posiada tyle jurydycznego wykształcenia, żeby nie tylko ocenić mógł naukowe argumenty cudze pod względem ich prawdziwej wartości, lecz potrafił samodzielnie, w sposób trafny i naukowo uzasadniony, sformułować zrozumiałe własne swe, po głębszej rozwadze powzięte zapatrywanie na kwestie prawne, i czy posiada wiadomość o drogach i środkach, którymi dochodzi jurysprudencja do ustalenia swych zasad.

Zaprowadzenie domowej pracy naukowej, podobnie jak dopuszczenie profesorów Uniwersytetu jako egzaminatorów, przy egzaminach sędziowskich, wywołało między prawnikami sprzeczne sądy. Gdy jedni upatrywali w tym znaczny postęp, zwłaszcza w porównaniu do dawnego stanowiska legislacji austriackiej, wrogo zwracając się przeciw wszelkiemu mieszanu się nauki do sądownictwa, – inni natomiast uważają tę nowość za niczym nieusprawiedliwione utrudnienie egzaminu sędziowskiego, argumentując, że gdy sędzia ma rozstrzygać sprawy podług danej ustawy, potrzeba mu tylko znajomości tejże ustawy i doświadczenia życiowego. Od młodzińca, siadającego do egzaminu sędziowskiego, nie podobna wymagać doświadczenia, więc wystarczy, jeśli udowodni, że ustawy zna, a do tego

naukowych rozpraw nie potrzeba, lecz chyba kodeksu i co najwyżej kilku komentarzy.

Ostatnie to zapatrywanie zdaje się zostawać w związku z rozszerzonym dotąd aż nadto między prawnikami zdaniem, że nauka a praktyka to antytezy, że się ich pola działania, ich zadania i cele rozbiegają. Zdanie to bynajmniej nie jest właściwością tzw. praktyków. Nieraz bowiem – choć rzadziej – mężowie nauki temu zdaniu hołdują i z tego stanowiska poniekąd z góry spoglądają na tzw. praktykę.

Nie wchodząc w rozbiór kwestii, czy nauka, o ile ma za przedmiot jedynie badania historyczne dawnych wieków, może się zamknąć sama w sobie i ograniczyć się do pracy w bibliotekach i przy biurku, – wystąpić należy stanowczo przeciw zdaniu o sprzeczności teorii i praktyki w zastosowaniu do prawa obowiązującego. Na tym bowiem polu tylko kooperacja zgodna nauki i praktyki doprowadzić może do rezultatu dla dobra społeczności zbawiennego. Obie bowiem dążą do jednego celu, a tym celem jest urzeczywistnienie w życiu idei prawa, obie mają jeden i ten sam przedmiot, a tym jest prawo obowiązujące. Jeśli jednakże nauka zasady z ustawy wynikające wprowadza w system tym sposobem, że porządkuje rozrzucone nie raz przepisy podług ich wewnętrznego związku i wyższych kategorii, a tym samym odkrywa myśl ogólną, jaka tkwi w ustawie, i rzuca rozjaśniające światła na reguły prawa danego, – jeśli rozbierając znamiona faktyczne stanu rzeczy, składa je następnie podług prawnych punktów widzenia, tworzy z nich pojęcia, zasady i reguły – jeśli, badając historię powstania ustawy i związek jej z dawniejszymi lub pokrewnymi, gromadzi pracę umysłową wieków i przekazuje ją pokoleniom następnym, – spełnia jedną połowę zadania, – drugą, połowę zaś podejmuje praktyka, stosując owe zasady przez naukę rozpoznane, do konkretnych przypadków, – a czyniąc to, uzupełnia naukę, podjąc jej materiał faktyczny i doświadczenie życiowe. Zarówno więc błądzi nauka, jeśli, zasklepiona w sobie, lekceważy doświadczenie życiowe, bo, gubiąc się w abstrakcjach i subtelnościach, łatwo straci z oczu potrzeby i warunki życia społecznego, – jak i praktyka, jeśli ignoruje rezultaty nauki i pozbawia się tym samym możliwości korzystania z pracy wieków, a biorąc się bez poznania rezultatów tej pracy do interpretacji ustawy i zastosowania jej w życiu podejmuje się dobrowolnie trudu rozpoczynania zawsze od początku.

Jeśli więc zdanie o sprzecznych celach nauki i praktyki rozpowszechniło się między prawnikami do tego stopnia, że stało się niemal komunałem, powtarzanym aż do znudzenia jako dogmat nie ulegający wątpliwości, to stać się to mogło tylko pod wpływem tego, iż mylnie pojmowano cel i zadanie nauki prawa obowiązują-

cego i sądzono, że ona z urzeczywistnieniem prawa w życiu nie ma związku, iż jest sama sobie celem i ogranicza się jedynie do abstrakcji i spekulacji bez względu na to, czy te abstrakcje i spekulacje przydadzą się w życiu, czy nie. Rozłam między nauką a praktyką, nie jest zresztą właściwością czasów najnowszych. Wszak słynny kanclerz Anglii Bako Werulalmski zarzucał, że *philosophi proponunt multa dicta pulchra sed ab usu remota*, a Kujacyusz po wysłuchaniu traktatu teoretycznego zapytał: *quid hoc ad edictum praetoris*? Mogło to mieć pewne uzasadnienie wówczas, gdy teoretycy wdawali się jak mówi Stanisławski¹ – w otchłań badań o przedmiotach, leżących poza granicami rozumu ludzkiego, gdy gardzili zupełnie faktami i doświadczeniem, gdy ulatując w sferę pojęć oderwanych, tracili z oczu rzeczywistość i przedkładali wiele pięknych idei, mających jedną tylko wadę: niepodobieństwo zastosowania ich w praktyce. – Dziś już taka teoria prawa obowiązującego należy stanowczo do przeszłości. Dzisiejsza umiejętność prawa obowiązującego na powyższe zarzuty nie zasługuje i słusznie mówi Jhering², że „prawo istnieje na to, aby było urzeczywistnione, urzeczywistnienie jest życiem i prawdą jego – jest prawem samym”.

Z tym liczyć się musi zarówno nauka jak i praktyka, do tego dążą obie chociaż rozmaitymi drogami, obie też tylko wzajemnym oddziaływaniem na siebie celu tego dopiąć mogą. Uczony, który był zamknięty w swej pracowni, pomijał przy pracy nad prawem obowiązującym życie i jego potrzeby i gubił się w bezcelowych abstrakcjach, a lekceważył sobie praktyczne zastosowanie prawa, potrafi wytworzyć zapastrywania i teorie, które „żyć mogą tylko w miejscu, gdzie powstały, tj. na katedrze, które jednakże przy pierwszym usiłowaniu wprowadzenia ich w życie, wykażą, że świeżego powietrza nie znoszą, które chociaż bardzo uczone, bardzo subtelne, są wytworami cieplarnianymi, bez soku i siły, bastardami logiki i uczoności z prawem, niezdrową jursprudencją z katedry...”³. Dziś już takiej zamkniętej w sobie umiejętności prawa obowiązującego nie ma. Dzisiejsza umiejętność potrzebuje powietrza i światła. Dzisiejszy uczony nie zamyka się w swej pracowni, lecz musi mieć wzrok i słuch wyczulony na pulsie życia społecznego, musi odczuwać niedostatki jego i potrzeby, dążenia i pragnienia, korzyści i krzywdy jego. Toteż praktyka takiej umiejętności obawiać się nie potrzebuje, a doświadczenia życiowe, choćby długoletnie i prawdziwe, niepołączone ze sobą węzłem zasad naukowych, nie wsparte zdobyczami myśli, zebranych i ustalonych przez naukę mogą dać rutynę i wprawę, nie wystarczą zaś do spełniania obowiązków sędziego w dzisiejszym słowa znaczeniu.

¹ „Czasopismo Poświęcone Prawu i Umiejętnościom Politycznym” 1863, s. 549.

² Geist d. röm. Rechtes II 2, s. 322.

³ Jhering, l. c., s. 324.

Ta „praca naukowa” wymieniona w rozporządzeniu ministerialnym oznacza więc prawdziwy przełom w zapatrywaniach sfer pod tym względem decydujących. Tych kilka słów, ujętych w sztywne ramy paragrafów rozporządzenia, mówi więcej, aniżeli mogłyby wypowiedzieć traktaty uczone, – to więcej jak hasło, to cały program dla przyszłej działalności sędziów, to przejście z przestarzałej, szarej, bezkrwistej rutyny biurokratycznej, w sferę życia i prawdziwego postępu.

II.

Nie ma wątpliwości, że pierwszym obowiązkiem sędziego jest stosować prawo obowiązujące do zdarzających się w życiu przypadków. Dzięki potężnym umysłom koryfeuszów szkoły historycznej (jak Savigny, Puchta, Stahl), mniemanie, że prawo pozytywne jest wytworem jedynie tylko woli indywidualnej prawodawcy, – podobnie jak komenda wojskowa, nad którą żołnierz zastanawiać się nie potrzebuje i nie może, a tylko ją spełnić musi, – dziś już w nauce zwolenników nie ma przekonanie, że prawo jest rezultatem myśli ludzkiej, naturalną i konieczną podstawą i warunkiem, a równocześnie wiernym odbiciem każdegoż porządku społecznego, jest niezmiernej doniosłości zdobyczą usilnej i intensywniej pracy umysłowej wieku XIX., zarówno jak przekonanie, że się ono tworzy organicznie podług prawideł, których prawodawcy bezkarnie ignorować nie wolno. Zawiazków teraźniejszych instytucji prawnych często poszukiwać trzeba w czasach zamierzchłych, których badanie samo dla siebie przedstawia wielkie trudności. Dopiero wyszukanie tych zawiazków, rozpoznanie przeobrażeń, jakim ulegały instytucje prawne z biegiem czasu, zdoła doprowadzić do poznania prawdziwej ich istoty. Materiały te historyczne do prawa obowiązującego gromadzi nauka i podaje je do naszego użytku. Czyż ma się sędzia dobrowolnie pozbawić tego środka poznania prawa, które w życiu stosować jest powołany?

Lecz na poznaniu ustawy danej i stosowaniu jej w życiu nie kończy się zadanie sędziego. Każda kodyfikacja dąży i dążyć musi do zupełnego unormowania wszelkich w życiu zdarzających się kwestii, lecz żadna celu tego całkowicie osiągnąć nie zdoła. Dążenie to rozbić się musi o różnorodność stosunków życiowych, których żaden prawodawca całkowicie opanować i przewidzieć nie potrafi. Toteż każda kodyfikacja prawa cywilnego, choćby najlepsza, już w chwili publikacji nie może być wyczerpującą i pozostawia stosunki ludzkie, do których litera prawa wprost i bezpośrednio zastosować się nie da. A cóż dopiero, jeśli od jej wydania pewien czas upłynie! Życie ludzkie ani chwili nie spoczywa, coraz to nowe, nieprzewidziane stosunki

się wytwarzają i krzyżują, prawodawca zaś tych nowych wytworów życiowych w lot pochwycić nie może, bo żaden taki stosunek życiowy od razu ostatecznej, zdolnej do unormowania formy nie przybiera, lecz z nieznaczących gwizdków zwolna się rozwija i często całkiem niespodziewane przybiera kształty. Przedwczesne reglamentowanie takich nowych objawów życiowych, bez zebranych doświadczeń o ich doniosłości i rozmiarach, byłoby najfałszywszą taktyką prawodawczą, mogłoby bowiem niejedną zdrową i pożyteczną ewolucję w samym zarodku udaremnić lub nadać jej kierunek szkodliwy, mogłoby nie tylko pozbawić społeczność pożytku lecz wielką wyrządzić jej szkodę. Toteż praca prawodawcza musi i powinna być powolną, rozważną, ostrożną i długi nieraz czas upłynie, zanim objaw życiowy dojrzeje do tego stopnia, że w karby pozytywnego prawa z pożytkiem ująć się da. Tymczasem jednak społeczność nie troszczy się o lukę w ustawie, tworzy sama sobie normy, wchodzi sama ze sobą w kolizje i spory, które przedkłada sędziemu, a które tenże, bez względu na to, że w ustawie przewidziane nie są rozstrzygać musi. Kodeks Napoleona uznaje karygodnym sędziego, który by odmówił rozstrzygnięcia sporu z powodu, że ustawa milczy lub jest niejasną (art. 4. kod. cyw., art. 505, proc. franc.), – inne kodeksy wyraźnego przepisu takiego nie zawierają, lecz wynika on z natury rzeczy. Prawodawca, który by nie pamiętał o tym, że kodyfikacja jego wyczerpującą być nie może, popełniłby ciężki błąd. Powinien więc podać środki, których sędzia użyć powinien, jeśli ma do rozstrzygnięcia przypadek w ustawie nieprzewidziany. Dawniejsze ustawodawstwa podawały środki, których niedostateczność późniejsze doświadczenia jasno wykazały. I tak: obawiając się złożenia w ręce sędziego zbyt wielkiego zakresu władzy, kodeks józefiński jeszcze upomina go, aby się ograniczył do dosłownego i ogólnego znaczenia wyrazów ustawy (*an den wahren und allgemeinen Verstand der Worte dieses Gesetzes*), a gdyby miał wątpliwości, każe mu zasięgać *die höchste Entschliessung durch die vorgesetzte Behörde*. Dalej nieco postąpił kodeks galicyjski zgodnie z kodeksem cywilnym z r. 1811., pozwalając analogicznie stosować przepisy prawne do przypadków w ustawie wyraźnie nie rozstrzygniętych – a więc szukać podobnych w ustawie przewidzianych przypadków i przyczyn i zasad innych zbliżonych ustaw – a gdyby jeszcze wątpliwości zachodziły, wskazywał mu „ogólne i naturalne zasady prawne” jako *ultimum remedium*, upominając go jedynie, aby starannie i rozważnie zbierał i uwzględniał zachodzące w danym razie okoliczności. Niestety i ta droga okazała się zwodniczą, – gdyż owe, jak sobie pod wpływem prawa natury wówczas wyobrażano, wieczne i stale naturalne zasady prawne, pod wpływem światła nauki okazały się marnym złudzeniem. W pierwszym projekcie kod. cyw. niemieckiego usiłowano na przypadek braku normy w ustawie,

dać wskazówkę ogólniejszą: *Auf Verhältnisse, für welche das Gesetz keine Vorschrift enthält, finden die für rechtsähnliche Verhältnisse gegebenen Vorschriften Anwendung. In Ermangelung solcher Vorschriften sind die aus dem Geiste der Rechtsordnung sich ergebenden Grundsätze massgebend...* Trafny takt prawodawczy wskazał redaktorom drugiego odczytu skreślenie tej zagadkowej formułki, która nosiła na sobie zbyt wyraźnie piętno dążenia, *ut aliquid dixisse videatur*; – motywowano zaś skreślenie tym, że do zastosowania analogii nie potrzeba wyraźnego w ustawie upoważnienia. Najdalej pod względem wskazówek sędziemu danych idzie projekt szwajcarski, który w art. 1 poucza sędziego, że w braku przepisu ustawy ma orzekać podług prawa zwyczajowego, w braku prawa zwyczajowego podług doktryny i jurysprudencji, a w braku tych źródeł zastosować ma regułę, którą byłby wydał, gdyby miał spełnić obowiązek prawodawcy: *il appliquera les règles qu'il edicterait, s'il avait à faire office de législateur*. W tym jest wskazówka, jakie zadania czekają w przyszłości sędziego. Dziś nie wystarcza już *interpretatio legis*, lecz wymagają *interpretatio praeter legem*.

Minął więc już czas, w którym sędzia w urzędowaniu swoim mógł w spokoju ducha czekać oświecenia *durch die vorgesetzte Behörde*. Dziś, postawiony samopas między tysiączne krzyżujące się interesy, teorie i prądy, pozostawiony wyłącznie samemu sobie, swej wiedzy i sumieniu, bez możliwości przywołania pomocy „wyższej władzy” lub „kodeksów rozumowych”, zdanie swoje formułować musi w pośród zgiełku i gwaru życia codziennego, – z ustawy starać się musi wysnuć wszelkie tamże zawarte konsekwencje, a gdy mu litera ustawy nie wystarczy, stanąć musi na stanowisku prawodawcy a tym samym spełnić – chociaż tylko w zastosowaniu do konkretnego przypadku – czynność trudną i pełną odpowiedzialności. Jeśli nie przygotowuje się niczym innym, prócz tylko zapamiętaniem suchej litery ustawy, którą każda strona dla siebie windykuje i tłumaczy, jeśli nie sięgnie do głębi procesu powstania, dojrzewania i zmiany instytucji, o którą chodzi, jeśli nie pozna prawideł, wedle których ten proces się odbywa, zasad, które łączą ze sobą objawy prawne w jedną całość, jeśli się zastanowić nie potrafi nad celem prawa i porządku prawnego, jeśli nie zdoła skorzystać z pracy całych pokoleń i nie wyostrzy wzroku swego na potrzeby i niedole społeczeństwa swego, – nie podoła zadaniu szczytnemu lecz trudnemu, – nie będzie postępował naprzód, lecz będzie się cofał do stanu bezmyślnej rutyny. Wobec dzisiejszych zadań, jakie czekają sędziego, dawniejsze stanowisko – gdy mu jeszcze wolno było być niemyym świadkiem prowadzonej między stronami rozprawy, gdy nawet w chwili wyroku rozstrzygał sprawę podług z góry danych reguł, z pominięciem własnego przekonania, tak że wyrokowanie było raczej operacją rachunkową aniżeli sądzeniem

sprawy – przedstawia się jak prawdziwa idylla. Dziś sędzia, nie mając poparcia w nauce, nie znając jej zdobyczy, ani metody, za pomocą, której przyswoić je sobie może, nie dziw, jeśli, znużony mechanicznym stosowaniem paragrafów, zniechęci się do zawodu swego i tęsknić pocznie do owej chwili, w której, po wielu latach biurokratycznego zajęcia, przypadnie mu pożądany z emeryturą spoczynek. W tę szarą płaszczyznę mechanicznego traktowania zawodu, ożywcze, odświeżające światło wprowadzić zdoła jedynie naukowe zajęcie, a pod wpływem tego światła codzienne najpospolitsze choćby sprawy przybierają wygląd jasny i barwny, nigdy nowości i różności nie pozbawiony.

Zastosowanie prawa jest najważniejszym, nie jedynym wszakże zadaniem sędziego. Wglądając codziennie w najskrytsze tajniki życia ma on najlepszą sposobność poznania niedostatków i braków porządku prawnego a tym samym najbardziej może powołanym jest do przyczynienia się do rozwoju i zmiany, zastosowanej do potrzeb społeczeństwa. Może on i powinien oceniać istniejący porządek prawny krytycznie, odkrywać jego strony słabsze, przykładając do nich miarę doświadczenia. *Ich glaube – pisze Kohler⁴ – dass es zu den edelsten Aufgaben des Juristen gehört, den Vergleich zwischen dem geltenden Rechte und den Postulaten des Rechtslebens zu ziehen und dadurch an dem Fortschritt des Rechts mitzuwirken.*

Na wszystkich polach, w sądownictwie zarówno jak w administracji, w zakresie materialnego i formalnego prawa, ruch prawodawczy, objawiający się przez dłuższy czas częściowo tylko i lokalnie, poczyniła się, potęgować do zmian zasadniczych i radykalnych. Nie mówimy tu oczywiście o austriackim parlamencie, w którym chwilowa taktyka stronnictw ubezwładniła aparat prawodawczy, lecz mamy na oku ruch ogólnoeuropejski, pod wpływem którego instytucje, uważane przez długie lata za niekwestionowane i nietykalne, ulegają rewizji i przeobrażeniom. Idee, o których przed dziesiętkiem lat nie miano wyobrażenia siłą elementarną dobywają się na wierzch, dawne pojęcia błędną i znikają, czyniąc miejsce nowym, nieznanym, nieprzewidywanym, niespodziewanym. Pouczającym przykładem, jak się pod wpływem ewolucji ducha ludzkiego zmieniają pojęcia jest prawo własności, które od czasu rzymskiego *dominium*, owej bezwzględnej i bezgranicznej władzy nad rzeczą, w ostatnich dziesiętkach lat zmieniło istotę swą do tego stopnia, iż obecnie już niemal nie o prawie lecz o obowiązkach własności mówić poczynamy. Czym większe ten ruch umysłowy zatacza kręgi, tym większą ilość instytucji prawnych wciąga w swój wir. Kodyfikacje początku XIX stulecia, jedna po drugiej, poczynają się zarysowywać, a dążenia reformatorskie stają się coraz głośniejszymi. Pod wpływem wprowadzenia kodeksu cy-

⁴ *Jurist. Litteraturblatt* V, s. 67.

wilnego niemieckiego poczynają pracować nad własnymi kodyfikacjami prawa Rosja, Węgry, Szwajcaria, w stuletnią rocznicę kodeksu Napoleona ustanowiono komisję, mającą zaprojektować radykalną reformę tego dzieła prawodawczego, uznanego dotąd za najlepsze, a w najświeższym czasie padło hasło reformy austriackiego kodeksu cywilnego i pochwycono je niemal z entuzjazmem. Przekonanie, że nasze materialne prawo karne jest reakcyjnym i koniecznie wymaga reformy, że i nasze formalne prawo karne wykazuje wielkie braki staje się coraz powszechniejszym. Dawno już uczuwano potrzebę reformy administracji, a w ostatnich czasach rząd wystąpił z publikacją, którą w sposób niemal niebywały poddał niszczącej krytyce dotychczasowe istniejące i obowiązujące urządzenia, łącząc tę krytykę z planem reformy na szeroko zakrojoną skalę. – Czy wobec takich objawów sędziowie mają się skazywać na rolę biernych świadków, czy byłoby to pożądane, aby się ograniczyli w swych wiadomościach do tego, co w pewnej danej chwili istnieje, a zamykali oczy na to co było i na to co będzie? Czy mieliby się dobrowolnie pozbawiać tej jasności, jaką rzuca na piętrzące się zagadnienia filozofia prawa⁵ i najmłodsza, a tak piękne nadzieje budząca porównawcza nauka prawa.

Z tych powodów wymaganie, ażeby sędziowie wnosili do swego zawodu czynnik naukowy, jest najzupełniej usprawiedliwione, a ubolewać nad utrudnieniem egzaminu sędziowskiego może tylko ten, kto nie widzi, co się wokoło nas dzieje, kto zamyka oczy na potrzeby społeczności i sądzi, że dziś tak jak przed laty stu będzie mógł w idyllicznym spokoju przy zielonym stoliku załatwiać spisy aktów. Czasy te bezpowrotnie minęły, a kto chce być sędzią w prawdziwym i szczytnym znaczeniu, ten się pomocy naukowej w swym zawodzie nie wyrzeknie.

III.

Kwestia, czy nasze studia uniwersyteckie są odpowiednio urządzone, ażeby kandydatom dać podstawę do dobrze pojętej pracy naukowej, jest zbyt obszerną, aby na tym miejscu rozbieraną być mogła. Pisano i myślano o niej wiele, posypały się projekty reformy, wprowadzano ulepszenia – lecz zasadniczych podstaw zaprowadzonych organizacją uniwersytetów z r. 1850 nie ruszono. I zdaje mi się że dobrze uczyniono. Jeżeli w jakim zakresie Niemcy mogą nam służyć za przykład, to niewątpliwie w organizacji studiów uniwersyteckich, gdyż przyznać trzeba, że rezultaty tam uzyskane na polu nauki prawa są wprost imponujące, a dowód tego mamy nadto jeszcze i w tym, że dziś Francuzi, zwłaszcza na polu prawa cywilnego,

⁵ Artykuł prof. dr. Juliusza Makarewicza p.t. *Nowożytne zadania filozofii prawa, umieścimy w następnym zeszyście.* (Red.).

idą za przykładem Niemców i przyswajają sobie coraz bardziej ich metodę naukową. I w Austrii też organizacja ta w ogólności okazała się pożyteczną. Od niej bowiem datuje się znamieny zwrot w literaturze prawniczej. Do pierwszych lat szóstego dziesiątka minionego stulecia był w literaturze prawa austriackiego zastój pod względem naukowym, który dał powód Ungerowi, iż nazwał ten period słusznie periodem stagnacji, inercji umysłowej. Odtąd ożywił się ruch naukowy i wzrastał w miarę, jak do pracy literackiej na tym polu przystępowali ludzie kształceni na uniwersytetach już za panowania nowej organizacji tychże. Nie podobna tych dwóch objawów nie powiązać ze sobą. Że nasza organizacja uniwersytetów ma jeszcze wielkie braki, że mianowicie studia seminaryjne nie doznaną dostatecznej opieki od rządu, że system egzaminów ścisłych wymaga reformy i że dużo jeszcze pod tym względem do czynienia pozostaje, nikt zapoznawać nie może. Pewnym jest wszakże, że ci uczniowie uniwersytetu, którzy z należytą pilnością chcą korzystać z nauki uniwersyteckiej, mają sposobność ku temu i mogą nabyć wprawy wymaganej do skutecznej pracy naukowej, a jeśli rezultaty nie są świetne, przypisać to należy innym okolicznościom, niezależnym od organizacji tychże studiów.

Jedną z tych okoliczności, które – zdaniem moim – ujemnie wpłynęły na wydajność naukową uniwersytetów austriackich, jest rozpowszechnione zdanie, że jedynym celem nauk uniwersyteckich w ogóle jest uzyskanie formalnej kwalifikacji do objęcia posady urzędowej, którego warunkiem jest złożenie trzech egzaminów rządowych. Wobec tego uzyskanie stopnia naukowego przez złożenie egzaminów czysto uniwersyteckich, tzw. ścisłych czyli rygorozów, poszło na drugi plan, a jeśli mimo to bardzo liczni kandydaci garną się do tych egzaminów ścisłych, to – powiedzmy to sobie otwarcie – przeważnie nie dzieje się to z tego powodu, iżby nęcił ich charakter ściśle naukowy tychże egzaminów, lecz dlatego, że uzyskanie stopnia doktora praw jest warunkiem niezbędnym dojścia do adwokatury, a poza tym także i w innych zawodach doktor praw ma – przynajmniej podług ogólnego mniemania – *caeteris paribus* pewne pierwszeństwo przed innymi kandydatami do posad urzędowych.

Pierwsze dwa lata studiów uniwersyteckich oddzielone od reszty koniecznością złożenia tzw. egzaminu prawno-historycznego, uważane są przez wielu jako konieczne zło, jako utrudnienie studiów, któremu się z konieczności poddać należy, którego potrzeby jednakże nie uznają. Nie brakło też głosów, które ubolewały nad zbyt-nim rozwieleniem się przedmiotów historycznych z ujmą dla prawa obowiązującego. Główną wagę pokładają więc na dwa lata następne, na których uczą prawo obowiązujące, a jeżeli kandydat przy rządowych egzaminach, drugim i trzecim, wykaże dostateczną

znajomość przepisów obowiązujących i uzyska w świadectwach formalną kwalifikację do wstąpienia do urzędu, uważają powszechnie cel nauk uniwersyteckich za spełniony, a wszelkie dalsze naukowe zajęcia za zbędne.

Do tego z gruntu mylnego zapatrywania organizacja studiów uniwersyteckich nie dała powodu. Ubolewaniu nad rozwieleniem się studiów historycznych nie można odmówić pewnego uzasadnienia o tyle, o ile wskutek poświęcenia tymże studiom lat dwóch czteroletnia uniwersytecka na dwóch drugich latach rzeczywiście okazuje się brak czasu dla niektórych przedmiotów prawa obowiązującego, jak np. dla nauki administracji. Względ ten jednak mógłby być powodem przydłużenia studiów uniwersyteckich o rok jeden, nie powinien zaś wpłynąć na ukrócenie studiów historycznych, które są – jak na dziś – główną podstawą naukowego wykształcenia jurystycznego i niezbędnym tegoż warunkiem, skutkiem czego wprowadzie nie do – niewykonanego zresztą – ich przydłużenia, lecz raczej do coraz większego ich pogłębienia, aniżeli do ukrócenia dążyć by należało.

Wracając do kandydatów zawodu sędziowskiego i rozglądając się w studiach uniwersyteckich widzimy więc, że teraźniejszy ustrój uniwersytetów austriackich daje dostateczną, sposobność uzyskania podstawowego wykształcenia naukowego, byle tylko kandydaci czas studiów należycie wyzyskać chcieli i umieli.

Pod tym względem jednakże na naszych fakultetach prawniczych niestety – znowu otwarcie to przyznać sobie trzeba – wprost źle się dzieje. Młodzież nasza – nie mówię o licznych może wyjątkach, lecz o niewątpliwie w przeważnej części – nie przekonana, jak to naznaczyliśmy – o potrzebie naukowego czynnika w praktyce życiowej, pod wpływem owej niesłusznej opinii o sprzeczności zadania nauki i praktyki, widzi przed sobą przeważnie tylko konieczność uzyskania formalnej kwalifikacji do osiągnięcia urzędu i bądź co bądź nie uznaje konieczności pracy naukowej, do jakiej przygotować ją mają studia uniwersyteckie. Egzaminów rządowych są dla niej etapami, których pominąć nie można, więc się do nich w miarę pilności i zdolności lepiej lub gorzej przygotowuje; od pracy ciągłej na wykładach i w seminariach o ile możności się usuwa, na wykłady uczęszcza o tyle, o ile potrzeba do uzyskania poświadczenia frekwencji; zamiast oddać się pod kierunek profesora, zbliżyć się do niego, uznać go za przewodnika w poznawaniu prawdy naukowej, słuchać żywego słowa i wskazówek jego, zajmuje się raczej wszystkim innym, aniżeli dążeniem do własnego wykształcenia – a w krótki czas przed nadejściem terminu egzaminowego zbiera pospiesznie skrypta i podręczniki i siada do równie pospiesznego wyuczenia się ich na pamięć, aby złożyć egzamin i pozbyć się tym jednej po drugiej przeszkód na

drodze do zawodu, mającego dać utrzymanie i stanowisko. Cały rok pierwszy a często i połowa roku drugiego uważaną jest za czas pożądaną po rygorze szkół średnich wolności akademickiej – egzamin jeszcze wówczas daleko, – będzie czas, aby doń się przygotować.

Kolokwia, instytucja bardzo zbawienna, wprowadzona w tym celu, aby utrzymać ściślejszy kontakt między uczniem a profesorem, stają się najczęściej tylko środkiem uwolnienia od czesnego, młodzież majątniejsza rzadko tylko do nich przystępuje. Nie mówimy tu o nielicznej u nas na szczęście kategorii młodzieży próżnującej i trawiącej czas na zabawach i w kawiarniach, która wszędzie i zawsze się znajdzie, a na którą chyba nie ma rady, lecz o przeważnej części młodzieży uniwersyteckiej, która często pracuje, pracuje ciężko na lekcjach w kancelariach adwokackich a nawet w urzędach, ale niestety nie pracuje nad swoim wykształceniem zawodowym i myśli o zaopatrzeniu się na przyszłość, o uzyskaniu stanowiska w świecie, lecz nie o posłannictwie, jakie jej czeka i jakiego społeczeństwo wymagać od niej ma prawo!

Mówią nam: młodzież nasza uboga, musi szukać utrzymania, zarobku, musi dawać lekcje, pisać po kancelariach adwokackich. Nie chcę temu przeczyć, lecz są i majątniejsi, którzy jednak tą samą idą drogą, którzy pierwszy rok cały uważają, za wakacje i na kolegiach pokazują się tylko, aby „wziąć *nomen receptum*” z początkiem, a „frekwentację” z końcem semestru. Ale co bardziej, nie tylko sama młodzież prawnicza jest uboga, i na filozofii i na medycynie i na politechnice i wszędzie indziej zdarzają się liczni słuchacze, którym zaledwie na suchy chleb starczy, a którzy mimo to pracują usilnie intensywnie nad swoim wykształceniem i o głodzie często i chłodzie spieszą na wykłady i do laboratoriów. Dlaczego? Bo są przeświadczeni, że w obranym zawodzie prawdziwej wiedzy nie zastąpi żadne świadectwo, żadna formalna tylko kwalifikacja, że gdyby nawet udało im się złożyć jako tako egzamin, przy pierwszym kroku w zawodzie swoim utkną na braku prawdziwej wiedzy, rzeczywistego uzdolnienia. Inaczej w zawodach prawniczych. Mniemanie, że praca pamięciowa, dosłowna nieraz wiadomość paragrafów ustawy wystarczy nie tylko do egzaminu lecz i do zawodu, jest zbyt głęboko zakorzenione nie tylko między młodzieżą prawniczą lecz i między starszymi prawnikami, którzy ją, często w tym mylnym mniemaniu utwierdzają, umieszczając swoich synów i pupilów po kancelariach i wymagając od nich, ażeby się w czasie studiów sami o siebie starali. Jeszcze jedna okoliczność odgrywa tu niepoślednią rolę. Ogromna maszyna rządowa wymaga i pochłania corocznie bezmierną ilość pracowników. To stało się powodem, że władze, potrzebujące funkcjonariuszy, kandydatów nie wazą tylko liczą, że zadowolają się formalnym dopełnieniem warunków przyjęcia i że ci przyjęci następnie drogą

drabiny urzędowej w hierarchii postępują wyżej i wyżej. Objaw ten już nie zależy od uniwersytetu i trudno to zle naprawić, tym trudniej, że posuwanie się zdolnych jednostek poza szeregiem towarzyszy zawodu, często bez powodu przez tychże ostatnich przypisywane bywa protekcjom i odczuwane jako krzywda. Nie pamiętają jednakże ci, którzy czują się pokrzywdzonymi, że wówczas każdy zapytać się powinien samego siebie: czy wykorzystał należycie czas studiów swoich, czy nie jest sam winien, jeśli nie postąpił naprzód, tak jak mógł, tak jak wskazywał obowiązek wobec samego siebie i wobec społeczeństwa i czy nie ma racji władza, jeśli, powodowana łatwo wytłumaczyć się dającym egoizmem społecznym, posuwa naprzód tego, kto daje lepszą gwarancję pożyteczności.

Uwagi powyższe wykazują, że jeżeli tu i ówdzie dają się słyszeć głosy, iż uniwersytet nie przygotowuje swoich słuchaczy do pracy naukowej, to wina tego nie tkwi w mylnej organizacji studiów prawniczych ani też w braku sposobności do naukowego kształcenia się lecz w braku poznania prawdziwej doniosłości nauk prawnych w uniwersytecie i szeroko rozpowszechnionym przesądzie, że kto przygotowuje się do praktycznego zawodu, umiejętności prawa przyswajając sobie nie potrzebuje.

Przeciwko temu przesądowi walczyć należy z całą energią, na jaką nas stać. Młodzież nasza jest przystępną hasłom szlachetnym, lecz dziwić się nie można, jeśli, słysząc zewsząd, że teoria nie przyda się na nic a tylko ludziom głowy zawraca, że tylko paragrafy i hofdekrety rozstrzygają, że można nie uczęszczając na wykłady wyuczyć się prawa doskonale i być wzorowym sędzią, adwokatem lub urzędnikiem administracyjnym, nie zastanawia się bliżej nad tym i idzie za ogólnym prądem. Wszak dążenie do ułatwienia sobie zadania tkwi głęboko w naturze ludzkiej.

Są ludzie, którzy w całej rozciągłości przyznają potrzebę naukowej pracy na uniwersytecie, lecz zaprzeczają jej racji od chwili, gdy kandydat wstąpi do zawodu praktycznego, a w szczególności gdy zostanie sędzią lub urzędnikiem administracyjnym (dla adwokatów są pobłażliwsi, przypuszczając, że im się teoria przyda czasem do rekursu lub apelacji). Poza tym przyznają teorii prawa charakter pewnego rodzaju gimnastyki umysłowej, służącej do wyszkolenia się w myśleniu, nabraniu biegleści w dialektyce, słowem przyznają jej przymiot środka pedagogicznego, który traci aktualność, gdy wychowanie skończone.

Jest to jeden z przesądów szkodliwszych, dla rozwoju nauki jak i sądownictwa. Pomijając bowiem, że nauka postępuje naprzód, i to, czego nauczyliśmy się wczoraj, dziś pod wpływem rozwoju myśli ludzkiej i zebranych doświadczeń okazuje się mylnym lub niedokładnym, nie potrzeba dowodzić, że subiektywna zdolność recepcyj-

na potęguje się w miarę lat i doświadczenia, że innym, wierniejszym wejrzeniem spoglądamy w późniejszych latach na to, co w wieku młodzięcym nam się objawiło, i inne też konsekwencje stąd wysnuć potrafimy. Nie każdy zdobędzie się na pracę samodzielną, nie każdy zdecyduje się zasilać literaturę owocem swoich myśli; kto jednak uzyskał trwałą podstawę w sumiennej pracy naukowej za młodu, nie przestanie ożywiać sobie suchych i nużących nieraz zajęć codziennych pracą umysłową, która choćby już dla odmienności swej wprowadzi czynnik ożywczy do jednostajnej atmosfery życia. Produkcja na polu prawno-naukowym jest obfitą i wydatną – jak może na żadnym innym. Materiału nigdy nie zabraknie... toteż czytać, czytać należy, jak długo sił starczy.

Wiem, co mi odpowiedzą. Nie mamy czasu. Nawał pracy urzędowej jest tak ogromny, że absorbuje całą siłę człowieka. Gdy sędzia po całodziennym zajęciu urzędowym wróci do domu, pragnie odpocząć na łonie rodziny, albo, znużony, położyć się do snu. Zaledwie gazetę przegłądać potrafi. Przeciążenie pracą! Niedostateczne obsadzenie sądów! Prawda że są to przeszkody, którym zaradzić może tylko rząd przez pomnożenie sądów i sędziów. Słusznie też do rządu zwrócić się należy z postulatem: wymagasz od sędziów kształcenia się i pracy naukowej, podaj im więc możliwość oddawania się jej z potrzebną swobodą umysłu – nie wymagaj od nich rzeczy niemożliwych! Postulat to słuszny, wymaganie uzasadnione. Lecz nie składajmy znowuż winy wyłącznie na przeciążenie pracą. Doświadczenie uczy, że nie brak i u nas praktyków, a więc sędziów, adwokatów, notariuszy – nie mniej od innych zajętych, którzy wydatną literacką i naukową rozwijają czynność, co wskazuje, że połączenie zawodu praktycznego z zajęciem naukowym nawet w pośród terażniejszych stosunków nie jest rzeczą niemożliwą, i że pewna energia woli wiele tu zdziałać potrafi, a gdy się to stanie, niewątpliwie okaże się skutek, że czynność naukowa, ćwicząc elastyczność umysłu, ułatwi w wysokim stopniu zajęcia codzienne, umniejszy trudności a tym samym pozwoli zyskać na czasie.

IV.

Może zbyt daleko odwiodłem się od założenia słów moich, gdyż zamiarem moim było obok usprawiedliwienia zaatakowanego nieraz już przepisu rozporządzenia o pracy naukowej przy egzaminie sędziowskim, podać niektóre wskazówki co do samej teźże wymaganej pracy.

Tu jednak zaczyna się najtrudniejsza część mego przemówienia. Gdyby można wymyśleć szablon, podług którego prac naukowo-prawnych dokonywać by należało!... Gdyby każda kwestia nie

wymagała odrębnej metody ściśle do kierunku i celu badań zastosowanej!

Hodogetyka czyli metodologia prawa ma wielką za sobą literaturę, a może nie będzie zbyt śmiałe wypowiedzenie, że jest ona bardziej sztuką, aniżeli umiejętnością. Toteż podobnie jak artysta tworząc, nie zdaje sobie zwykle sprawy z wyuczonych poprzednio prawideł i wprawy, lecz niemal bezwiednie je zastosowuje tam, gdzie je zastosować należy, tak też i twórca dzieła naukowego mający pewien na oku cel, postępuje za wskazówką myśli własnej, a krępowanie go przy tym regułami byłoby raczej przeszkodą, aniżeli pomocą. Pierwszym jednakże i niezbędnym warunkiem pozostaje zawsze dokładna znajomość przedmiotu, którą nabyć można tylko korzystając ze studiów uniwersyteckich i pilną lekturą i świadomością celu.

Ograniczyć się więc muszę do podania zaledwie tylko kilku wskazówek, przy czym przeważnie będę miał [względ] na prace cywilne z zakresu prawa materialnego austriackiego.

1) Rozporządzenie ministerialne, wymagając ogólnikowo pracy prawno-naukowej, nie określa bliżej przedmiotu jej, ani kierunku, w jakim ma być podjęta. Wyznaczając termin dwumiesięczny do jej wykończenia nie może też wymagać, ażeby praca ta zbyt wielki objęła obszar. Można więc przypuszczać, że nie chodzi o to aby ona doprowadziła do nowych, światu naukowemu nieznanach rezultatów, lecz tylko, ażeby dała świadectwo, że kandydat ma należyte pojęcie o naukowym traktowaniu prawa, że mu nie jest obcą literatura przedmiotu, że z niej rozumnie korzystać potrafi, że daną lub przez siebie obraną kwestię należycie pojął, sformułował i jasno wyłożył, że jeśli nowej konstrukcji nie utworzy, wybierze spomiędzy przyjętych w nauce tę, która najbardziej do jego, poprzednimi studiami przygotowanego przekonania przemawia i że to przekonanie swoje rzeczowo uzasadnić jest w stanie, tj. że wywód jego, bez względu, jakiego broni zdania, będzie systematycznie uporządkowany i logicznie przeprowadzony. W tym celu nadaje się jedynie monograficzne opracowanie danego zagadnienia, w pierwszym rzędzie zatem potrzeba ścisłego ograniczenia zadania i wyboru środków, za pomocą których dopełnione być ma. Do tego wyboru dojść można tylko na podstawie pilnego wczytywania się w rozprawy znanych pierwszorzędnych autorów. Kto w ciągu studiów uniwersyteckich uczęszczał pilnie na wykłady i brał udział w pracach seminaryjnych, nie dozna pod tym względem trudności – ale też po złożonych egzaminach teoretycznych nie powinien przystawać w pracy, lecz poświęcić powinien ile możliwości jak najwięcej czasu na czytanie rozpraw naukowych, w przedmiocie, który najbardziej odpowiada jego skłon-

nościom i zamiłowaniu. Literatura, zwłaszcza niemiecka produkuje tych rozpraw tak obficie i tak łatwo są dostępne, że wyliczenie ich na tym miejscu zresztą niemożliwe nie miałyby celu.

2) W rozporządzeniu ministerialnym wspomniano o pracy naukowej z zakresu prawa, nie wyłączono zaś żadnego rodzaju takiejże pracy, a w szczególności nie ograniczono kandydata do przedmiotów egzaminu, z czego wynika, że dopuszczalną jest praca, która z obowiązującym u nas prawem – choćby nawet tylko w dalszym – zostaje związku, a więc tak samo praca historyczno-źródłowa z zakresu jednego z przedmiotów na uniwersytecie wykładanych, np. prawa rzymskiego, niemieckiego lub dawnego prawa polskiego, jak i praca z zakresu innego obowiązującego prawa np. kodeksu niemieckiego, prawa francuskiego itp., dalej z prawa narodów lub międzynarodowego prawa prywatnego, z prawa państwowego i tegoż gałęzi, byle mogła stanowić dowód, że autor ustalił sobie pewien określony cel, że ma świadomość tego celu i odpowiednimi środkami do niego zdążać potrafi, przynosząc ze sobą dostateczną znajomość tychże środków. – Może to więc być także studium porównawcze z zakresu kilku prawodawstw lub traktat *de lege ferenda*, a więc np. opracowanie naukowe jakiegoś projektu ustawodawczego, chociażby zagranicznego. Każda taka praca bowiem zdolna jest dać świadectwo o naukowej kwalifikacji kandydata. Tak samo nie jest wyłączonej praca, która by miała za przedmiot problemat prawnofilozoficzny i wskazać by mogła, że autor studiami na polu historii filozofii prawa należycie jest przygotowany i zna główne kierunki poglądów filozoficznych na prawo.

Natomiast praca, choćby naukowa z innych zakresów wiedzy np. z filozofii ogólnej, historii powszechnej, z polityki ekonomicznej lub socjologii, wobec wymagania prawnonaukowej pracy jest zdaniem moim niedopuszczalna.

3) Co do sposobu opracowania danego tematu nie można go lepiej opisać, jak to czyni Jhering: „Pierwszy początek każdego naukowego opracowania prawa charakteryzuje się tym, iż ściśle opiera się na formie, w której prawo objawia się w ustawie, a więc na czysto receptywnym zachowaniu się wobec źródeł. Interpretacja źródeł jest najniższym stopniem czynności naukowej, lecz zarazem nieodzowną podstawą wszelkiej czynności wyższej. Wynajduje ona to, co bezpośrednio lub pośrednio w ustawie jest zawarte. Materia prawa nie ulega tu żadnemu wewnętrznemu przeobrażeniu, zatrzymuje bowiem charakter, jaki ma w ustawie tj. charakter przepisu czyli normy prawnej, reguły prawnej, zasady prawnej. Do zakresu interpretacji należy nie tylko wykładnia bezpośredniej treści ustawy, lecz także wysledzenie treści pośredniej, a więc zasady orze-

czeń ustawą podanych i odwrotnie wszelkich konsekwencji z zasady wynikających. Produkcja prawnicza w części wychodzi poza granice tej materii, wytwarzając materię bezwzględnie nową co nazywamy dedukcją z natury rzeczy, a co można nazwać spekulacją prawniczą, – częścią zaś pozostaje w jej granicach, wszelako operuje nią w taki sposób, któremu nie można odmówić charakteru czynności tworzącej nowe kształty a tym samym czynności produkcyjnej czyli twórczej”. Odróżnia więc Jhering wyższą i niższą jurysprudencję, wyższy i niższy stopień skupienia prawa (*Aggregatzustand des Rechts*). Regularną formą, w której prawo się objawia, jest forma reguły prawnej. Jeżeli reguła taka jest ogólną, oznaczamy ją nazwą prawnej, jeśli jest bardziej specjalną i ograniczoną, używamy wyrazu przepisu prawnego. Obojętne jest przy tym, czy taka reguła zewnętrznie występuje w formie imperatywnej (rozkazu); rozkaz bowiem tkwi w samym przedmiocie. Wszelkie operacje, które pozostawiają materii prawnej tzw. pierwotną i bezpośrednią, praktyczną jej formę, które więc nie wykraczają poza granice przepisów i zasad prawnych, zalicza Jhering do jurysprudencji niższej. Przeciwnieństwo zaś wyższej jurysprudencji w stosunku do niższej określa przez przeciwieństwo pojęcia (*Begrift*) w stosunku do reguły prawnej, a przejście to prawa do wyższego stanu skupienia (*in den höheren Aggregatzustand*) powoduje konstrukcja prawnicza, przeobrażając surowy materiał prawny na pojęcia. Przeobrażenie to polega ujemnie na tym, że materia prawna traci swą bezpośrednią imperatywną formę – dodatnio zaś na tym, że materia ta przybiera kształt istoty prawniczej (*eines juristischen Körpers*). Ogół materii prawnej nie jest już odtąd systemem przepisów, lecz ogółem istot prawniczych, niejako istot żyjących, z których każda ma swój rodzaj, naturę i przymioty, za pomocą których wywołuje pewne skutki. Zadanie nasze przybiera wówczas charakter przyrodniczego badania. Mamy więc poszukiwać przymiotów i sił tej istoty prawniczej, mamy badać sposób, w jaki ona powstaje i ginie, mamy rozważyć położenia, w jakich znaleźć się może, wpływy, którym ulega, metamorfozy, do których jest zdolną, mamy oznaczyć stosunek jej do innych istot prawniczych, związki, którymi się łączy, kolizje w które wchodzi z innymi, po czym rzeczą naszą jest uchwycić jakgdyby w logicznym ognisku jej naturę, jej indywidualność, a w końcu uporządkować wszystkie owe prawnicze istoty w system, tak samo, jak badacz przyrody klasyfikuje okazy przyrodnicze. Łączy się tu zadanie badacza przyrodniczego z zadaniem twórcy dzieła sztuki, gdyż przedmioty, których naturę badać mamy, sami sobie dopiero tworzyć musimy⁶.

⁶ Zapatrywania te wyraził Jhering w przedmowie do I. Tomu *Jahrb. f. d. Dogm.* (1857) a rozprawadził je obszernie w swoim *Geist d. röm. Rechts* II, 2, s. 322-420. Pomimo upływu lat blisko 50, jest to jedna z najlepszych rzeczy, w tym przedmiocie napisanych, i usilnie wszystkim prawnikom do czytania zalecić ją należy.

4) W literaturze krajów o skodyfikowanym prawie cywilnym spostrzegamy równomierny objaw, że bezpośrednio po publikacji kodeksu przeważa opracowanie we formie komentarzy. Z natury rzeczy wynika że prawnicy w ogóle jak i prawodawcy skłonni są uważać każdą także kodyfikację za wyczerpującą. Tak było po publikacji Landrechtu pruskiego (1784), który zrazu był tylko egzegetycznie komentowany, a dopiero o wiele później doczekał się systematycznego opracowania (Temme, Bornemann, Koch, Förster, Dernburg, Eccius itd.). Najdłużej wytrwali w kierunku czystej egzegezy Francuzi z kodeksem Napoleona (1804), osiągając zresztą tym sposobem opracowania ustawy świetne rezultaty (Proudhon, Toullier, Delvincourt, Marcadé, Moulon, Demolombe) i dopiero dziś w sto lat po publikacji zwracają się do systematycznego opracowania (Esmein, Salles, Geny). Jedyne systemy, który w ciągu stulecia wyszedł był dziełem Niemca Zachariägo. Nawet w Niemczech, tej ojczyźnie nauki abstrakcyjnej, pojawia się w pierwszych czasach po publikacji najnowszego kodeksu plejada komentarzy, lecz tam ten czas przejściowy trwał bardzo krótko i dziś Niemcy stanowczo powrócili do metody ściśle naukowej.

I w Austrii po publikacji kod. cyw. z 1811 r. literatura nie wychyliła się poza granice ścisłej interpretacji przepisów, których krytykę wprost uważano za obrazę majestatu prawodawcy. Równoczesny rozwój nauki w Niemczech, zdumiewające rezultaty szkoły historycznej nie przedostały się przez granice oznaczone czarno-żółtymi słupami. Praca – obfita zresztą – autorów austriackich polegała na pedantycznym stwierdzaniu znaczenia wyrazów ustawy, a po świetnym w swoim rodzaju komentarzu Zeillera, nastąpiły jałowe, przeważnie bezwartościowe komentarze i rozprawy Nippla, Ellingera, Minasiewicza i innych a w końcu – o całe niebo wyższy od tamtych komentarz Stubenrauch. Z małymi wyjątkami (Winiwarter, Schuster) komentarze te i rozprawy ograniczały się do owej bezpłodnej reprodukcji przepisów ustawy, nie przekraczającej granic mierności. Jest to zasługa pierwszorzędna Ungera, że dziełem swoim *System d. oest. Privatrechtes*, niestety nieskończonym – dał początek nauce tego prawa i spowodował wyłom w owej ścianie ciosowej, która odgraniczała literaturę austriacką od niemieckiej. Równocześnie niemal wprowadzony postępowy kierunek nauk uniwersyteckich wprowadził do literatury nowy ruch, a jakkolwiek i dziś jeszcze wartość dzieł autorów austriackich jest bardzo rozmaita, literatura pr. austr. nie ma powodu powstydzić się wobec niemieckiej i jakkolwiek nie pod względem ilości wydawnictw to pod względem metody traktowania na równi z niemiecką zostaje. Imiona Ungera, Randy, Pfaffa, Hofmanna, Scheya, Strohala, Rittnera i wielu innych, obok całej plejady młodszych pracowników, wskazują epokę płodną w cenne

prace. Tę nowszą literaturę szczególnie do czytania zalecić wypada, ażeby za przykładem tych autorów nabyć wprawy naukowej jednakże, opracowując pewien specjalny temat, oprócz tego nie należy pomijać i dawniejszych autorów choćby już tylko dla dopatrzenia się różnicy – a nigdy pomijać nie należy Zeillera, którego spokojny, ścisły a przystępny wykład na niejedną ciemną kwestię niespodziane i pożądane światło rzuca.

5) Kwestia, jak dalece przy pracy naukowej o pr. austr. uwzględniać należy autorów innych krajów a szczególnie niemieckich jest trudna do rozstrzygnięcia. Są prace naukowe szczególnie w niemieckiej literaturze tak podstawowe, że pominąć się nie dadzą. Kto pisze o posiadaniu, nie pominie Savignyego i Jheringa, tak samo jak Randy, kto pisze o osobach prawnych uwzględni Demeliusa, Brinza i Arndtsa itp. Szczególnie jednakże uwagę zwrócić należy na to, że skutkiem studiów nad kod. cyw. niemieckim wszystkie instytucje cywilne uległy gruntownej rewizji a literatura monograficzna w Niemczech, podobnie jak i podręczniki naukowe, podają najczęściej cenne wskazówki literackie, z których odpowiednio korzystać należy. Oparcie się kod. austr. na pr. rzymsk. i niemieckim pociągnęło to za sobą, że naukowe nasze podstawy prawie wyłącznie czerpiemy z literatury niemieckiej. Kto jednak może korzystać z literatury innojęzycznej np. francuskiej, włoskiej, nie powinien tego zaniedbać. Słusznie nam bowiem zarzucają, że na polu naukowym często zbyt- nio jesteśmy Niemcami. Nie da się zaprzeczyć, że najgruntowniejsze, najściślejsze wiadomości o pr. rz. lub niem. zaczerpnąć możemy z niemieckich dzieł, czy to monograficznych czy cały system obejmujących. Nie powinniśmy jednakże zapominać, że prawo austriackie, jakkolwiek opierało się na prawie rzymsk. i niem. ma swoją własną historię i niezależnie od tych źródeł się kształciło i rozwijało, że więc i wobec tych źródeł należy zachować samodzielność sądu, ażeby nie popaść w jednostronność, jaką wielu autorów grzeszy, stosując bezkrytycznie zasady, przez Niemców ustalone, do instytucji prawa austr., co wielokrotnie okazuje się błędnym.

6) Idąc za wskazówkami znakomitego myśliciela, które wyżej przytoczyłem, należy otrzymawszy temat pracy przede wszystkim uprzytomnić sobie doniosłość jego i zbadać, w jakim stosunku do niego zostaje prawo pozytywne, zatem przystąpić najpierw do samodzielnej interpretacji przepisów a więc do narysowania niejako konturów owej istoty, której właściwości i przymioty badać mamy. Nie należy zapominać, że rzadko tylko instytucja pewna jest wytworem czasu, w którym przepis w kodeksie się pojawił, lecz że najczęściej sięga początkami swymi o całe wieki wstecz w ustawodawstwa dawno już nieobowiązujące, w których pierwsze jej zawiązki się okazały. Nasuwa się pytanie, jak daleko sięgać należy wstecz? Otóż tak samo

jak granice przedmiotowe, zakreślić sobie można i granice czasowe szerzej lub ciśniej. Zależy to zarówno od instytucji prawnej, o którą chodzi, jak od taktu i poczucia naukowego autora, jak wreszcie i od środków, którymi rozporządzać możemy, i celu, do którego zdążać zamierzamy. Jak z jednej strony nikt stąd zarzutu podnieść nie może, jeśli kandydat, kreśląc np. obraz władzy ojcowskiej, nie sięgnie do rodziny pierwotnej, do prawa dawnych Indów lub Egipcjan, tak z drugiej strony często może być błędem, jeśli nie scharakteryzuje różnicy, jaka zachodzi między teraźniejszą władzą ojcowską a rzymską *patria potestas*. W zakresie prawa cywilnego austriackiego najczęściej będzie prawo rzymskie lub niemieckie, rzadziej prawo polskie, w którym początków instytucji poszukiwać należy. Nie podobna też nie dopuszczając się przesady, wymagać od kandydatów, ażeby przedsiębiorali samodzielne badania źródłowe, jeśli takie badania nie stanowią właśnie przedmiotu pracy. Wyręczyły ich bowiem w tym względzie prace uczonych, romanistów, germanistów i polonistów, których rezultaty w dziełach powszechnie poważanych są złożone. Na tych rezultatach oprzeć się można a pominąć ich nie uchodzi. Nie należy jednakże rozumieć tego w ten sposób, iżby wszystko to, co w tych dziełach jest zawarte, powtarzać lub reprodukować należało. Wybór zależy od celu, który pracą ma być osiągnięty, a tym jest w pierwszym rzędzie wyjaśnienie znaczenia prawa obowiązującego, a w dalszym rozpoznanie pojęć, które są podstawą norm obowiązujących. Korzystanie z prac obcych w szerszym rozmiarze aniżeli tego wymaga potrzeba, nabicie pracy cytataми ich wykorzystanie, jest tak samo błędne, jak niedostateczne ich wykorzystanie. Wobec ogromnej ilości monograficznych opracowań zaleca się korzystanie z najnowszych, które przedstawiają najświeższy stan nauki – inaczej narażamy się na to, że przyjmujemy punkt wyjścia który nowsze badania jako mylny wykazały.

7) Urobiwszy sobie dokładne pojęcie o stanie nauki prawa, w którym tkwią początki danej instytucji, przystąpić możemy do badania rozwoju jej w prawie cyw. austriackim. Wiadomo, że dawniejsze źródła prawa austriackiego pod względem dogmatycznym niewiele przedstawiają wartości, a nadto że daje się uczuwać wielki brak prac przygotowawczych. Prawo austriackie – o ile chodzi o prawo powszechne – pokrywało się najczęściej z prawem pospolitym niem., o ile zaś było prawem rodzimym, rozrzucone było na normy partykularne, które w wielkiej części zanikały w zupełności, w części zaś tak mały wpływ wywierały na rozwój prawa w ogóle, że badania takie, ze stanowiska ściśle historycznego niezmiernie ważne, ze stanowiska dogmatyki dzisiejszej rzadko tylko zasługują na uwagę⁷. Konieczne

⁷ Wyjątek może stanowi n. p. prawa czeskie i morawskie odnoszące się do ksiąg gruntowych.

atoli okazuje się zbadanie, jak się dana kwestia przedstawia wobec usiłowań kodyfikacyjnych wieku XVIII. Można i należy wymagać od kandydata sędziowskiego znajomości tych powszechnie przystępnych źródeł, a więc projektu terezańskiego, Hortena, Martiniego-Keesa, częściowych kodyfikacji józefińskich (prawa beztest. dziedziczenia, małżeńskiego i cz. I. kod. józ.) i tzw. kodeksu galicyjskiego, tym bardziej, że one – a szczególnie proj. terezański – są wiernym odbiciem ówczesnych zapatrywań teoretycznych, i zapatrywania te, wbrew prawidłom kodyfikacji – często obszernie uwydatniają. Wydawnictwo Harrasowskyego⁸ ma jeszcze i tę zasługę, że podaje na podstawie autentycznych zapisków bardzo ciekawe i charakterystyczne daty o obradach współczesnych, zapatrywaniach w tymże czasie objawianych i prawach partykularnych. Ze stanowiska kraju naszego na uwagę zasługują też obrady wschodnio-gal. komisji apelacyjnej o tzw. kodeksie gal.⁹

Szczególnej jednakże wagę kłaść należy na obrady komisji prawodawczej ostatniego okresu (1801-1811), których publikacją, zasłużył się wielce Offner¹⁰. Cokolwiek sądzić by można o wartości materiałów prawodawczych w ogóle dla interpretacji ustawy, w opracowaniu naukowym pominąć ich nie podobna¹¹. Niewątpliwie prawdziwe jest zdanie Thöla, że ustawa przez publikację odrywa się od prawodawcy i zapatrywania tego stają się obojętne, o ile nie znalazły wyrazu w ustawie. Lecz podobnie pewne wydaje mi się, że o ile forma ustawy się temu nie sprzeciwia, a więc o ile zapatrywania i poglądy prawodawcy dadzą się w tej formie pomieścić, *caeteris paribus*, a więc jeśli przeciw temu szczególne nie przemawiają względy, znaczenie to ustawy przyjąć należy, które autor jej chciał mieć w niej objawione. Chociażbyśmy wcale żadnej wagi nie kładli na subiektywne przekonanie i zamiary prawodawcy, chociaż jest niewątpliwie prawdą, że nie należy – jak się to częstokroć dzieje – identyfikować osoby prawodawcy z osobą autora ustawy, bo byłaby to najczęściej fikcja niemająca uzasadnienia w rzeczywistości, chociaż wolno dojść do rezultatu, że myśl autorów nie znalazła wyrazu w ustawie, – nie wolno nie wiedzieć o tym, co owe czasy układania ustawy w materiałach nam pozostawiły. Nawet ich słabe strony i błędne zapatrywania autorów mogą nam ułatwić w wysokim stopniu konstrukcję prawniczą, jeśli je badamy ostrożnie i krytycznie.

⁸ Harrasowsky: *Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen*, Wiedeń 1883, 1884, 5 tomów.

⁹ Publikowane w Przegl. Pr. i adm. 1902, s. 178, 267, 351. – 1903, s. 200, 1904, s. 221, 279, 358, 445, 524 i w osobnym wydaniu pt. *Obrady komisji wsch. gal. o kod. cyw. z r. 1797* – Lwów 1904.

¹⁰ *Der Urentwurf und die Berathungsprotokolle des oest. brgl. Gesetzb.* – Wiedeń 1889, 2 tomy.

¹¹ O doniosłości protokołów ostatniego okresu prawodawczego zob. Pfaff, *Ueber die Materialien des oesterr. allg. b. Gb.* w Grünhuta czasop. II, s. 254 n.

8) W końcu – *last but not least* – niech mi wolno będzie zwrócić uwagę na niezmierną doniosłość judykatury sądów dla naukowego opracowania prawa obowiązującego, większą jeszcze aniżeli dla praktycznego orzecznictwa. Nie tylko bowiem stanowi ona znakomitą szkołę doświadczenia, wprowadzając badacza w samo ognisko sprzecznych interesów życiowych, nie tylko podaje przedmiot, nadający się do rozważnej i poważnej krytyki, lecz – co najważniejsza – odkrywa zarówno dobre jak i złe strony obowiązującej ustawy, przymioty jej dobre i braki, jednym słowem przedstawia funkcjonowanie maszyny sądowniczej w pełnym ruchu i daje sposobność do sądów i uwag nie tylko *de lege lata* lecz i *de lege ferenda*. Sposób motywowania wyroków od czasu wprowadzenia nowej procedury zmienił się znacznie na lepsze, konieczność uzasadnienia swobodnego przekonania wyrugowała w znacznej części utarte formułki biurokratyczne, a nierzadko zwłaszcza w orzecz. N. Tryb. mieszczą się gruntowne studia, przeniknięte duchem naukowym. Czym częściej to zdarzać się będzie, tym pożyteczniejszym stanie się studium dyktatów dla młodych sędziów, którzy jednak pamiętać o tym powinni, że studium takie nie uprawnia ich do bezkrytycznego poddawania się powadze Najw. Trybunału i że samo powołanie się na to, że Trybunał tak lub inaczej rozstrzygnął lub stale rozstrzyga, nie zastąpi samodzielnego uzasadnienia zdania.

Zbyt długo zająłem panów przytaczaniem przeważnie rzeczy powszechnie już wiadomych. Na usprawiedliwienie niechaj mi posłuży, że uczyniłem to, nie dla starszych, doświadczonych i światłych sędziów, lecz głównie dla naszych młodych adeptów, którzy niedawno ukończywszy uniwersytet stają dopiero u progu swego szczytnego zawodu. W nich nadzieja i przyszłość naszego sądownictwa. Jeśli nie mamy daleko dać się wyprzedzić innym narodom, stanowczo musimy wziąć rozbrat z nieszczęsnym przesądem, że w sądownictwie obejść się można bez ciągłej, usilnej, intensywniej pracy naukowej.

Pierwotny druk:

„Przegląd Prawa i Administracji” 1905, s. 81-110.