

W POSZUKIWANIU
PRAWA CYWILNEGO

**BIBLIOTEKA UMIEJĘTNOŚCI
PRAWNYCH i POLITYCZNYCH**

pod redakcją

ARTURA MILLERA

STANISŁAWA TYLBORA

Prokuratora Sądu Najwyższego

Adwokata

14

SZYMON RUNDSTEIN

**W POSZUKIWANIU
PRAWA CYWILNEGO**

1939

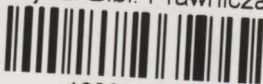
WARSZAWA — KRAKÓW

KSIĘGARNIA POWSZECHNA

SZYMON RUNDSTEIN

W POSZUKIWANIU
P R A W A
CYWILNEGO

Wydz. Bibl. Prawnicza



1806115268

1939

WARSZAWA — KRAKÓW

KSIEGARNIA POWSZECHNA

SPIS RZECZY.

	Str.
Przedmowa	7
I. Przekształcenia prawa cywilnego i struktura normy prawnej	9
II. Symptomy przełomu	17
III. Idea prawa i powrót do tradycji	23
IV. Idea prawa i podłoże polityczne prawa cywil- nego. Przywrócenie wartości prawa cywilnego w doktrynach rewolucyjnych	28
V. Sprzeczności konstrukcyjne rewolucyjnego prawa cywilnego. Ujęcie prawa jako „sub- stancji życiowej“	41
VI. Prawa jednostki w rozumieniu teorii sub- stancji	51
VII. Prawa jednostki wobec czynników polityki	59
VIII. Pojęcie autonomii	66
IX. Typy autonomii	72
X. Ograniczenia autonomii	85
XI. Autonomia na rozdrożu	91
XII. Podstawowe konstrukcje prawa cywilnego w ustroju sowieckim	102
XIII. Cywilistyka sowiecka i jej powrót do tradycji	113
XIV. Wpływ totalizmów narodowych na konstruk- cje prawa cywilnego	130

PRZEDMOWA.

W zmaganiu się sił politycznych i gospodarczych losy prawa prywatnego są — zdawać by się mogło — bez większego znaczenia. Wszakże godzi się pamiętać, że w tej dziedzinie unormowania stosunków ludzkich stale przejawiał się wpływ idei sprawiedliwości. Czy wpływ ten w przyszłości również mieć będzie znaczenie — oto kwestia.

Temu zagadnieniu poświęcona jest praca niniejsza. Czasy, w których hasło „*hang all the lawyers*“ staje się popularne — utrudniają obronę wiecznie młodej, wiecznie żywej idei prawa. Podkreślany w moich rozważaniach nawrót do tradycji, którą niedawne przewroty obecnie chcą honorować — może jest tylko epizodem; nie mniej należało tę charakterystyczną tendencję szczegółowo i krytycznie omówić.

Starłem się zobrazować istotę prądów współczesnych, zresztą jeszcze nie skrystalizowanych, często — kroć od zmiennej koniunktury politycznej zależnych. Może słuszny będzie zarzut, że w wywodach moich jestem zbyt optymistyczny; wszakże nie przypuszczam, ażeby można mi było zarzucić stronność i predylekcję w ocenach. Jedyną podstawą i myślą przewodnią moich rozważań — była idea prawa.

S. R.

I.

PRZEKSZTAŁCENIA PRAWA CYWILNEGO I STRUKTURA NORMY PRAWNEJ.

Świadomość zmian, zachodzących w ukształtowaniach życia prawnego, jest pierwszym krokiem do zrozumienia przyczyn, które spowodowały rozbieżność ze stanem, uważanym za normalny i za niewzruszony. Nie ma nic pospolitszego ponad twierdzenie, że treść norm prawnych znajduje się w ustawicznej zmienności, że ich płynność i przekształcenia są funkcją pochodną układów gospodarczych i politycznych. Tylko zasklepienie dogmatyczne, tylko pozytywizm, nie wybiegający po za osnovę tekstów pisanych, widzieć w nich chce „rzecz samą w sobie“.

Może być zgoła obojętne, czy i jak wartościować należy zmiany, zachodzące nie w trybie ewolucyjnym, lecz w drodze gwałtownych przewrotów i wstrząsów. Aspekt ocen zależy będzie od założeń, które, stanowiąc wyznacznik wiary, nie mogą podlegać wartościowaniu. Ideały, cenne sub specie przeszłości, stają się monetą wycofaną z obiegu — wobec siły dynamicznej argumentów teraźniejszości. Wszakże stwierdzenie przemian w treści prawa powoduje wątpliwość, czy stwierdzone przekształcenia nie idą

w parze z transformacją samej idei prawa. Nie idzie tu o przekształcenia pojęć prawnych, nie idzie również o zmiany strukturalne układu normy. Można by natomiast stwierdzić, że w właściwościach formalnych „prawności“ zachodzą w czasach obecnych pewne przesunięcia; że, mianowicie, końcowy punkt poczytania (Państwo) przybliża się do takich stanowień o powinnościach prawnych, od których ongi oddzielały je liczne ogniwa przejściowe i pośrednie, że poza tym funkcje sankcyjne, zyskując na intensywności, stają się mniej związane z przedmiotowością ich stosowania; zbliżają się bowiem do ocen zależnych od indywidualnej dowolności piastunów władzy. Można powiedzieć, że coraz bardziej zwęża się dziedzina, w której podmiot prawa jest gospodarzem własnowolnie stworzonych sytuacji prawnych. Stąd awersja do technicznego chociażby podziału na jus publicum i jus privatum oraz widoczna niechęć do konstrukcji praw podmiotowych. Stąd negacja woli jednostkowej, jako twórczego współczynnika poszczególnych sytuacji prawnych. Wreszcie, można by zaznaczyć ów charakterystyczny zanik „bezosobowości“ nakazu i normy wiążącej „objectiviter“ (K r a b b e). Namiastką stają się pojęcia konkretyzujące szczegółowość, myślenie w przystosowaniu do sytuacji indywidualnych (L a r e n z, C. S c h m i t t); temu odpowiada podkreślenie rozstrzygnięć jednostki, która — jako wódz — podstawia się na miejsce konstrukcji Państwa, jako osoby prawnej (H ö h n).

Te charakterystyczne cechy nowoczesnych przemian nie przekształcają strukturalnego „wyglądu“ normy prawnej — chyba, iżby dążono do podstawie-

nia na miejsce określonej powinności i stałej sankcji — pojęć bezwzględnej dowolności i niekrępowanego decyzjonizmu. Wówczas kwalifikacja takich ukształtowań pozostawała by po za granicami ujęcia prawnego.

Przyszłość kryje możliwość powstania nowego rodzaju władztwa, które, jako despotyzm czystego typu, oparte będzie na nieograniczonej dowolności, z wyłączeniem jakiegokolwiek ograniczenia kompetencji. Wprawdzie twierdził G. Jellinek, że typ ten — wyjąwszy może tworzywa wschodu — w formie czystej nie istniał; wszakże, nie ma gwarancji, ażeby to „zwyrodnienie“ władztwa nie mogło stać się rzeczywistą rzeczywistością. Gdyby tak było — należałoby pożegnać się z ideą prawa, z prawnikami zaś wypadałoby postąpić według tej recepty, którą zalecali ongi Fryderyk Wielki i Napoleon Pierwszy .

Możemy tedy założyć, że przemiany współczesne nie dotyczą formalnej struktury normy.

Proust w zakończeniu swej wielkiej symfonii, opiewającej poszukiwanie „utraconego czasu“, konkluduje, iż przekształcają się „figury rzeczy tego świata“, że przesuwają się ośrodki panowania, zmieniają się kadastry fortun i gwarancje sytuacji nabytych. „Tout ce qui semblait définitif est-il perpétuellement remanié“. Oczy ludzkie kontemplują zmiany niebywałe, aczkolwiek zdawać się mogło, że zmiany te są zupełnie niedopuszczalne („Le temps retrouvé“, T. II, str. 221). Otóż, gdy dane nam jest zmiany te widzieć i beznamietnie obserwować — nie zapominamy o tym, że, poza pojęciem dynamicznej

zmienności treści, istnieje statyka idei przewodniej i formy strukturalnej.

Być może, że przemianom współczesnym odpowiadają pewne dysproporcje w budowie i w układzie norm prawnych. To znaczy, że zachodzi uwzględnienie stanów konkretnych, do których nawiązuje się układ powinności; to znaczy również, że zanikają sformułowania ogólne i generalizujące; a gdzie bez nich obejść się nie można — uznaje się taki tryb stosowania normy, który będzie wyraźną (a nie, jak dotychczas, ukrytą) prawotwórczością. Stąd skłonność do rozszerzania analogii, stąd konieczność odmiennego sformułowania tych wskazań naczelných, które będą wytyczną dla organów prawo stosujących. Te wskazania, zbliżone do tradycyjnych pojęć „ducha praw“, „celu ustawy“, „zasad ogólnych“, „natury rzeczy“, stają się bardziej konkretne; ale ta konkretyzacja bynajmniej nie jest dokładna i precyzyjna. Wprowadzenie wskazań w rodzaju „świadomości klasowej“, „pożytku narodowego“, „harmonii współżycia“ samo przez się nie zmienia strukturalnego układu normy. Zabarwienie polityczne tych wskazań nie jest bynajmniej zaprzeczeniem specyficznej „prawności“ normy. Złudzeniem bowiem jest mniemanie, że współczynnik polityczny obcy był układowi norm „przedrewolucyjnych“. Układy przeszłości nie były oderwane od podłoża politycznego; świadomość tego związania zatraciła się z biegiem czasu. Wytwory prawne, szacowne przez tradycję, przez wytrwanie w zmiennych okolicznościach, cenne w swej precyzji, wydają się czymś oderwanym; są nadbudową, której fundamenty mało kogo obchodzą. Oderwanie się two-

ru „idealnego“ od substruktury jest chwytem technicznym, koniecznym dla izolacji przedmiotu poznania. O tym nie należy zapominać przy ryczałtowej kwalifikacji przemian rewolucyjnych, jakc herezji sprzecznej z ideą prawa.

Niebezpieczne jest zresztą operowanie pojęciem „dysproporcji“ w budowie i w układzie normy prawnej. Można by o tym mówić, gdyby człon normy, dotyczący sankcji, był w ten sposób związany z hipotezą powinności działania, zaniechania czy znoszenia, iż związanie to nie mogło być sprowadzone do jakiegokolwiek przewidzialnej determinacji. To znaczy, że zarówno co do określenia samej powinności, jej antedencji i skutków sankcyjnych zachodziła by dowolność lub nieograniczone, samowolne uznanie organu władzy. Nie byłby układem prawnym — układ, w którym jakiś A obowiązany jest do postępowania według wzoru „n“, gdy wzór ten może być rozumiany zarówno „n“, jak i „non-n“, lub też odpowiadać będzie jakiemuś niewspółmiernemu wzorowi „X“. Nie byłby układem prawnym układ, w którym organ władzy, obowiązany do postępowania „n₁“ w przypadku niezastosowania się jakiegoś A do wzoru „n“, mógłby aequo modo: postąpić bądź zgodnie z schematem „n₁“, bądź zastosować wzór sprzeczny „non n₁“, bądź wreszcie wszelkiej reakcji zaniechać, czy też postąpić „jak mu się spodoba“. Byłoby to antytezą odwiecznego wskazania: „rex nihil potest nisi quod iure potest“.

Są to przypuszczenia możliwe przy rozważaniach z zakresu patologii życia zbiorowego. Mają one swą wagę i znaczenie, gdy sięgamy do podstawy wytwor-

rów prawnych; nie wytłumaczy ich żadna teoria samoródtwa ;na rozgraniczu faktu i normy kończy się zresztą właściwość teorii prawa. Badając np. ukształtowania sankcyj, możemy stwierdzić ich zmienność i fluktuacje; wiadomo, iż niekiedy powagą swą silne w dziedzinie prawa politycznego — w odmiennych okresach historycznych powagę swą i nasilenie tracą. Te krańcowości nie przejawiają się w sposób gwałtowny w dziedzinie względnie spokojnej i dotychczas za neutralną uważanej — w dziedzinie prawa prywatnego.

Zresztą, mówiąc o dysproporcji, musielibyśmy uprzednio ustalić wzór idealnego ustosunkowania współczynników normy prawnej. Pewien tryb powiązania powinności — tryb, oczywiście, nieodwracalny — sprowadzić się daje do dwóch ogniw: powinności podmiotu i specyficznie związanej powinności „trzeciego“, jako organu władzy politycznej, społecznej, konwencjonalnej i t.p. Nie zmienia sytuacji zwiększenie ilości ogniw, prowadzących do punktu, w którym kończy się ocena prawna. Jeśli przemiany współczesne ilość ogniw zmniejszają, uszczuplają, podstawiają konkretyzację na miejsce determinacji — może się to wydać szkodliwe; dla „wyglądu“ struktury normy będzie to wszakże obojętne.

Zważmy ponadto, że dziedzina prawa prywatnego, opartego na pewnej „ratio naturalis“, wydawać się nam może czymś niezmiennym, chociażby przesłanki autonomii indywidualnej i władztwa nad rzeczami zmieniać się miały w zależności od zasadniczych przemian gospodarczych. Kresem wędrówki prawa prywatnego byłby ów w mitologiach różnych koncep-

cji społecznych niejednokrotnie obrazowany „punkt dojścia“, w którym nastąpi automatycznie śmierć prawa, zanik wszelkiej normy prawnej. Ten ideał „królestwa bożego“ na ziemi, zarówno z prawej strony (por. teorię Sauera), jak i z lewej głoszony, jest iluzją. Widzimy zresztą, że koncepcja przez Marxa dla idealnego komunizmu głoszona, przez Lenina teoretycznie udoskonalona — w Związku radzieckim uchodzi obecnie za kontrrewolucyjną heresję.

Teza o niewzruszoności wskazań prawa prywatnego uwarunkowana była wiarą w stałość stosunków politycznych i gospodarczych. Ostatnie półwiecze przed wielką wojną było okresem wyjątkowego pokoju i równowagi. Stąd wywód, że tak zawsze być musi i że inaczej być nie może. Stąd pewne zaskoczenie, zadziwienie i naiwne szukanie zapewnień z chwilą, gdy wielkie przemiany powojenne wywoływały nagły przewrót w spokojnej i rzekomo neutralnej dziedzinie prawa prywatnego. Przesłanki „pewności“ i „stałości“ uległy zakwestionowaniu — i zdawało się, że gmach, pracą pokoleń wzniesiony, wstrząśnięty został w swych podstawach. Niewątpliwie, istota i zasięg prawa prywatnego uległy w czasach ostatnich zmianom i przekształceniom. Można zapytać, czy były one tak istotne, iżby ugruntować miały zanik wszelkiej wiary w rację istnienia tej dziedziny prawa. Przekształcenie prawa prywatnego przez sprowadzenie go do zwykłej receptury technicznej („recettes“ w odróżnieniu od „préceptes“) nie jest niemożliwością; odpowiednia technizacja i planowość życia gospodarczego może spowodować

takie przemiany. Regulację stosunków pomiędzy podmiotami normy zastąpiłaby władcza regulacja podziału dóbr: „urzeczowienie“ życia gospodarczego byłoby antytezą podmiotowości i personalizacji wzajemnych współoddziaływań.

Jednakże głosiciele nowej wiary politycznej nie rzucają interdyktu na prawo cywilne. Przeciwnie: po obu stronach barykady wpatrzeni są w przykłady tych władców i cesarów, którzy de nomine stali się „wielkimi kodyfikatorami“ prawa cywilnego. Współczesnym totalizmom śnią się nowe kodeksy cywilne. Sny te powoli się iszczą.

Jeśli tak jest — powiedzieć należy, że ten — może nieszczerzy — nawrót do tradycji jest tryumfem idei prawa. Może idea ta przejawia się w pewnej żałosnej deformacji. Trudno przesądzać przyszłość; być może, że długo jeszcze pozostawać będziemy w stanie, który nie rozgranicza dowolności i prawa; ale nie zaniknie świadomość, iż taka linia graniczna, nawet gdyby in casu nie istniała — istnieć powinna.

II

SYMPTOMY PRZEŁOMU.

Przewroty i przemiany, które mniej czy więcej łaskawy los obserwować nam pozwala, są uważane przez jednych — za zniekształcenie idei prawa, przez innych — za jej etap perfekcjonistyczny. Jakkolwiekby, uprawnione będzie pytanie, czy nie nadszedł okres odnowienia, czy nie jesteśmy w przededniu wielkiego przełomu?

Odpowiedź zależna będzie od przedstanowczego ustalenia: jaka materia prawna w grę wchodzi?

W zakresie prawa prywatnego, które łatwiej daje się izolować od podłoża politycznego i samoistnie może oddziaływać jako swoista „ideologia“ — odpowiedź na pytanie ułatwią nam sami głosiciele nowego rzeczy porządku. Aczkolwiek mówią oni i podkreślają — jakże wyraźnie i jakże nie-raz hałaśliwie — zupełne i nieodwołalne zerwanie z wyklętą przeszłością, jednakże, w wyniku doświadczeń praktycznych, wracają nie tylko do uznania, lecz do apologii wzorów, porządkujących relacje jednostek inter se. Bilans przewrotu okazuje się dość mizerny i dawne, tradycyjne ujęcia — niezależnie od

istotnych przekształceń treści — powracają do należnej im hierarchii.

Stąd ułatwiona odpowiedź na pytanie co do charakteru oczekiwanej „*instauratio magna*“; w rzeczywistości nie była ona żadnym rewolucyjnym odnowieniem, żadnym charyzmatycznym zwiastowaniem, jeno, może niezupełnie oryginalną, wariacją starej, niesłusznie pogardzanej tematyki. Nie przeczę, że w ocenie tego stanowiska „rewolucjonizującej“ cywilistyki mogą się mylić; być może, że idzie o czasowy „odpływ“, przerwę dla wytchnienia, cofnięcie się na dawną pozycję celem zdobycia nowej; być może, że zarówno na wschodzie, jak i na zachodzie przychodzą do władzy i władzę tę chcą umocnić nowe klasy posiadające; dla nich zaś zapewnienia i tradycyjne gwarancje cywilistyczne posiadać mogą znaczenie pierwszorzędne. Wskazania rewolucyjne wkraczają na drogę pospolitego reformizmu.

Mielibyśmy więc do czynienia z jednym jeszcze kryzysem; kryzysów tych zna dość dużo historia ostatniego stulecia cywilistyki. Kryzys jednakże nie jest jednoznaczny z przewrotem. Jeśli się stwierdza stałe istnienie kryzysów w kształtowaniu i rozumieniu norm prawa prywatnego — zapytać wówczas należy, czy stałość kryzysów nie jest czemś „normalnym“?

Wiek XIX już w samym zaraniu i rozkwicie szkoły egzegetycznej zna we Francji zaciekle przeciw niej opozycję, która w końcu wieku skryształizowała się i stworzyła nowe podstawy badawcze, od Saleilles'a, Géný i Planiola poczyna-

jąc¹⁾. Konstrukcje pojęciowe szkoły historycznej i pseudo-logicyzm Windscheida, w drugiej połowie wieku XIX-go, znalazły się w pozycji obronnej zarówno przeciwko romanistycznym atakom Iheringa, jak i germanistycznej opozycji Gierke'go. Szkoła socjologiczna i szkoła t. zw. „wolnego prawa“ we Francji i w Niemczech oparte były na pewnych dążeniach politycznych, których istotę i znaczenie prześwietlił Max Weber. Ciągłość rozwojowa, związanie precedensami, tradycjonalizm „common law“ w krajach anglosaskich nie przeszkodziły przeciwstawnościom teoryj Maine'a i Austina, nie przeszkodziły w Stanach Zjednoczonych walkom empiryzmu z głębszym, na idealizmie opartym ujęciem filozoficznym. W pamięci mojej utrwaliły się momenty, gdy dojrzały krytycyzm Aubry i Rau'a zastąpił przestarzałą egzegezę Demolombe'a i Laurent'a; świadomy jestem tego przewrotu, który dokonany przez niezupełnie jasną metodologię Saleilles'a i Gényn'ego, doprowadził do (wówczas z niedowierzaniem przyjętych) aspektów dogmatycznych Planiol'a. Dziś są to okresy zamierzchłe. Mało interesującą wydaje się obecnie ówczesna metoda prawotwórczości sądowej, sformułowana w słynnym art. 1 kodeksu cywilnego szwajcarskiego.

Oczywiście, w tym skrócie perspektywicznym trudno dają się ująć poszczególne etapy starć — i nie o to nam idzie, ażeby w tym miejscu podmalować

¹⁾ Bonnecase, L'école de l'exégèse en droit civil, 1924, str. 202 i n.: opozycja z okresu 1819 — 1831.

tło ideologii prawnej czasów przedwojennych. Nie zapominamy wszakże, że czasy te stworzyły ideację „funkcji społecznej“ norm prawnych, że podbudowały fundamenty pojęć „nadużycia prawa“, „szykany“, „standard‘u“, „wykonywania praw zgodnie z ich funkcją“, „odpowiedzialności przedmiotowej i działania na własne ryzyko“; że stworzyły po za tym wentyle t. zw. klauzul generalnych oraz rozszerzyły pojęcie dobrych obyczajów, jako oceny wytycznej. Gdy prorocy nowego rzeczy porządku z emfazą stwierdzali: „dobbiamo liberarci della vecchia dogmatica giuridica, anche se essa pretenda ad un valore assoluto e universale“²⁾ — zapominali o tym, że właśnie ci, pogardzani przez nich przeciwnicy z okresu rzekomej dekompozycji, właśnie poszukiwali nowych podstaw rozumienia cywilistycznego. Nie trzeba głębokich wywodów, ażeby zrozumieć, iż walki te były odgłosem pewnych przemian w układach gospodarczych. Dziś zaś nowatorzy, zamierzając reformować prawo cywilne sub specie najrozmaitszych totalizmów, wracają do wskazań i formuł okresów ubiegłych. Jeśli się zmieniła materia prawna — było to od woli ludzkiej w pewnym stopniu niezależne; ale rewolucyjne zamierzenia nowatorów powracają do tych sformułowań, które właśnie przez epokę poprzednią zostały stworzone. Czyliż, nie uważając, bynajmniej, młodości twórców nowego prawa za jakowyś grzech, nie

²⁾ Tak mówił prof. De Francisci (były minister sprawiedliwości) na pierwszym kongresie prawników włoskich — zob. „Ai giuristi italiani. Discorso di Pietro de Francisci letto in Campidoglio il 5 ottobre 1932 — X inaugurando il primo Congresso giuridico italiano“, str. 10.

moglibyśmy powtórzyć trafnej uwagi de Tourtoulon'a: „... au but d'un certain temps la pensée d'un jeune homme n'est plus une jeune pensée“³⁾)

Ale kryzys — nawet długotrwały — mógłby być uważany w perspektywie historycznej za symptomat przyszłego przewrotu. Nie byłby więc ogniwem w następstwie poszczególnych okresów rozwojowych, lecz przedostatnim etapem, zwiastującym syntezę rewolucyjną. Nie myślę, ażeby takie przypuszczenie mogło się stosować do pseudorewolucyjnego prawa prywatnego. Ten sceptycyzm jest uprawniony ze względu na znamienne cofanie się nowej twórczości prawnej.

Podobnie jak rozszczepiona własność feudalna różni się od własności czysto-kapitalistycznej — również własność w epoce kapitalizmu narodowego czy kapitalizmu pseudo-komunistycznego różni się quo ad materiam od własności, opartej na „demokratycznej“ konstrukcji funkcji społecznej. Związanie jednostki, zanik jej autonomii, granice wolności umownej, mogą ulegać przekształceniu, gdy abstrakcyjne zasady równości jednostek podlegają zróżnicowaniu — a to w zależności od przynależności do grupy religijnej, rasowej, klasowej lub stanowej. Czynniki klasowe, rasowe, czy narodowe mogą stać się symbolami, kryjącymi — pod ich ideologiczną osłoną — walkę sił gospodarczych; stąd, formy asocjacji i współzawodnictwa, wytwórczości i wymiany mogą uzależniać się od czynników, obcych i nieznanых

³⁾ De Tourtoulon, Les principes philosophiques de l'histoire du droit, 1908—1919, str. 688.

poprzedniej epoce „niwelacyjnej“. Wreszcie, podstawienie „państwa gospodarczego“ na miejsce dawnej struktury „państwa politycznego“ mogłoby — w imię już zupełnie wyraźnego interwencjonizmu — zatrzyć idealną linię podziału tradycyjnej cywilistyki.

Otóż, w mniemaniu, że ta linia przyszłego rozwoju — w okresie bliskich może starć imperialistycznych — nie będzie skrzywiona, czy wyprostowana (jak kto woli), przypuszczać można, że charakterystyczne dążenia nowych prawotwórców i nowych teoretyków do przywrócenia niedawno odrzucanej tradycji świadczą o pewnym załamaniu się. Powtarzam: nie można mówić o jakiejś „restauratio“, która przyjść by miała na miejsce rzekomej „instauratio“. Gra sił gospodarczych, irracjonalizm imperializmów, eliminacja pewnych grup, władztwo nowych klas, masowość i planowość (czy chaaotyczność), prawo naśladownictwa i przerzuty nowych formacji na układy dawne — powodować muszą zmiany; zmiany te dla cywilistyki „klasycznej“ wydawać się mogą herezją, odstępstwem, zjawiskiem obcego wymiaru. A jednakże, ci, którym te nowe tworzywa byt swój zawdzięczają, wracają do wzorów dawnych; z pewnym — rozczulającym niekiedy — uporem nową materię jakże chętnie do ujęć tradycyjnych chcieliby nagiąć. Może to tylko symptom, zwiastujący zakończenie pewnego okresu kryzysowego — chociaż słyszeliśmy głosy o rewolucji, obliczonej na trwanie co najmniej przez lat tysiąc.

III

IDEA PRAWA I POWRÓT DO TRADYCJI.

Nie chcemy w naszych rozważaniach poruszać oceny obserwowanych przemian. Jeśli przekraczamy granice poznania prawnego, dzieje się to dlatego, że obserwacja sama przez się nasuwa konieczność wejścia w najgłębsze pokłady struktury prawnej i w jej związek z ideacjami sprawiedliwości.

Przeto, winniśmy skonstatować, czy w tworzywach współczesności zasięg idei prawa wykazuje istotną odmiennność — w porównaniu z układem, który był nam znany i który (niesłusznie) uważany był za niezmienny i normalny. Idzie nam o stwierdzenie, nie zaś o ocenę; ta bowiem, oderwana czy to od pozytywnego, czy też od intuicyjnego prawa, będzie zawsze poza-prawna.

W tych stwierdzeniach, które, ze względu na omyłki w polu widzenia, nie będą doskonałe, nie należy doszukiwać się jakiejś cenzury. Są chętni, którzy nie skąpią ocen: w filozoficzno-prawnych rozważaniach Bindera sub rubro: „personalizm contra transpersonalizm“ złą notą cieszą się zdobycze wielkiej rewolucji francuskiej; o nich bowiem historia nie powiedziała ostatniego słowa (Ten „egzamin“

jest jednym z zabiegów mitologii społecznej, używanym dla celów politycznych). Nie wiadomo również, czy możliwa jest ocena pewnych przewrotów, jako wyobrażających postęp dziejowy, innych zaś — jako cofnięcie się wstecz. Del Vecchio twierdzi: „non tutte le rivoluzioni sono da considerare a priori come veicoli di progresso giuridico“⁴). Takie stwierdzenie wymagałoby uprzedniego ustalenia, co należy rozumieć przez „rozwój“; tym bardziej, że cofnięcie się wstecz, nawrót do form, uznanych za złe czy szkodliwe, niż jest bynajmniej mechanicznym powtórzeniem dawnych wzorów. W innym miejscu Del Vecchio sam stwierdza „nieodwracalność“ zjawisk społecznych: gdy kształty przebrzmiały przez przewrót wsteczny przywrócone są do życia — powtórzenie ich odbywa się w zupełnie odmiennym środowisku społecznym.

Istota władztwa i sytuacja osób władztwu podanych posiada w czasach obecnych cechy, które pozwalają na analogię z zamierzczłymi ukształtowaniami absolutyzmu politycznego (jedynowładztwo, totalizm) i z negacją prawa podmiotowego — trzonu i osnowy podbudowy cywilistycznej. A jednakże, czyż ze strony najbardziej autorytatywnej nie padły oświadczenia, którym wtórowały chętnie i wdzięcznie głosy posłusznych teoretyków: formy nowego władztwa nie są żadną dyktaturą, żadną samowolą, lecz przejawem najdoskonalszej demokracji, wyrazem wolnego akcesu do najwznioślejszych ideałów po-

⁴) G. Del Vecchio, *La crisi della scienza del diritto*, 1933, str. 18 (rivoluzioni regressive).

litycznych; iż, poza tym, idea prawa, oparta na wierze i zaufaniu, poparta osiągnięciami zespołów, tworzących jedność, najdoskonalsze w tych właśnie ustrojach daje gwarancje uzyskanych sytuacji i nabytych roszczeń. Rzutowanie wyklętej przeszłości na promienną teraźniejszość, staje się widoczne. Jeśli odrzucone zostają konstrukcje bezosobowości władztwa, jeśli w państwie znajduje swój wyraz najgłębsza istność, egzystencjonalność i integracja zbiorowa—wówczas idea „reprezentacji“ zastąpiona zostaje przez pojęcie „identyfikacji“ wodza i elity z masą już uporządkowaną w jedności według stanów, korporacji, przynależności partyjnej i t. p.

Tym zwiastowaniom odpowiada w dziedzinie cywilistycznej apologia pewności prawnej, stałości ochrony i obrony praw jednostkowych, poszanowania inicjatywy i własności prywatnej. Czyli: proces inwolucyjny prowadzi do wskrzeszenia zarzuconych haseł nienawistnej przeszłości.

Nie poruszam tu kwestii, czy ten nawrót posiada istotną wartość, skoro stworzony przez totalizmy ustrój gospodarczy jest negacją autonomii i inicjatywy osobistej, zaś planowość gospodarki sprowadza dynamikę indywidualną do ślepego posłuszeństwa drobnych trybów i mało znaczących kółek wielkiej maszyny. Być może, że są to hasła tylko polityczne, propagandowe; być może, że zwiastują one pewne tendencje „nowobogackie“, które zapewnić chcą à qui le droit „udział“ w nowym podziale dóbr. Mniejsza jednak o prawdziwe motywy. Złośliwie można by powiedzieć, że ten nawrót jest specyficzną „gardero-

bą duszy“, oddaniem hołdu prawdzie — przez „grzech“, przybierający pozory „cnoty“.

To może prawdziwe, może pozorne odrzucenie haseł, negujących ideę prawa, zasługuje na baczna uwagę. Bynajmniej nie należy wyobrazać sobie idei prawa, promieniującej przez emanację na fenomeny rzeczywistości. Byłoby mitologią ujęcie, w którym „na odległość“ mierzyć wypada zbliżanie się fenomenów quaestionis do idealnego wzoru. Czy przypuścimy hipotezę rozwojową, czy przychylimy się do teorii cykliów, czy wreszcie proces dziejowy rozumieć zechcemy jako przebiegający spiralnie — idea prawa przejawiać się będzie w różnych stopniach nasilenia: odmienność wynikać musi z różnorodnych ustosunkowań normatywności do dowolności.

Epoka nowoczesnych przewrotów nie odrzuciła charakterystycznych powiązań powinności i sankcji, koniecznych dla uporządkowanego bytowania społecznego. W pewnej przesadzie, w entuzjazmie charakterystycznym dla charyzmatycznych procesów społecznych, posunęła się nawet do twierdzenia, że należy zastąpić zewnętrżność normy przez jej dobrowolne uznanie — z przekonania, wiary i sumienia. Negacyjna sankcja staje się afirmacją, łączącą dyjalektycznie konieczność (przymus) z dobrowolnością (uznanie).

Przeszłość demokratyczna uważała transformację przymusu prawnego na zgodę wewnętrzną za ideał⁵⁾. Rewolucyjna teraźniejszość twierdzi, że ide-

⁵⁾ Laski, *Liberty in the modern state*, 1937, str. 47: „...to transform the processes of coercion into processes of consent“.

ał ten już się ziścił. Norma prawna staje się naturalnym układem życia narodu, mistyczną jednią jednostki z całością; przeistacza się w dobrowolność przyzwyczajenia.

IV

IDEA PRAWA I PODŁOŻE POLITYCZNE PRAWA CYWILNEGO. PRZYWRÓCENIE WARTOŚCI PRA- WA CYWILNEGO W DOKTRYNACH REWOLUCYJNYCH.

Powrót do tradycji tym bardziej jest zastanawiający, iż współczesne prądy rewolucyjne uwydatniają polityczne funkcje prawa.

Powszechna integracja odrzuca wszelką nijakość, wszelką neutralność poszczególnych kategorii w świecie ducha. Wszystkie te kategorie są „polityczne” — czy rozchodzi się o ujęcie religijne i moralne, czy też prawne lub gospodarcze. Po prawicy zredukowano czynnik gospodarczy do roli „*ancillae politicae*”, gdy ze strony lewej czynnik polityczny uważany był za nadbudowę ideologiczną podłoża ekonomicznego.

Idea prawa, sprowadzona do funkcji politycznej, uzależnia się od celowości metaprawnej. Równanie: prawo = polityce jest wyrazem poglądu, zgodnie z którym państwo totalne nie zna żadnej apolitycznej sfery oddziaływań społecznych⁶⁾.

Nikt nie twierdzi, że układy dotychczasowe trwa-

⁶⁾ C. Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, 1932, str. 11—13.

ły w jakiejś idealnej atmosferze neutralizmu politycznego. Nikt nie twierdzi, że, w szczególności, w prawie prywatnym nie było rzutowania idei politycznych i że ukształtowania cywilistyczne w w. XIX nie były odblaskiem tendencji, prowadzących od bezwzględnej autonomii do jej przekształceń w imię funkcjonalizmu społecznego. Znany odzew A. Mengera, który uwydatnił obojętność kapitalistycznej cywilistyki dla interesów klas nieposiadających, mógł zadziwić tylko tych dogmatyków, którzy poza dekoracją pisanych tekstów nie widzieli rzeczywistych motorów życia. Wszakże przeszłość odróżniała samoistność i wartość poznawczą idei prawa; tylokrotnie omawiany problemat „pouvoir“ a „droit“ nie był naonczas sprowadzany do równania C. Schmitt'a (prawo = polityce); tożsamość elementów byłaby chyba zaprzeczeniem ich oddziaływania, albowiem elementy „identyczne“ nie reagują „wrogo“.

Jeśli operujemy kategoriałnością idei prawa, nie powinna wprowadzać nas w błąd zmienność epok historycznych. Idea prawa jest niezmienna, niezależnie od równowagi czy też od płynności układu. Rzecz oczywista, że w okresach równowagi społecznej, pewności form produkcji, wymiany i podziału dóbr — idea prawa jest dokładniej izolowana i usamodzielniona. Stąd — wrażenie (jakże zresztą mylne), że właśnie istniejący układ jest — dzięki swej stałości — najlepszym i najdokładniejszym wyrazem tej idei. Ale równowaga społeczna w pewnej tylko mierze zawdzięcza byt swój oddziaływaniom ideacji prawnej. Zachwianie się tej równowagi nie znaczy wszakże, iżby zastąpiona być miała przez ujęcia, operujące

pojęciem siły lub schematem pospolitej celowości technicznej. Niewątpliwie, dyonizyjskie zrywy rewolucji są czasami pogardy dla prawa. Mistyka rewolucji operuje bądź hasłem o najdoskonalszej integracji masowej, dla której nakaz normy jest profanacją entuzjazmu; bądź też porywa wiarą w rychły zanik zewnętrznego nakazu i nienawistnego przymusu (mit o wymieraniu prawa). Otrzeźwienie przychodzi nie tylko dlatego, że idea prawa posiada moc oddziaływania na psychikę społeczną, lecz głównie ze względu na dążenie do stabilizacji nowego układu, na niemożność bytowania w stałej gorączce przewrotu.

Nie bacząc na podkreślenie wyłącznie politycznej funkcji normy, zwycięskie rewolucje rozpoczęły odwrót i wypowiedziały się za przywróceniem autonomności idei prawa. W szczególności, w zakresie prawa prywatnego uznano, iż tegoż racja bytu nie może ulegć zaprzeczeniu i że, co więcej, jest ono najdoskonalszym wyrazem idei prawa. Wiadomo, że każda treść może być materia uporządkowania normatywnego; czynniki polityczne tej treści (istniejące zawsze, aczkolwiek w okresach dłuższej równowagi ignorowane jako „pudendum“) stają się czymś zwykłym i pospolitym; stały się osiągnięciem, przestały być rewolucyjnym hasłem. Nowa treść zostaje uporządkowana przez specyficzne powiązanie ogniów powinności z ogniwami sankcyj. Biada dziś temu, kto w układzie, stworzonym przez rewolucję, chciałby — właśnie w imię haseł politycznych — negować samoistne dostojęstwo i izolację pojęciową normy prawnej.

Taki nawrót objawił się przede wszystkim na wschodzie. Reakcja przeciwko teorii, uznającej do-
czesność idei prawa, dopatrującej się w niej jedynie
odpowiednika gospodarki towarowej, przewidującej
jej eutanazję i zastąpienie przez recepturę wskazań
technicznych — jest najdoskonalsza. Doktryna P a-
s z u k a n i s a, koncepcja S t u c z k i o odrębności
„sektorów prawa“, teoria prawa gospodarczego, któ-
re, w imię zawołań planowo-technicznych, zastąpić
miało przebrzmiałą cywilistykę (G o j c h b a r g), są
uważane dziś za szkodnictwo, przeżytek i niezrozu-
mienie nauk M a r x a i L e n i n a. Dzisiejsza
„urzędowa“ teoria prawa stoi na stanowisku, iż jest
sabotażem, kontrrewolucyjną herezją — zaprzeczanie
istnieniu samoistnych funkcji prawa prywatnego,
dążącego do ochrony interesów jednostki⁷⁾. Urzędowa
definicja prawa odpowiada tradycyjnym wzorom,
operującym pojęciem przymusu w celu ochrony,
umocnienia i rozwoju stosunków społecznych, dla
klasy panującej pożytecznych („wygodnych i ugod-
nych gospodstwu j u s z c z e m u k l a s u “)⁸⁾. Moment poli-
tyczny włączony do definicji jest, w istocie rzeczy,
zbędnym „upiększeniem“. Po pierwsze dlatego, że
idea prawa, jako wskazanie dystrybutywne, właśnie
w najnowszej doktrynie sowieckiej uznana została

7) W y s z y n s k i j, W o p r o s y p r a w a i g o s u d a r s t w a
u K. M a r x a, 1938 str. 25, i O s n o w n y j a z a d a c z i n a u k i s o-
w i e t s k a w o s o c j a l i s t y c z e s k a w o p r a w a, 1938 (Referat na I Zjeź-
dzie prawników, odbytym w lipcu 1938 r. pod egidą Insty-
tutu prawa przy Akademii Nauk) str. 53 n.

8) W y s z y n s k i j, j w. str. 36, 37.

za niezależną od polityki⁹⁾). Powtórę dlatego, że przy założeniu osiągniętej rzekomo w Z. S. S. R. bezkłasowości społeczeństwa nie należy mówić o klasie panującej.

Formuła sowiecka znajduje swój oddźwięk w doktrynie narodowo-socjalistycznej. Zamiast „klasy panującej“ podstawia się jako podmiot „naród niemiecki“ (prawem jest to, co jest pożyteczne dla narodu niemieckiego). Wszakże, niezależnie od zasadniczej odmienności tendencji, teoria narodowo-socjalistyczna odwróciła tryb rozumowania. Zamiast pewnika o prawie jako funkcji polityki, zamiast rozwinięcia błyskotliwych tez C. Schmitt'a — powróciła do podejrzenia-idealistycznego twierdzenia, iż właśnie polityka jest funkcją prawa: albowiem tylko z idei prawa zrodzić się może prawdziwa rewolucja, przy czym w idei prawa widzi się „odwrot od przemocy“ (Abkehr von Willkür)¹⁰⁾.

⁹⁾ Wyszynskij, Osnownyja zadaczi str. 31 n.: nie wolno prawa sprowadzać do polityki, jak również nie wolno topić prawa w ekonomice. Na zjeździe cywilistów sowieckich (w r. 1937) padły znamienne słowa: „nadbudowa prawna jest tak samo samoistna, jak nadbudowa polityczna; jeśli się twierdzi, że prawo jest formą polityki, wówczas człowiek, jako podmiot prawa, zostaje przekształcony na przedmiot administracji“ („obiekt uprawlenia“) — v. głos prof. Gojchbarga — stenogram dyskusji („Położenie na frontie teorii graždanskawo prawa“) w zbiorze „Problemy socialisticzeskawo prawa“, Z. I 1937, str. 85, 86.

¹⁰⁾ H. Frank, Rechtsgrundlegung des nationalsozialistischen Führerstaates, 1938, str. 13 i str. 14 uw. 11: „unter Rechtsidee ist hier hierbei zu verstehen die Abkehr von Willkür“.

To — jakże znamienne — przyznanie się przesłonięte zostało mętną frazeologią o trzech dziedzinach przeżyć narodowych: przeżyć objawienia (wiary), wyjaśnienia (podziwu) i wyjaśnienia (przekonania). Narodowa idea prawa ucieleśnia się w osobie wodza, jako bohatera, mistrza i nauczyciela¹¹⁾. Ta personalizacja nie bardzo zgadza się z twierdzeniem o nadrzędności idei prawa.

Można mieć poważne wątpliwości, czy przewrót faszystowski spowodował zrewolucjonizowanie podstaw cywilistyki. Hasło *de Francis ci „a realtà nuova, dogmatica nuova“* (jw. str. 19 n., str. 26), podkreślenie momentów politycznych w przejawach prawnych, przeciwstawianie pojęć „potere“ i „normatività“ nie zmieniło zasadniczej sytuacji. Projekty poszczególnych działów nowego kodeksu cywilnego wprowadzają zmiany, które — i bez przewrotu politycznego — uzyskałyby prawo obywatelstwa^{11a)}. Niewątpliwie, pewne kategorie stosunków ulegają potężnym wpływom prawa publicznego, ale ten objaw zachodzi również w krajach mniej lub więcej klasycznej demokracji — i nie zdaje się, ażeby jego wyłączną przyczyną miał być przewrót polityczny. Czy przewaga prawa publicznego oznaczać ma zmierzch cywilistyki — to kwestia inna; również w odmiennej płaszczyźnie leży pytanie, czy stosunki gospodarcze

¹¹⁾ H. Frank, jw. str. 49, 50: „Offenbarung, Verklärung, Erklärung“ — czemu odpowiada trias: „Glauben, Bewunderung, Ueberzeugung“.

^{11a)} Por. Azara, *Direttive fasciste nel nuovo codice civile*, 1939.

nie stworzą odmiennego obrazu prawa prywatnego.

Nie widzimy wszakże w Italii żadnych w tej dziedzinie światoburczych przeobrażeń. Przeciwnie: tradycje klasycznej cywilistyki pozostały żywe. Pisał Vittorio Scialoja, genialny prawnik włoski, przedkładając ministrowi sprawiedliwości projekt pierwszej księgi kodeksu cywilnego, że reforma ma na celu, nie bacząc na liczne odstępstwa od dawnych wzorów, zachowanie w całości narodowych tradycji prawnych (zob. Codice Civile, Primo Libro. Progetto e Relazione, 1931, str. 4). Czyżby to nie był „rozsądny” reformizm — wobec tych głosów, które pogardliwie i „z krzepą” twierdziły, iż „il diritto civile é una porcheria”. Niektórzy przedstawiciele nauki faszystowskiej dziś jeszcze krytykują kodyfikację, twierdząc, iż jest ona wyrazem burżuazyjnych dążeń do zagwarantowania praw jednostki¹²⁾. Nie mniej wszakże dzieło kodyfikacji — nie bacząc na infekcję „demoliberalną” — powoli się urzeczywistnia.

Rzecz znamienita, że gdy projekt pierwszej księgi zachował w tytule wstępnym słynną zasadę starego kodeksu, zgodnie z którą w razie milczenia ustawy rozstrzygają — poza analogią — ogólne zasady prawa (i principii generali di diritto) — redakcja ostateczna dodała, iż rozchodzi się o ogólne zasady prawa obowiązującego („i principii generali del diritto vigente”). Ten ostrożności gwoź i widocznie celem hamowania zbyt wolnej wykładni sędziowskiej pomyślany dodatek wywołał ostrą krytykę.

¹²⁾ Zob. Costamagna, Storia e dottrina del fascismo, 1938, str. 311, 312.

Uważano tę ostrożność za sprzeczną z „*naturalis ratio*“ prawa. Uważano nawet, że ta szkodliwa reforma niezgodna jest z „klimatem faszystowskim“ (*clima fascista*), w którym właśnie powstała pierwsza redakcja projektu¹³). Głosy te odniosły skutek: promulgowany i obowiązujący od 1 lipca 1939 tekst pierwszej księgi mówi o „*principii generali del ordinamento giuridico dello Stato*“ (art. 3 ust. 2 tytułu wstępnego).

Zachowanie tradycji nie jest wszakże w współczesnym klimacie Italii zerwaniem z podstawowymi założeniami doktryny politycznej; a to dlatego, że podstawy ustroju gospodarczego (własność prywatna, panowanie wielkiej własności ziemskiej i wielkiego kapitału przy cichym spółnictwie Państwa) nie uległy zasadniczym zmianom. Stąd niechęć do takich reform, które prowadzić by mogły do zaniku pewności prawnej, do negacji praw podmiotowych i do płynności sytuacji godziwie stworzonych¹⁴).

Jeśli wreszcie zwrócimy się do rewolucji niemieckiej — zauważymy i tu odwrót od haseł programowych.

Podłożem ukształtowania i skonsolidowania wspólnoty niemieckiej (rozumianej rasowo i ponad-teryto-

¹³) Zob. Del Vecchio, *Riforma del codice civile e principi generali di diritto*, seconda edizione, 1938.

¹⁴) Zob. charakterystyczne ostrzeżenia Calamandrei przed dyskredytowaniem kodyfikacji i abstrakcyjnego charakteru normy prawnej („Względny charakter pojęcia skargi“, *Polski Proces Cywilny* 1939, str. 24); również zob. wywody Cernelutti'ego, *Metody i wyniki studiów nad procesem we Włoszech* (*Polski Proces Cywilny*, 1939, str. 76).

rialnie) są pewne motywy polityczne, których punktem kulminacyjnym jest imperium mundi. W substancji bytowania wspólnoty niemieckiej przejawiają się poszczególne idee rasy, krwi, wodzostwa, ziemi, pracy, honoru, wierności. Te idee uwydatniają najwyższe postulaty moralne. Idea prawa nie jest jednoznaczna z wyrazem woli państwowej, nakazu państwowego; jest ona „wieczną etyczną wielkością, stojącą ponad władzą państwową“¹⁵⁾. Stąd — przeskok do syntezy prawa i moralności w wszechobejmującej idei politycznej.

Przeto, jeśli stosujemy zwykłą metodę rozumowania logicznego (nie cieszącą się zresztą uznaniem irracjonalistycznej doktryny niemieckiej) — powiedzieć musimy, że tendencje, izolujące ideę prawa, jako wartość samoistną, nie posiadają w rzeczywistości rozstrzygającego znaczenia. Polityka jest wprowadzie funkcją prawa, ale prawo, jako „wieczna wielkość etyczna“, jest, w istocie rzeczy, tylko jednym z przejawów najwyższej idei politycznej. „Dostojność“ prawa jest przeto pozorna.

Rozumowania teorii narodowo-socjalistycznej wkleść się muszą w sprzecznościach. Konieczności życiowe, bezwzględność warunków gospodarczych powodują nawrót od mitologii i romantyzmu do unormowań, niezgodnych z zasadniczymi ideami doktryny. Program partyjny daleki jest od ziszczenia: nie masz walki z wielkim kapitałem i z koncentracją dóbr, nie ziścił się ideał zniesienia „niewoli procentów“ (Zims-

¹⁵⁾ Zob. Gołąb, Prądy w prawoznawstwie III Rzeszy, Palestra, 1935, str. 938.

knechtschaft). Wprawdzie, idee przewodnie władztwa, rasy i stworzenia nowego układu, opartego na *glebae adscriptio*, znalazły wyraz w licznych ustawach politycznych; ale pozostała dziedzina, w której infiltracja doktryny politycznej jeszcze się nie ziściła. I tu widzimy pierwszy etap odwrotu.

Jeśli idea prawa (nie bacząc na jej pozorną izolację) jest biologiczną „*idée-force*“ wspólnoty narodowej — ujęcie jej nie mogłoby być statyczne („*Lebensrecht nicht Formalrecht*“)¹⁶). Jednostka nie jest wartością samoistną; znaczy ona tylko tyle, ile warta jest dla wspólnoty¹⁷). A więc, wydawać by się mogło, że idee *Savigny*'ego o szkodliwości kodyfikacji winny być akceptowane. A więc, zagwarantowanie samoistnych roszczeń jednostki w dziedzinie uporządkowania prywatnego powinno być odrzucone. Te przypuszczenia nie sprawdziły się; tendencje antykodyfikacyjne są dziś w Niemczech nieaktualne. Racjonalizm życia zwyciężył irracjonalizm doktryny.

Dziś widzimy, że z rozkazu najwyższego idea kodyfikacji prawa prywatnego cieszy się powszechnym uznaniem¹⁸). Widzimy również, że w rozpoczętej dyskusji nad uporządkowaniem materii prywatnopraw-

¹⁶) Por. *Sauer*, *Le droit vivant*, II-e Annuaire de l'Institut international de philosophie du droit et de sociologie juridique (1936), str. 29, 30 („le règne de l'activité et du dynamisme“), *Mankiewicz*, *Le national socialisme allemand*. T. I, 1937, str. 61, 62.

¹⁷) *Walz*, *Artgleichheit gegen Gleichartigkeit*, 1938, str. 34 (przewycięzenie indywidualizmu).

¹⁸) *Schlegelberger*, *Abschied vom BGB.*, 1937, str. 26.

nej przywrócono do życia wyklęte i złośliwie bagatelizowane tradycje.

Pojęcie prawa prywatnego nie ulega zaprzeczeniu. Rozumiane chce być wszakże odmiennie niż w niedawnej przeszłości. I tu zachodzi istotna różnica w porównaniu z ujęciem „komunistycznym“, które, nawiązując do tradycji cywilistycznej, operuje w środowisku, zupełnie odmiennie rozumiejącym „własność“ i „umowę“. W ustroju narodowo-socjalistycznym dziedziny produkcji i wymiany (o ile nie są przekształcone na gospodarkę wojenną) nie różnią się od wzorów przeszłości. Jeśli interwencjonizm państwowy i w tej dziedzinie szerokie zatacza kręgi — dzieje się to, jak wiadomo, również w krajach demokratycznych, z tą różnicą, że tzw. prawo pracy nie podlega autorytatywnej niwelacji.

Reformistyczne dążenia narodowego socjalizmu redukują się bądź do przesunięć klasyfikacyjnych, które mają uwydatnić oryginalność nowego prawa prywatnego; bądź też dążą do inwencji nowych pojęć celem usunięcia formalizmu konstrukcji dawnych, ich szkodliwej dla „konkretów“ życia abstrakcji.

Przesunięcia klasyfikacyjne ścieśniają pole widzenia cywilistyki. Prawo osobowe, rodzinne i spadkowe wyłączone zostaje spod jej kompetencji. Te materie znajdują się poza zasięgiem autonomicznej woli prywatnej. Właściwą treścią przyszłej kodyfikacji jest uporządkowanie: a) umów i odpowiedzialności, b) własności, c) zrzeczeń osób. Charakterystyczne jest wyłączenie prawa spadkowego, aczkolwiek najnowsza prawotwórczość niemiecka nie wypowiedziała się za daleko idącymi ograniczeniami rozporządzeń ostat-

niej woli. Odbiega ona od najnowszych tendencji doktryny sowieckiej, która właśnie prawo osobowe, rodzinne i spadkowe chce włączyć do powszechnej kodyfikacji. Mniejsze poza tym znaczenie posiada awersja nowej doktryny niemieckiej do tzw. ogólnej części kodeksu cywilnego¹⁹⁾. Nie jest to żadne ujęcie rewolucyjne, gdyż np. kodeks cywilny szwajcarski tego działu nie posiada.

Nowe pojęcia, związane z podziałami sfer własności, obiegu i asocjacji, mają odpowiadać symbolom współżycia narodowego. W istocie rzeczy, rzekome inowacje, które usunąć miały formalizm i abstrakcyjność dialektyki pojęciowej, są... zabawą w nową terminologię. Podjęta została walka przeciwko ogólnemu pojęciu „umowy“, skazanej na banicję, gdy rozchodzi się o stosunki osobowe i rodzinne. Zapomniano o tym, że „umowa“ jest tylko jednym z rodzajów pojęć oderwanych (jak np. czynność prawna, objawienie woli). Nowowprowadzony dwójpodział: umowa — bezprawie (Vertrag und Unrecht) pomija zespół jednostronnych czynności prawnych, które nie są umową. Odrzucenie zróżnicowania skutków „rzeczowych“ i „obligacyjnych“ prowadzi do pomieszania pojęć. „Konkretyzacja“ typów umownych okazuje się frazesem — najlepszym dowodem jest właśnie ustawodawstwo narodowo-socjalistyczne, operujące daw-

¹⁹⁾ Zob. Binder, Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für die Erneuerung des Privatrechts, str. 32; Nipperdey, Das System des bürgerlichen Rechts, str. 113, 114 — w zbiorowej pracy: Zur Erneuerung des bürgerlichen Rechts, 1938.

nymi abstrakcjami cywilistycznymi. Liczne przykłady tej niekonsekwencji przytacza Manigk w swej doskonałej pracy o odbudowie prawa prywatnego (zob. „Neubau des Privatrechts“, Grundlagen und Bausteine, 1938).

Powrót do dawnych ujęć cywilistycznych jest w współczesnej doktrynie niemieckiej pewnym „pu-dendum“. Nowotwory narodowo-socjalistycznej cywilistyki, niebacząc na frazeologię inwokacyj i charzmatycznych przedmów ustawowych, są kontynua-cją dawnych schematów abstrakcyjnych. Prawo „heroiczne“ przekształca się na prawo „uporządkowane“²⁰⁾; uznaje się wartość „pewności prawnej“.

Wypowiedzi teoretyków prawa, zwolenników doktryny narodowo-socjalistycznej, należy przyjmować z dużą ostrożnością. Czasami ma się do czynienia z podejrzanym entuzjazmem świeżo nawróconych grzeszników. Schlegelberger szkaluje — dziś jeszcze w znacznej części obowiązujący — kodeks cywilny, mówiąc o nim, iż był ustawą „pisaną dla kramarzy“²¹⁾. Przypomina się słynna antyteza Sombart'a — jego przeciwstawienie bohaterów i handlarzy (Helden und Händler). Historia zna wszakże handel ideałami.

²⁰⁾ H. Frank, Heroisches und geordnetes Recht, 1938, str. 19, str. 23.

²¹⁾ Schlegelberger, jw. str. 9 „...wie für ein Krämervolk geschrieben“.

V.

SPRZECZNOŚCI KONSTRUKCYJNE REWOLUCYJNEGO PRAWA CYWILNEGO. UJĘCIE PRAWA JAKO SUBSTANCJI ŻYCIOWEJ.

Nawet najsilniejsza wola nie może dyktować układu warunków życia. Władca panujący nad masą sam staje się niewolnikiem masy. Poza tym, idealizm czy irracjonalizm dynamiki liczyć się musi z heterogenią celów.

Jeżeli w entuzjazmie rewolucyjnym odrzuca się rzekomo przebrzmiałe pojęcia „czynności prawnej“, „autonomii“ „umowy“, nie znaczy to, iżby, przez odrzucenie tych pojęć, zjawiska społeczne stanowiące ich treść również przestały istnieć²²⁾. Jeśli trwają, a bytowanie gospodarcze, zgodnie z instynktem życiowym, nie ustępuje przed nakazem władczym — wówczas następuje nawrót do odrzuconej przeszłości. M a n i g k z pewną ironią stwierdza, iż rewolucja narodo-wo-socjalistyczna w swym własnym ustawodawstwie akceptuje tradycyjne pojęcia autonomii i czynności

²²⁾ Zob. słusznie postawioną kwestię w wywodzie M a n i g k a, j. w., str. 11: „ob auch die Rechtsgeschäfte verschwinden müssten“.

prawnych. Doświadczenie sowieckie jest powrotną recepcją przedrewolucyjnej cywilistyki, aczkolwiek ani własność, ani umowa w rozumieniu prawodawstwa sowieckiego nie odpowiadają wzorom kodeksów burżuazyjnych. Napróżno urzędowa doktryna faszyzmu piorunuje przeciwko „civilismo“ i „formalismo“²³⁾, jako kwalifikacjom myślenia w kategoriach prawa prywatnego: idee cywilistyczne — choć stłumione i zniekształcone — zgłaszają swe prawa do życia, albowiem takim jest nakaz rzeczywistości.

Te stwierdzenia prowadzą do wniosku, iż w podstawowych koncepcjach rewolucyjnych kryje się zasadnicza sprzeczność.

Teorie rewolucyjne nie postulują idei prawa jako wielkości niezmiennej; nie przypisują jej żadnej swoistości strukturalnej, ani też nie widzą w niej sprawdzianu oceny, opartej bądź na wskazaniach sprawiedliwości, bądź na słuszności atrybucji i wzajemności (*alteritas*). Jednocześnie zaś, teorie te przeciwstawiają się poglądom na równoznaczność normy prawnej i nakazu zewnętrznego. W ich rozumieniu istota prawa jest identyczna z substancją społeczną, poprostu powiedziałwszy, z samym życiem, które czy instynktownie (zwyczajowo), czy świadomie — racjonalnie (przez akty woli) czy w irracjonalnym porывie (przez akty wiary) wytwarza dany układ, ustosunkowanie powinności do sankcji.

Idea prawa jest odbiciem substancji życiowej; „invariabile“ prawności uchodzi za złudę. A co więcej, idea prawa nie jest immanentna dla bytowania

²³⁾ Costamagna, j. w. str. 333, 334.

społecznego. Dziś, w swej ojczyźnie wyklęta teoria Paszukanisa formułowała zasadę, że jedynie społeczność mieszczańsko-kapitalistyczna tworzy konieczne warunki gwoili temu, ażeby moment prawny osiągnąć mógł swą doskonałą determinację. Defetyzacja prawa prowadzi do stwierdzenia, że uważane być ono musi za swoistą kategorię ustosunkowań gospodarczych — a to jedynie w układzie społecznym, opartym na kapitalistycznej wymianie towarowej. Stąd tzw. wymienna koncepcja prawa, redukcja formy prawa do formy towaru oraz sprowadzenie pojęcia podmiotu prawa do pojęcia posiadacza towaru²⁴). Ten wywód sprzeczny jest, rzecz oczywista, z doświadczeniem historycznym: albowiem czynnik prawności nie jest obcy ani ustrojom rodowym, ani niewolnictwu, ani feudalizmowi, ani też wczesnemu kapitalizmowi. Nie o to zresztą idzie; jeżeli nawet element prawa żadnej społeczności nie byłby obcy — jego, obrazowo mówiąc, rozplynięcie się w substancji, powodować by musiało niemożliwość wyodrębnienia. Cóż wszakże widzimy w rzeczywistości doświadczenia? Pogląd na niesamoistność formy prawnej, jako ideologii wtórnej, zostaje zastąpiony przez uświadomienie jej izolacji, samodzielności i nadrzędności. Materia społeczna nie daje się ująć bez przypuszczenia aspektu prawnego: nie tylko ze względu na konieczność struktury formalnej, lecz również ze względu na wartość współoddziaływania ludzkiego

²⁴) Paszukanis, Allgemeine Rechtslehre und Marxismus, 1929, str. 30 n., str. 100 n., Riezunow, Marxizm i psychologiczeskaja szkoła prawa, 1931, str. 119 i n. („Zbliżenie formy prawa i formy towaru“).

w układzie uporządkowanym. Dumne słowa: „le droit est le pouvoir de dominer le pouvoir“ przestają być frazeologią. Ci teoretycy szkoły marksowskiej, którzy, zupełnie niezależnie od obecnego nawrotu do klasycznych ujęć cywilistycznych, rozumieli już przed laty błyskotliwą powierzchowność konkluzji P a s z u k a n i s a, rozumowania swe kierowali na inne tory. Należy — mówił dziś już również wyklęty teoretyk marksizmu R a z u m o w s k i j — znaleźć taką kategorię prawną o „minimalnej zawartości ideologicznej“, która tworzyłaby konieczną formę stosunków społecznych. Będzie to forma charakterystyczna dla rządów ustrojów klasowych; występuje ona w postaci wysoce zróżnicowanej w społeczeństwie burżuazyjnym. Stosunkiem społecznym, charakterystycznym dla wszystkich form klasowych, będzie posiadanie, które z zawłaszczenia faktycznego staje się własnością prawną²⁵⁾. W rozwoju ustosunkowań społecznych następuje oderwanie się ideologii od podstawy materialnej, zróżnicowanie prawa, izolacja momentu ideologicznego od ekonomiki klasowej. Przejawia się wówczas świadomość powinności prawnej, uwarunkowanej i zależnej przede wszystkim od konieczności gospodarczej, a w następstwie od nadbudowy politycznej. Sankcje polityczne mogą nie zgadzać się świadomością powinności, ta bowiem tworzy się niezależnie od oddziaływania czynników siły zewnętrznej. Przeto w współzależności nadbudowy politycznej i nadbudowy prawnej odróżniać należy odrębność różnych elementów ideologicznych²⁶⁾. Normatywność

²⁵⁾ R a z u m o w s k i j, Problemy marxistsoj teorii prawa, 1925, str. 20.

prawna nie jest sumą imperatywów zwróconych do jednostki, jak mylnie twierdził R e n n e r²⁷⁾; nie jest kompleksem recept planowo technicznych, jak przypuszczał G o j c h b a r g; wszak już M a r x mocno krytykował teorie, utożsamiające normę prawa z wypowiedzią ustawy.

Tak więc samoistność idei prawa zostaje przywrócona do swego dostojenstwa. Substancja życia, płynna i zmienna, poddana jest ocenom prawnym, ideologicznie samoistnym. Ogólna idea prawa formułowana jest w doktrynie L e n i n a jako stosowanie jednakięj oceny do tego, co w rzeczywistości nie jest jednakowe. Jeśli sprawiedliwość ma być najwyższym sprawdzianem — właśnie dążyć musi do usunięcia nierówności; i otóż teoria sowiecka głosi tezę, iż socjalistyczne prawo cywilne jest — w przeciwstawieniu do prawa burżuazyjnego — właśnie wcieleniem idei sprawiedliwości prawnej²⁸⁾. Prawo socjalistyczne jest narzędziem celem usunięcia największej nie-

²⁶⁾ R a z u m o w s k i j, j. w. str. 31 n., str. 42 (definicja prawa), str. 48, str. 56 (istota ideologii prawnej w związku z odrębnością pojęcia „prawności“; oddziaływanie ideologii politycznej na aspekt prawny). O znaczeniu oddziaływania ideologicznego — pr. M. R a p h a ë l, La théorie marxiste de la connaissance, II éd., 1937, str. 148—155 („renversement historique du rapport entre l'infrastructure et la suprastructure“).

²⁷⁾ R e n n e r, Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion, 1929, str. 2, 3.

²⁸⁾ M i k o l e n k o, O predmiecie i principach socialisticzeskawo graždanskawo prawa, w wyd. „Problemy socialisticzeskawo prawa“, 1938, zesz. V, str. 61. (Zasady równości i sprawiedliwości).

sprawiedliwości społecznej — eksploatacji człowieka przez człowieka.

Uświadomienie tej wartości jest zerwaniem z teorią substancji i tłómaczy powrót do dawnych wzorów. Okazała się bowiem zawodność niebezpiecznego twierdzenia: „l'atto precedette sempre la norma“.

W doktrynie faszyzmu uniezależnienie idei prawa od substancji społecznej nie daje się wyraźnie ustalić. O ile polityczna doktryna faszyzmu ujęta została w ramy ścisłego programu — o tyle w zakresie dodiekań prawnych nie nastąpiła jeszcze synchronizacja, typowa dla doktryn niemieckiej i sowieckiej. Stąd pewna rozbieżność poglądów; stąd inklinacja znacznego odłamu doktryny do zachowania wskazań, przekazanych przez tradycję. Związanie z prawem rzymskim, przywiązanie do wzorów przedfaszystowskiej cywilistyki — idzie w parze z różnorodnością ujęć filozoficzno-prawnych²⁹⁾. Wybitnie faszystowskie teorie aktualizmu prawniczego nie stoją na przeszkodzie uznaniu tezy, iż prawo, rozumiane jako „diritto giusto“, jest niezależne od czynników polityki; prawo sprawiedliwe nie jest podziałem ogólnego pojęcia prawa (*una specie del genere diritto*), lecz wartością, nadającą orientację procesowi rzeczywistości prawnej³⁰⁾. Samoistność idei prawa została w tym ujęciu zachowana — i to w wypowiedzi autora, który jest wybitnym przedstawicielem faszystowskiej teorii prawa.

²⁹⁾ Zob. Battino, *Les doctrines juridiques contemporaines en Italie*, 1939.

³⁰⁾ Perticone, *Teoria del diritto e dello stato*, 1937, str. 220.

Jednakże — być może pod wpływem recepcji niemieckiej — daje się zauważyć w czasach ostatnich dążenie do wyłączenia specyficzności idei prawa. Twierdzi się, mianowicie, że norma prawna jest tylko nakazem politycznym, nie posiada żadnej swoistości (*quidditas*), któraby zezwalała na jej zróżnicowanie spośród nieskończonego szeregu prawideł, porządkujących zachowanie się ludzi w społeczeństwie. Dyrektywy postępowania mogą być religijne, moralne, gospodarcze, techniczne; norma prawna w stosunku do tych dyrektyw nie różni się żadną swoistością treści; jedyną cechą odrębną jest moment sankcji (przymusowości), oparty na potędze władztwa. Wobec tego, norma prawna jest jedynie zabiegiem technicznym w celu utrzymania porządku politycznego³¹⁾.

Niewątpliwie — i już w innym miejscu tezę tę szczegółowo rozwinąłem³²⁾ — nie może istnieć żadna odrębna treść, która *per se* mogłaby być kwalifikowana jako treść wyłącznie prawna. Ale jeśli pytamy się, dlaczego i kiedy pewna treść przekształca się, czy przekształcać się musi na treść prawną, wówczas nieodparcie nasuwa się zagadnienie, jaka jest idea, która kieruje strukturalnym powiązaniem i przeobrażeniem treści w jej ujęciu prawnym. Nad tą problematyką nie mogą przejść do porządku dziennego te nowoczesne doktryny, które oderwać chcą prawo od zewnętrznej techniki politycznej i widzieć w nim emanację mistycznej woli narodowej (jak w Niem-

³¹⁾ Costamagna, j. w., str. 327, 328.

³²⁾ Zob. moją rozprawę: *Die Grenzen des Rechts-erkenntnis* w „*Zeitschrift für oeffentliches Recht*“ T. XIII, z. 2, str. 186 i n.

czech) czy też najwyższej totalnej woli Państwa, kształtującego naród (jak w Italii).

Doktryna włoska wpada więc w oczywistą sprzeczność: *Costamagna*, uwydatniając techniczną zewnętrzność prawa, odmawia mu samoistnej wartości ideologicznej; ale jednocześnie zaznacza, iż, zgodnie z spirytualistyczną koncepcją życia, należy właśnie prawu przypisać dostojeństwo ideologiczne (*come idea nello spirito dell'uomo*). Jakże te emanacyjne właściwości substancji mogą być pogodzone z popoilitą techniką postępowania? Atak na samoistność idei prawa prowadzony jest z dwóch frontów. Po pierwsze, odmawia się jej wszelkiego wpływu na przekształcenie nieskończonej mnogości najróżnorodniejszych treści. Po drugie, uważa się, że izolacja tej rzekomej idei jest zbędna, dlatego że może się ona przejawiać wyłącznie w „realności fenomenu państwowego“ (*realtà del fenomeno statale*). Rozwiązanie tego dylematu nie nasuwa trudności: skoro, zgodnie z podstawą doktryny, najwyższą ideacją jest Państwo, należy wszelkie objawy rzekomej prawności pozapaństwowej kwalifikować jako pozaprawne w ogóle; nie można przeto znaleźć żadnych podstaw idei prawa poza państwem lub ponad państwem (*fuori dello Stato e sopra lo Stato*). Najprawowierniejszy tedy pozytywizm idzie w parze z metafizyką substancji prawnej³³).

Ale teoria substancji, wyłączając samoistność idei prawa, wpada w sprzeczność, skoro, negując wartość jednostki jako ośrodka autonomicznego, jednocześnie

³³) *Costamagna*, j. w., str. 329 i n.

uznaje znaczenie sfery prywatnej zgodnie z tradycją cywilistyczną. Nie można akceptować wzajemnego przyporządkowania jednostek, podporządkowując je absolutyzmowi władztwa państwowego. Uznanie autonomii jest właśnie determinacją tej dziedziny niewzbronionej, w której jednostka posiada wolność czynienia i tej dziedziny nienakazanej, w której jednostka posiada wolność nieczynienia. Na tych podstawowych przesłankach spoczywa budowa prawa prywatnego; poddanie w wątpliwość autonomii, wobec rozpląnięcia się idei prawa w mistycznej substancji, prowadzi do odrzucenia wszelkiego unormowania przez prawo, które „ad utilitatem privatorum spectat“.

Pojęcie autonomii nie jest obce doktrynie niemieckiej. Ale, stosując niezupełnie jasne pojęcie konkretyzacji, uważa ona, iż konstrukcje osoby, prawa podmiotowego, rzeczy, pozbawione treści w analizach szkoły normatywnej,³⁴⁾ winny być przekształcone na typy o konkretnej treści. Np. zdolność prawna osoby nie ulega zaprzeczeniu, wszakże ta cecha podlega różnicowaniu w zależności od swojskości (Rassegenosse)

³⁴⁾ M. Côt, *La conception hitlérienne du droit*, 1938, str. 174 uw. 107, str. 235, nie bez ironii zaznacza punkty styczne doktryny Kelsena (a poniekąd i Duguit'a) z konkluzjami narodowo-socjalistycznymi. Rozumie się, że jest to zbieżność tylko werbalna. Szkole Kelsena zarzucano, że jest jednocześnie liberalistyczna i komunistyczna, demokratyczna i faszystowska, etatystyczna i anarchistyczna, ateistyczna i religijna — zob. wyczerpujące zestawienie w pracy R. A. Métall'a, *Die politische Befangenheit der reinen Rechtslehre*, *Revue internationale de la théorie du droit*. T. X z. 3, str. 12 n.

czy też obcości osoby. To co jest konkretne — nie jest tylko pojedyncze (Einzelne), lecz daje podstawę do stworzenia typów konkretnie — życiowych. Typy łączyć się mogą w rzędy o odrębnych funkcjach: typem będzie np. zagroda dziedziczna, rzędem typów — umowa małżeńska.³⁵⁾

Ta dialektyka jest dość zawiła i trudno zrozumiała; daje ona świadectwo tej głębokiej rozbieżności, która istnieje pomiędzy ujęciem prawa jako substancji, a ustaleniami abstrakcyjnymi, chroniącymi autonomię jednostki.

³⁵⁾ Zob. L a r e n z, Ueber Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens, 1938, str. 47 i n.

VI

PRAWA JEDNOSTKI W ROZUMIENIU TEORII SUBSTANCJI.

Irracjonalizm dynamiki politycznej, której wyrazem jest teoria substancji, znaleźć się musiał w kolizji z unormowaniem gospodarki, znakomicie zwężającej prawa jednostki. Dla regulacji życia na tym odcinku wszelki dynamizm jest niebezpieczny; nie można więc unikać poddania się rządowi normy prawnej, wyłączającej dowolność zmian. Nieliczni w Niemczech cywiliści starej szkoły, którzy *en sourdine* zaatakowali najnowsze pomysły kodyfikacyjne, słusznie zwrócili uwagę, że pojęcie samoistności osoby (*Eigenständigkeit*) winno pozostać podstawowym składnikiem prawa prywatnego. Tylko powierzchownie pojęty totalizm — powiada *Manigk* — wyłącza wartość autonomii. Ostrzega on przeto przed metodą konkretyzacji i wątpi czy tzw. ujęcia konkretne rzeczywiście oddają pełnię życia.³⁶⁾

W tej ostrożnej, pełnej niedomówień krytyce doświadczonego cywilisty przejawia się świadomość nie-

³⁶⁾ *Manigk*, j. w., str. 109 (*Absolutismus des Konkreten*).

bezpieczeństwa tych ujęć, które, operując wielością doświadczenia, zapominają o znaczeniu idei prawa.

Konkretyzowanie sytuacji prawnych w tym trybie, iż w imię „pożytku pospólnego“ (Gemeinnutz) interes indywidualny ulec ma „minimizacji“ — winno być wyłączone. Orzecznictwo sądowe, aczkolwiek jego prawotwórczość nie może przekraczać granic zakreślonych przez światopogląd partii, ostrożnie i z rezerwą zwraca na to uwagę. (Zob. np. wyrok Sądu Rzeszy z dn. 23 lutego 1937 r., Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht 1937, str. 656). Aczkolwiek doktryna jest wrogo usposobiona do szkodliwego pojęcia praw podmiotowych, jednakże nie może pominąć pojęcia uprawnień jako koniecznego odpowiednika obowiązku. Celem uniknięcia sprzeczności rozumie się te uprawnienia, jako organicznie przez zbiorowość związane (Gliedspersönlichkeit), nadając im miano „volksgenössische Berechtigung“; uważa się je jako „umocnienie“ sytuacji osoby przynależnej do zbiorowości narodowej.³⁷⁾ Ma onigk szeroko rozwodzi się nad mylną wykładnią stosunku zbiorowości do jednostki, która jest wszak podstawową komórką współbywania społecznego. Wielkie zrzeszenia, oparte na egoistycznych zamierzeniach gospodarczych, z łatwością korzystają z uprzywilejowanego stanowiska, uzależniając jednostkę i sprowadzając jej twórczą rolę do zera. Jakże wygodne jest podszywanie się pod hasło pożytku pospólnego celem zniwe-

³⁷⁾ Zob. Cot, j. w., str. 173—175, Binder, j. w., str. 29 „...der besondere Wille als Konkretisation des allgemeinen Willens der Rechtsgemeinschaft“.

lowania praw jednostki; wielkie trusty i koncerny, kontrolowane przez państwo, ale w zgodzie z nim pozostające, nie są zjawiskiem obcym w ustrojach totalnych. Te zrzeszenia mogą przejawiać, w imię idei kolektywnej, swą wyższość hierarchiczną, podporządkowując sobie interesy i sytuacje jednostek; w rzeczywistości rozchodzi się o egoistyczny interes wielkiego kapitału, współdziałającego z państwem i nań oddziaływającego.

Jeśli uznać należy przyporządkowanie obu sfer, sfery publicznej i sfery prywatnej, nie może być wówczas mowy o ich zasadniczej sprzeczności. Nie bacząc na frazeologię o „substancjalnej jedni życia i normy“, nie można się obejść bez przypuszczenia, iż współczynnikiem regulacyjnym muszą być wskazania nie w chaosie materii społecznej cudownie ukryte, lecz materią tą rządząca idea prawa.

Doktryny rewolucyjne nie mogły ustalić sytuacji jednostki, gdy wyłączały ideę prawa przy unormowaniu jej umocowań. Ujęcie konkretne (konkretes Ordnungsdenken) jest, w istocie rzeczy, tylko kunsztowną legitymacją stanu przemocy przez przypisanie substancji jakichś w niej samej tkwiących związków normatywnych³⁸). Ten cudowny witalizm, w którym fakt przekształca się na prawo, — jest, w istocie rzeczy, legitymacją stanu, nadającego woli wodza uprawnienia, wyższe ponad sam fakt jego woli.

³⁸) Larenz, Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart, 1935, str. 157, 158. C. Schmitt, Ueber die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 1936, str. 42 n.

Fikcja utożsamienia woli wodza z wolą narodu zostaje uznana przez doktrynę bez żadnych wahań. Jakże zupełnie wyraźne i jakże jednocześnie mętne jest sformułowanie Larenza: wodzostwo jest działaniem wypływającym z substancji nadosobowej — w tej drodze naród sam do siebie powraca („Zu — sich — selbst — kommen des Volkes“).³⁹⁾ Gwoli umocnieniu stanowiska poznawczego operuje się analogią rzekomej przeciwstawności doktryny Duguit'a (règle de droit) i nauki Hauriou (institution);⁴⁰⁾ ale ta przeciwstawność jest sztuczna, obaj bowiem przedstawiciele myśli francuskiej nie negowali samoistnego znaczenia idei prawa. Idea ta w układzie planowo hierarchicznym musi się zatracić. Dawniej, dziś zapomniani praeceptores Germaniae uznawali ideały sprawiedliwości, żywe w narodzie niemieckim, i widzieli w prawie prywatnym wyraz tych sił historycznych, które przekształciły stadność zamierzchłej przeszłości na życie wolnych jednostek.⁴¹⁾ Dziś, gdy planowość łączy się z automatyzacją, gdy wyłączność władztwa politycznego prowadzi do absolutyzmu — problemat prawa prywatnego zjawia się w odmiennej postaci. I to jest charakterystyczne, że gło-

³⁹⁾ Larenz, j. w., str. 164: „Führung ist persönliches Handeln aus der überpersönlichen Substanz“, str. 165 n. C. Schmitt, j. w., str. 57: przeciwstawienie pojęć „rex“ i „lex“ uniemożliwia zrozumienie idei wodzostwa.

⁴⁰⁾ C. Schmitt, j. w. str. 54, 56.

⁴¹⁾ Sohm, Institutionen, 16 wyd., 1919, str. 26: „Das Privatrecht ist dazu da, dass aus dem Massenleben (Herdenleben) der Urzeit das Leben freier Einzelpersönlichkeiten werde“.

siciele nowego rzeczy porządku ratować chcą wartość prawa prywatnego.

Jeśli się nie myśli o tym, ażeby zastąpić autonomię prywatną przez unormowanie stosunków prawnych z przypadku do przypadku, jeżeli gospodarka przymusowa nie ma zastąpić gospodarki prywatnej, jeśli wreszcie pojęcie rzeczy (towaru) ma posiadać prawo obywatelstwa — wówczas nie można nie wrócić do wzorów, odrzuconych w entuzjaźmie rewolucyjnym.

Myśl rewolucyjna znalazła się na rozdrożu; frazes o substancji życiowej, która sama przez się jest własnym uporządkowaniem, pozostaje w sprzeczności z postulowaną ideą prawa, jako czynnika regulacyjnego. W zakresie prawa prywatnego, gdzie stosunki pomiędzy osobami na tle atrybucji rzeczy i dóbr są dzięki prostocie struktury jasne i określone — regulacyjne oddziaływanie idei przejawia się właśnie w sposób stały i niezmienny. Zwrócił już na to przed pół wiekiem uwagę Stoerk, gdy chciał wyodrębnić tę sferę ukształtowań z dziedziny polityki. Problematyka cywilistyczna oparta jest na skonstatowaniu stałości powtarzających się zjawisk, gdy in politicis widzimy niepewność zmiennych elementów.⁴²⁾ Rzecz inna, że gwoździ ułatwieniu zrozumienia należy wyłączyć zmiany w samej treści norm. Ujęcie stosunku podmiotu

⁴²⁾ Stoerk, Zur Methodik des oeffentlichen Rechts, 1885; Voegelin, Der autoritäre Staat, 1936, str. 139: „...relativ einfache, konstante, durch die Menschheitsgeschichte über sehr grosse Strecken sich gleichbleibende Normkonfigurationen...“.

do podmiotu i podmiotu do dobra będzie odrębne w ustroju, opartym na niedopuszczalności swobodnego władania ziemią oraz środkami produkcji — w odróżnieniu od układu, który uznaje w osobie samoistny ośrodek gospodarczego władztwa nad dobrami wszelkiego rodzaju. Ale odmienne zabarwienie materii nie zmienia stałości formy, dzięki której jednostka dostojenstwa swego może bronić.

Vis juridica substancji społecznej jest takim samym mylnym założeniem, jak owa słynna *vis dormitiva*. Regulacja nie wynika z samego faktu, zdarzenia czy też ze splotu faktów. Wyobrazić sobie można układ, w którym o kierunku uporządkowania decyduje jednostkowy i bezwzględny rozkaz władcy; ale taki decyzjonizm nie jest układem prawnym:⁴³⁾ nie istnieje bowiem zespół norm ogólnych, chociażby bardzo elastycznych, jest tylko bezwzględna dowolność. Można — jak powiada Bristler⁴⁴⁾ — wyobrazić sobie ujęcie odrębne: aczkolwiek odrzuca się uprzednie i ogólne uporządkowanie, uważa się, że dla każdej poszczególnej sytuacji istnieje odpowiednie rozwiązanie prawne; jednakże rozwiązanie to nie będzie oparte na wskazaniach generalizujących, lecz na ocenach celowości lub korzyści technicznej. Każdemu konkretnemu przypadkowi odpowiada ocena, indywidualizująca skutki, sankcje i reakcje. Wątpić

⁴³⁾ O konstrukcyjnych sprzecznościach decyzjonizmu zob. m o j ą rozprawę: „Le costruzioni antinormativiste“ w *Rivista internazionale di filosofia del diritto* 1935, T. XV, z. 4/5.

⁴⁴⁾ Bristler, *Die Völkerrechtslehre des Nationalsozialismus*, 1938, str. 195 i n.

należy, czy byłoby unormowaniem prawnym ocenianie wymiany dóbr, obowiązków, świadczeń w zależności od konkretnej sytuacji, a bez związania przez kryteria ogólne. W układzie samowoli organ sankcjonujący nie byłby w ogóle do niczego zobowiązany; nie byłoby wiadome, czy sankcja ma być stosowana, a jeśli ma być stosowana — wówczas bezwzględna dowolność organu może ją kształtować, jak mu się podoba. W konstelacji układu planowego nie zaprzecza się, że sankcja musi istnieć, ale jej symbolem nie będzie jakiś niezmienny, poprzednio ustalony „kształt“, jeno konkretny wyraz indywidualnej oceny według zmiennej funkcji użyteczności technicznej. W obu konstelacjach nie znajdujemy wypowiedzi, jak ma się zachowywać podmiot prawa, ażeby przez swoje postępowanie nie wywołać określonej reakcji (sankcji).

Idea prawa wyłącza zarówno dowolność, jak i bezwzględną indywidualizację sankcji. Zakłada przeto pewne uprzednio ustalone minimum formalnej równości, która, dzięki stałym ocenom przeciętnym, stwarza równowagę w bytowaniu społecznym. Nie jest sprzeczne z istotą prawa, jeśli hipoteza normy nie jest ściśle określona; pomocne będzie wówczas pojęcie standardu prawnego. Nie jest również z nią sprzeczna dopuszczalność sankcji wedle ocen swobodnego uznania; wszakże granice tego uznania muszą być określone.

Jeśli chce się uznać wartość prawa prywatnego, nie można jednocześnie odrzucać samoistności idei prawa. Nie można twierdzić, że prawo, jako mistyczna jednia życia i ładu, nie jest ani systemem norm,

ani systemem wartościowania⁴⁵). Tą drogą rozbieżność pomiędzy realnością życia a idealnością sprawiedliwości usunąć się daje tylko na cierpliwym papierze.

⁴⁵) Zob. Höhn, Volk, Staat und Recht (w zbiorze „Grundfragen der Rechtsauffassung“, 1938), str. 13: „Recht ist nach der deutschen Rechtslehre weder ein Normensystem noch eine Summe von Wertvorstellungen“.

VII

PRAWA JEDNOSTKI WOBEC CZYNNIKÓW POLITYKI.

W państwach demokratycznych współczesne anomalie cywilistyczne nie są interpretowane jako „odnowienie“ i zwiastowanie lepszej przyszłości.

Przeciwnie. Nie uznaje się bynajmniej dobrodziejstw totalizmu, usuwającego jakoby wszystkie niedomagania demokracji. Prawotwórczość totalizmu zbyt pochopnie i zbyt wyłącznie kierować się daje wskazaniemi politycznymi — nawet w sferze stosunków prywatnych. W tej atmosferze politycznej władcy często posłuszni być muszą pewnym interesom gospodarczym — w równej może mierze jak w ustrojach wielopartyjnych. Poza tym nie należy zapominać, iż najsurowszym despotyzmem jest ten, który przejawiają masy w stosunku do despotycznego władcy.

Demokracjom nie jest obca świadomość, że sytuacja prawa cywilnego nie jest w obecnych warunkach idealna. Pesymistyczna krytyka znakomitego prawnika francuskiego Ripert'a dopatruje się głównego źródła zła w uzależnieniu dziedziny prawa prywatnego od zmiennych wymagań chwili. Wkroczenie

czynnika politycznego powoduje zniekształcenie praw jednostki. „Qui touche à ce droit (scilic. le droit civil) touche à l'ordre dans la vie privée des hommes, c'est-à-dire à la civilisation même“⁴⁶⁾. Ten — dość rozpowszechniony — pogląd nie zupełnie jest słuszny. Nie można sobie wyobrazić układu prawnego, który byłby bezwzględnie uniezależniony od współczynników politycznych. Wszakże nie o to idzie; zagadnienie dotyczy nie znaczenia wpływu czynników politycznych, lecz uznania czy ignorowania przewodniej idei prawa prywatnego — poszanowania i obrony osobowości i jej sytuacji w ustosunkowaniach między-podmiotowych. Lamentacje i żale z powodu przemian gospodarczych, od woli ludzkiej niezależnych, są bezsilne wobec konieczności przekształceń prawa cywilnego. Klasyczne formuły rozwiązań dla nieskomplikowanych równań zawodzą przy sytuacjach o wielu niewiadomych.

Według ocen prawników szkoły klasycznej prawo prywatne ulega „zwyrodnieniu“. Ocena ta — w epoce przejściowej, w okresie wielkich zmagania się gospodarki imperialistycznej — nie byłaby tak pesymistyczna, gdyby nowe tworzywa cywilistyczne nie zrywały z uznaniem idei prawa.

Słyszymy stałe narzekania na wielką zmienność dorywczo tworzonych norm prawnych, na ich inflację, na ich szybkie starzenie się. Spotykamy się z zarzutami stronności ocen, przewagi tych czy innych interesów, uwzględniania potrzeb efemerycznych, wy-

⁴⁶⁾ Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne* 1936, str. 450.

muszonego przez egoizm silniejszych. Interwencjonizm, unicestwiający sytuacje nabyte, wydaje się obcym dla ujęcia cywilistycznego. Mówi się, że „*quod constituunt codices — prostituunt appendices*“. Szczególnie w zakresie prawa zobowiązań spotykają się z nieprzychylnym przyjęciem ukształtowania, wynikające z typowości i z adhezyjności ustaleń umownych. Zachowane zostają wprawdzie dawne schematy formalne, wszakże pojęcie więzi umownej oraz odpowiedzialności (teoria ryzyka, działania na własną odpowiedzialność) zmienia się zasadniczo. Jak już dość dawno powiedział T a r d e „la permanence trompeuse du droit formel dissimule ici les mutations du droit vivant“.⁴⁷⁾

Nie rozważam tu zagadnienia, czy te przemiany są tylko objawami kryzysowymi, czy też zwiastunami nowego i już stałego układu przyszłości. Ważne jest jedynie, czy przyjęcie przez cywilistykę „do zatwierdzającej wiadomości“ tych przemian implikuje uznanie zasady, że nowa twórczość będzie równoznaczna z negacją sytuacji jednostki, jako ośrodka działalności autonomicznej w jej stosunku do innych jednostek. Gdyby tak było — uległo by zaprzeczeniu regulacyjne znaczenie idei prawa, operującej wskazywaniem atrybucji według odwiecznego wzoru „*sum cuique*“.

Nie zapominamy o tym, że jeszcze przed okresem wielkich przemian powojennych mówiono o konieczności przekształceń prawa prywatnego. Te głosy,

⁴⁷⁾ G. T a r d e, *Les transformations du droit*, VIII éd., 1922, str. 123 uw. 1.

związane we Francji z nazwiskami Duguít'a, Lambert'a, Emmanuela Lévy'ego, Morin'a, Charmon't'a, nie uważały ziszcających się czy oczekiwanych przemian za sprzeczne z ideą prawa. Zmiany te, w istocie rzeczy, nie były rewolucją. Jeśli je uważano za szkodliwe, za zwiastujące „zwyrodnienie“ cywilistyki — głosy te oparte były właśnie na specyficznym podkreśleniu wartości idei prawa.

Państwa autorytatywne widzieć chcą w nowych ukształtowaniach cywilistycznych (planowość — dyrekcjonizm — kontrola) materię, która nie powinna być poddana regulacji indywidualnej od przypadku do przypadku, lecz normowana przez stały wskaźnik normy ustawowej.⁴⁸⁾ Może jest to ustępstwo na rzecz idei prawa?

W przebiegu dziejów regulacyjna moc idei prawa może ulegać wahaniom — grawituje jednakże w kierunku „osobowości“ jako podstawowej komórki.⁴⁹⁾ Jeśli się twierdzi, że jednostka jest „niczym“, staje się zaś „wszystkim“ przez zbiorowość — nie znaczy to, iżby musiała być przez zbiorowość pochłonięta. Przeciwwstawienie niewoli i wolności nie jest wyjaśnie-

⁴⁸⁾ Schmidt-Rimpler, Vom System der bürgerlichen, Handels-und Wirtschaftsrechts, str. 92 („Entscheidung zu Gunsten des Gesetzes“) — w zbiorze „Zur Erneuerung des bürgerlichen Rechts“, j. w.

⁴⁹⁾ Zasadę tę uznają prawnicy socjalistyczni — zob. Renner, j. w. str. 178: „Ein privatum suum, ein „rechtliches Mein“ wird immer bleiben, auch ein Sachenrecht, welche Gesellschaftsordnung sich die Menschen geben mögen“.

niem, albowiem wolność formalna i równość szans, oderwane od podłoża materialnego, mogą *via facti* sprowadzać się do zależności. Twierdzenie, że jednostka nie może być „środkiem“ dla pewnych celów, lecz celem samym w sobie wymaga dopełnienia — przez odpowiednie ukształtowanie warunków materialnych. Droga od przywileju i niewoli winna prowadzić — przez wyrównania niwelujące — do wolności materialnej jednostki, do jej pełni życia, wyłączającej jakąkolwiek eksploatację. Droga ta jest daleka i trudna.

Najprawowierniejsi totaliści nie negują jednostki — tej „najmniejszej komórki życia zbiorowego“⁵⁰⁾ „Pra-instynkt własnej jaźni — powiada Hedemann — promieniuje w trzech kierunkach — w kierunkach woli istnienia, woli posiadania i woli działania“⁵¹⁾. Rzecz oczywista: stanowiąc prawo osobowości, uznaje się, że prawo to nie przeciwstawia się idei „kolektywu“; właśnie z nią się zespala w czymś, co ponad elementy indywidualne jest wyższe. Odpowiedni „chwyt dyjalektyczny“ syntezę znajduje w pojęciach... biologicznych (jak np. idea krwi i rasy). Ale wówczas apologia „prawa osobowości“ (das Recht der Persönlichkeit) staje się czczym frazesem.

Emancypacja osobowości byłaby fikcją, gdyby — jak chce filozofia absolutnego ducha — uznać ją na-

⁵⁰⁾ Manigk, j. w., str. 27: „die letzte und kleinste, nicht unsichtbar zu machende Zelle“.

⁵¹⁾ Hedemann, Bürgerliches Recht im dritten Reich, 1938, str. 25: „Ich will sein, ich will haben, ich will wirken“.

leżało tylko za organ społeczności⁵²⁾. Konstytutywną ideą prawa prywatnego jest samoistna wartość i równorzędność jednostki. Oczywiście, układ gospodarczy takiemu ujęciu może być wrogi. Jednakże — czyż idea osobowości tak jest bezsilna, iżby tej rzeczywistości gospodarczej przewyciężyć nie mogła?

Chaos współczesności jest faktem niespornym; wszakże ponure proroctwa o „new dark age“ mogą się ex aequo zarówno sprawdzić, jak nie sprawdzić. Doktryny dynamizmu społecznego, nadając zbiorowości maximum napięcia, operują pojęciem stałej zmienności; w tym twierdzeniu kryje się sprzeczność: albowiem, uważając zmienność jako primum, doktryny te twierdzą, iż przez ciągłość zmian osiąga się ukształtowanie wieczne i bezwzględne (millennium). A więc: rzekoma dynamika staje się dobrze znaną statyką.

Czy tej zmienności nie przyświeca synteza „wolności“ i „porządku“, jako najdoskonalszy wyraz idei prawa?

Rzeczywistość doświadczenia zdaje się temu przeczyć. Jednakże — bez przypuszczenia wartości idei prawa — wszelka dynamika byłaby tylko najpospolitszą grą sił. Pięknie powiada Del Vecchio: gdy obserwujemy burzliwość morza i zmienność wiatrów — bylibyśmy w błędzie, gdybyśmy przypusz-

⁵²⁾ Radbruch, Zarys filozofii prawa, 1938, str. 191, 192 i contra: Binder, Philosophie des Rechts, 1925, str. 448: „...und ist auch der einzelne Mensch Subjekt nur, insofern er als Organ der Gemeinschaft betrachtet wird“.

czali, że okręt, walczący z falami, nie może nigdy wpłynąć do przystani.⁵³⁾

Można by zapytać, czy dynamika współczesna nie jest jednym z interludiów procesu dziejowego, w którym uwydatnia się starcie „metafizyki siły i metafizyki prawa“⁵⁴⁾. Metafizyka siły jest bardzo realna. Ale pamiętać należy, że pojęcie powinności daje, dzięki powtarzalności i znormalizowaniu ocen, syntezę, która, tworząc wytyczne postępowania, nad rzeczywistością panować i nią rządzić może. Dlatego też nie jest grą słów przenikliwy aforyzm B o s s u e - t'a: „il n'y a pas de droit contre le droit“.

Obrona tej tezy nie jest w naszych czasach łatwa. Ida prawa, jako „ordinatio unius hominis ad alium“ rozumiana, zatracą się, gdy prawoznawstwo „dynamiczne“ widzi najwyższą wartość w podporządkowaniu się nakazom siły. Rola prawników sprowadza się wówczas do rejestracji tych nakazów i do posłusznej ich wykładni. Nic dziwnego przeto, że — jak powiada Ripert — „les souverains aiment mieux les légistes que les juristes“ (op. cit. str. 9.).

⁵³⁾ G. Del Vecchio, Sulla involuzione nel diritto, 1938, str. 17.

⁵⁴⁾ Bonnecase, La notion de droit en France au dix-neuvième siècle, 1919, str. 223.

VIII

POJĘCIE AUTONOMII.

Na czym polega kompetencja jednostki w zakresie, który tradycja nazywa sferą autonomii prywatnej? Czy konieczność istnienia tej sfery jest przypuszczeniem, wynikającym z zasadniczych przesłanek idei prawa?

W ustroju niewolnictwa osoba staje się rzeczą, ale istnieje pewna kategoria osób, do których ta kwalifikacja nie będzie się stosować. Właściciele niewolników są podmiotami praw; w stosunku do rzeczy świata zewnętrznego i do innych osób, które kwalifikowane są jako rzeczy, znajdują się oni w relacjach uprawniających i tworzących roszczenia, skierowane do równych sobie podmiotów. Tymbardziej w układzie, który zniósł niewolnictwo i stworzył powszechną równość in abstracto, posiadacze towarów, zgodnie z sformułowaniem Marxa, nawiązują pomiędzy sobą międzyosobowe stosunki. Słusznie powiada Radbruch, że każda koncepcja prawna, indywidualistyczna czy kolektywistyczna, musi brać za punkt wyjścia pojęcie osoby, a to ze względu na konieczność wymiennych świadczeń; to pojęcie, zgodnie z zasadą

sprawiedliwości wyrównawczej, implikuje wskazania równości. ⁵⁵⁾

Zasadnicze znaczenie posiada zagadnienie, jaki będzie stosunek zbiorowości (od pospolitego skupiska do doskonale zorganizowanego państwa) do osób, jako koniecznych elementów tej zbiorowości. W myśl wskazań sprawiedliwości można ten stosunek odpowiednio kształtować, uwzględniając, rzecz oczywista, podłoże materialne (stany posiadania, władztwa nad rzeczami, rodzaje wytwórczości i wymiany).

Jednakże nie należy przypuszczać, że autonomia jest pewną „quidditas“, daną a priori; nie o to więc idzie, że zbiorowość uznaje dobrowolnie tę autonomię ze względów celowości politycznej i gospodarczej, lecz o to, czy uznać ją musi i uznania tego unicestwić nie może. Można by się sprzeczać o to, czy, jak przypuszcza Radbruch, pojęcia prawa publicznego (zbiorowego) i prawa prywatnego (jednostkowego) są aprioryczne: wszakże nie ulega zaprzeczeniu współzależność obu tych pojęć: ich związanie w rzeczywistości jest niezależne od ustalenia, czy in hypothesi idei autonomii przysługuje przywilej pierwszeństwa. Jest tedy obojętne, czy ta samoistność, niezależność jest dana ante communitatem, czy też uznana per communitatem. Punkt ciężkości problematyki spoczywa gdzieindziej: idzie mianowicie o to, jaki jest zasięg autonomii. Może być ona w rzeczywistości odmiennie kształtowana, zwięzana czy rozszerzana, niezależnie od tego, czy uważać ją należy jako daną a priori, czy też uznaną

⁵⁵⁾ Radbruch, j. wyż., str. 186, 187.

a posteriori. Dla idei prawa byłyby miarodajne pewne tylko antytezy rozgraniczeń: od zniewolenia i unicestwienia osoby na rzecz grupy — do absolutnej dowolności i samowoli osoby wbrew grupie.

Jeśli w kodyfikacjach prawa prywatnego z okresu zwycięskiej burżuazji idea autonomii występowała w formie czystej i gdy prywatne związanie woli (*la loi contractuelle*) utożsamiane było z działaniem ustawy — znaczyło to jedynie, że system układu polityczno-gospodarczego takiej wymagał ideologii; te kulisy nie są żadną tajemnicą. Późniejsze przemiany spowodowały zwężenie i ograniczenie zasięgu autonomii.

G. Del Vecchio, rozważając zasadę osobowości, jako podstawę prawa prywatnego i uważając koordynację podmiotów (*coordinazione intersubiettiva*) jako najdoskonalszy wyraz prawności naturalnej (*giuridicità naturale*), dopatruje się w tym wartościowaniu domyślnej idei prawa.⁵⁶). Wydaje mi się wszakże, że „il grande sottinteso“ poszukiwane być winno raczej w samym układzie stosunków międzypodmiotowych. One wpływają na stopień napięcia i na zasięg autonomii prywatnej.

Jeśli w układzie pewnego ustroju założymy, że nadrzędna zbiorowość dopuszcza zasadę autonomii—wówczas uznanie to ustala zasadniczą linię podziału. Działanie osoby w interesie własnym i dla interesu

⁵⁶) G. Del Vecchio, *Sui principi generali del diritto*, 1921 str. 35: „...l'essenza della personalità umana, quel principio che è il grande sottinteso del nostro sistema giuridica“, str. 47 uw. 1, str. 61.

własnego wyodrębnia się od działania podjętego przez osobę z tytułu kwalifikacji władztwa zbiorowego; jest ona wówczas nie sobą samą, lecz instrumentem lub agentem czyimś.⁵⁷⁾ Nazwijmy ją organem, przedstawicielem czy pospolitym tylko i posłusznym wykonawcą. Kompetencja prywatna, niezależnie od jej granic, będzie w rzeczywistości zmienna: nie istnieje bowiem zobowiązanie jednostki do wykonywania czy korzystania ze swej autonomii. Dzięki tej uznanej kompetencji możliwe się stają czynności prawne w stosunkach między jednostkami. Skutki prawne, wynikające z tych czynności, nie są czymś naturalnym, danym już przez to, że istnieje takie czy inne ukształtowanie stosunku między osobami: więź powinności nie powstaje dlatego, że czyn jakiegoś A, któremu odpowiada reakcja jakiegoś B, musi tworzyć symbol powinności P, powodującej sankcję. Motywy natury celowej, względ na konieczność pewnego ukształtowania interesów, powodują ustalenia powinności i sankcji. Nie wchodzi tu w grę jakaś mistyczna „necessitas naturalis”; możliwy jest bowiem taki odciniek układu zbiorowego, w którym zaspokojenie potrzeb odbywa się poza płaszczyzną czynności prywatno-prawnych. Bądź istnieje rzeczywista harmonia oddziaływań (np. w normalnym życiu rodzinnym), bądź też oddziaływanie przebiega w trybie bezwzględnej subordynacji (jak np. w wojsku). W tych

⁵⁷⁾ S a l m o n d, Jurisprudence, IX ed., 1937, str. 303: „Private powers, on the other hand, are those which are vested in persons to be exercised for their own purposes, and not as the agents of the State“.

ukształtowaniach urzeczywistnianie pewnych celów odbywa się bez konieczności stosowania pojęcia czynności prawnych.⁵⁸⁾

Kompetencyjne umocowania jednostki mogą być rozumiane jedynie w ramach organizacji, która umocowania te nie tylko uznaje, lecz nimi w odpowiedni sposób kieruje. Zakres *juris dispositivi* oraz zakres tych przepisów, które w drodze wykładni ustalają domniemaną wolę stron (wola milcząca lub wola niewyraźna), zależy od przesłanek, które, jako przepisy organizacyjne, zostały ustalone przez państwo. Wyłączamy, rzecz oczywista, hipotezę jakiegoś *status naturalis*, w którym tworzą się ustosunkowania jednostek. Jednostki bowiem, aczkolwiek nie są ani piastunami władzy, ani jej podporządkowanymi organami, nie znajdują się w jakiejś stratosferze pozaorganizacyjnej. Pojęcie „*status naturalis*” stosować się może jedynie do państw, jako do organizacji spółrzędnych. Wówczas, jak powiada Hugo Grotius, czynności prawne, w szczególności zaś umowy, „*jure solo nature reguntur, ut et pacta eorum qui summam habent potestaten qua tales sunt*”. (*De jure belli ac pacis*, Lib. II Cap. 11 § 5).

Zakładając tedy układ organizacyjny, widzimy w nim nie tylko podział własności organów władzy, lecz również samoistne ukształtowania kompetencji jednostek. In *hypothesi* układ organizacyjny władny jest wyłączyć jakikolwiek podział kompetencji w sfe-

⁵⁸⁾ Zob. F. v. Hippel, *Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie*, 1936, str. 87 i nast. („*rechtsgeschäftslose Lebensgemeinschaft*“).

rze prywatnej. Ustrój, który uważa za zbędną kompetencję jednostek, albowiem wszyscy działają wedle wskazań miłości bliźniego — nie ma potrzeby uciekania się do ujęć prawnych. Imperatyw normy staje się zbędny wobec atrybucyjnej dobrowolności współdziałania. W antytetycznej sytuacji władztwa organizacyjnego i przy pominięciu ocen moralnych (związanych pojęciowo z wolnością jednostki) kompetencja indywidualna ulega wyłączeniu. Organizacja wyobrażałaby wówczas najczystszy typ bezwzględnego władztwa w przeciwieństwie do układu, opartego na prawnie uregulowanym współdziałaniu.⁵⁹⁾

Typy, wyrażające ustosunkowanie idei organizacyjnej do możliwości podziału kompetencji, nie spotykają się w formie czystej. Są one teoretycznymi schematami, uwydatniającymi te punkty graniczne, w których idea prawa bądź zanika „par consentement coutumier“, bądź jest unicestwiona przez bezwzględną przemoc. Typy te ziszcza się tylko częściowo. Nie rozważamy tu kwestii, jaką wartość gospodarczą wyobrażają ewentualne możliwości częściowego czy całkowitego zaniku autonomii. Doświadczenie Z. S. S. R. wykazało efemeryczność bezwzględnej centralizacji i — po odwróceniu od jednostki — widzimy obecnie próby powrotu do niej. Wszakże bez głębszego znaczenia byłyby zestawienia pomiędzy ongi istniejącym uporządkowaniem, opartym na rzekomo wyrównywanym automatyzmie wolnej produkcji i wymiany — a niepewnym i w zarysie niejasnym ustrojem czasów przyszłych.

⁵⁹⁾ E. H u b e r, *Recht und Rechtsverwirklichung*, 1921, str. 115 — rozróżnienie typów: Typus der Herrschaft — Typus der Genossenschaft.

IX

TYPY AUTONOMII.

Typologia autonomii zasługuje na baczną uwagę. Trzy możliwości układów ustala w tej dziedzinie znakomity prawnik szwajcarski W. Burkhardt, zaznaczając, iż nie spotykają się one w życiu rzeczywistym w formie czystej.

Zachodzą przede wszystkim dwie alternatywy. Bądź autonomia istnieje, bądź jest ona bezwzględnie wyłączona.⁶⁰⁾

Pierwsza alternatywa może zakładać: a) bądź nieograniczony, b) bądź ograniczony zakres autonomii w zależności od warunków czasu i miejsca.

Autonomia nieograniczona w rzeczywistości nigdy nie istniała.

Wyobraźmy sobie, że organizacja państwowa uznaje bezwzględne uprawnienia jednostki do stanowienia skutków prawnych w drodze zagwarantowanej możliwości ustalania stosunków międzypodmiotowych. Gdyby istniała hipotetyczna „próżnia państwowa“, rola zaś państwa sprowadzałaby się jedynie

⁶⁰⁾ F. v. Hippel, Zur Gesetzmässigkeit juristischer Systembildung, 1930, str. 5.

do obrony autonomii jednostek — wówczas te funkcje gwarancyjne byłyby bądź negatywne, bądź dodatnie. ⁶¹⁾

W ustosunkowaniu negatywnym organizacja państwowa miałaby jedynie zadanie: obronę jednostki przed ograniczeniem dobrowolności jej autonomii. Czynności prawne, dokonane pod przymusem, zniewoleniem, w drodze podstępny winny być z urzędu uznane za nieważne. Państwo dba tylko o to, ażeby wolność jednostki nie była poddana dyktaturze innych jednostek. To zadanie należy do organizacji państwowej wszędzie, gdzie autonomia — chociażby w postaci ograniczonej — jest uznana.

Rola pozytywna państwa sprowadzałaby się do wprowadzenia w życie sankcji w przypadku niezastosowania się jednostek do przewidzianych przez czynność prawną skutków. Gwoli zapobieżeniu samowoli, wyłączeniu „sądownictwa prywatnego“ — organizacja ustala monopol sankcyjny, gwarantuje ziszczenie zamierzeń, skonkretyzowanych w poszczególnych czynnościach prawnych.

System nieograniczonej autonomii, który zezwala jednostkom wiązać się, niezależnie od przedmiotu i charakteru świadczeń czy zaniechań, nie istnieje w rzeczywistości. Rzeczywistość zna jedynie układ autonomii ograniczonej. Istnieją określone granice, w których dana jest możliwość swobodnego zobowiązania się i tworzenia sytuacji prawnych. Ustalone zostają takie „składy czynów“, co do których obja-

⁶¹⁾ W. Burckhardt, *Methode und System des Rechts*, 1936, str. 203 i n.

wienie woli samo przez się wywiera skutki prawne — w odróżnieniu od dziedzin, wyłączających autonomię.

W układzie „czystej“ autonomii państwo akceptuje sytuacje stworzone przez jednostki i ustalone przez nie „normy prywatne“.⁶²⁾ Jedynie, w imię celów organizacyjnych ogranicza się pewne czynności prawne; pewne postępowanie jednostek zostaje wzbronione ze względu na ujemną ocenę ewentualnych świadczeń⁶³⁾.

W. Burckhardt, ustalając ograniczenia autonomii, sprowadza je do dwóch kategorii: do ograniczeń swobody zawierania prawnych zobowiązań (Geschäftsfreiheit) i do zasadniczych ograniczeń w treści ewentualnego postępowania (Verhalten). Pomija, moim zdaniem niesłusznie, zasadniczą cechę autonomii bezwzględnej; w jej układzie należałoby przyjąć, że strony nie tylko dowolnie kształtują dane elementy rzeczywistości, lecz również dowolnie i ad casum określać mogą skutki prawne swych zobowiązań. Nie istniało by wówczas żadne jus cogens — poza naczelną zasadą wolności autonomii i jej obrony przez gwarancje organizacyjne. Państwo gwarantowało by wszelkie ustanowione przez strony skutki prawne — z jedynym zastrzeżeniem, że obrony tej nie będzie, jeśli zachodzi zniewolenie strony (pozornie tylko

⁶²⁾ Capitant, Introduction à l'étude du droit civil IV éd., 1922, str. 61 n. 4: „Que si les parties profitent de la liberté qui leur est accordée et règlent elles-mêmes leur rapport de droit dans toutes ses conséquences, elles font une loi spéciale, concrète...“.

⁶³⁾ Burckhardt, j. w. str. 207 n.

wolny akt prawny). Wobec tego, że czynności prawne nie są wymysłami fantastycznymi, lecz koniecznościami życia gospodarczego — wytwarza się pewna typowość aktów o określonych skutkach prawnych. Hypotetycznie mogłyby istnieć dowolne odstępstwa od tej typowości. I dziś zresztą — w ustroju autonomii ograniczonej — widzimy, że życie tworzy typowe układy zobowiązaniowe — niekiedy, jeśli idzie o obrót międzynarodowy, w skali światowej. Ale typy te, wyłączając w znacznym stopniu wolność subiektywną i tworząc schematy „adhezyjne“, są o tyle tylko dopuszczalne, o ile nie przekraczają granic prawa przymusowego. Natomiast, w ustroju autonomii bezwzględnej całokształt prawa prywatnego byłby tylko i wyłącznie dyspozytywny.

Autonomia ograniczona idzie w parze z określeniem materii, poddanej reakcji woli indywidualnej. Wyłączenie pewnych treści nie znaczy, że w ich zasięgu przejawy woli są nieważne lub pod sankcją karną zabronione; pozostają one w ogóle poza zakresem cywilistyki, jako „adiaphoron“. W zasięgu prawa prywatnego ustalane są pewne nieprzekraczalne granice; *jus cogens* jest znamionną cechą wszystkich kodeksów cywilnych. Reakcja prawa przymusowego oddziaływa na byt i rozciągłość skutków prawnych; wola indywidualna skutków tych nie tworzy, albowiem są one „przedustanowione“. Jeśli wola stron odbiega od ustalonych typów (*variae causarum figurae*), jeśli typy mogą się łączyć i kombinować (*negotia mixta*) — wszystko to dzieje się w pewnej „atmosferze“ prawnej, ponad którą wola stron wznieść się nie może. Pamiętne są walki konstrukcyjne, sta-

czane — w braku typologii ustawowej — przy konstruowaniu zbiorowych umów pracy, umów kartelowych, układów pomiędzy wytwórcami i spożywcami.

Cechą charakterystyczną autonomii ograniczonej będzie symbioza norm przymusowych z normami „dobrej woli“ — czy będą to przepisy „interpretujące“, czy też „uzupełniające“. Ta cecha odróżnia autonomię ograniczoną od autonomii bezwzględnej, jak również od wyłączenia wszelkiej autonomii. Rola, którą odgrywa w autonomii ograniczonej bezwzględność i względność norm łącznie z możliwością odchylenia woli, jest cechą charakterystyczną zarówno układów dziś za przestarzałe uważanych, jako też współczesnych kodyfikacji rewolucyjnych. Zasadniczym zagadnieniem będzie zawsze ustosunkowanie przymusowości do dyspozytywności.

To zagadnienie nie powstaje przy zasadniczym wyłączeniu wszelkiej autonomii.

Wyłączenie autonomii jest równoznaczne z zupełną negacją prawa dyspozytywnego. Nie istniała by wówczas wówczas sfera działań, zaniechań i dopuszczeń, która nie byłaby uporządkowana przymusowo, bez możliwości jakichkolwiek odchylenia. Pojęcie „prawa podmiotowego“ nie byłoby w takiej percepcji możliwe. Zsocjalizowanie środków produkcji i wyłączenie ziemi z obrotu prowadziło by do ustosunkowań posłuszeństwa i poddaństwa — z wyłączeniem jakiegokolwiek inicjatywy. Podział dóbr nie ulegałby regulacji samorządnej, lecz oparty byłby na powszechnej normalizacji, urzeczywistnianej w trybie zarządzeń techniczno-administracyjnych. Gdyby podstawą podziału dóbr miało być „prawo do egzysten-

cji⁶⁴) — możliwość urzeczywistnienia roszczeń z tego tytułu pozbawiona byłaby samoistnej ochrony. Ustrojowi, który wyłącza możliwość samoistnych, indywidualnych akcyj i reakcyj, — obcą musiałaby być instytucja Sądu, jako instancji, oceniającej legalność własnowolnych aktów. Takie bowiem akty nie dają się pomyśleć w atmosferze wyłączności prawa przymusowego. Własnowolność jednostki ściągała by się jedynie... do przekroczeń normy; ale wówczas mielibyśmy do czynienia tylko z sankcjami karnymi.

W tym stanie rzeczy nie byłby do pomyślenia żaden samoistny przewód, oparty na zasadach równości stron, dyspozycyjności, kontradyktoryjności i bezpośredniości. Ustosunkowanie się władzy do jednostki oparte byłoby na zasadach działania *ex officio*, inkwizycyjności i możliwości zmiany lub uchylenia własnych postanowień według nieograniczonego, swobodnego uznania.

Menger w swych wizjach uspołecznionego ustroju (jakże odmiennych od naszej teraźniejszości) przewidywał ujednolicenie wszystkich możliwych przewodów prawnych — cywilnego, karnego i administracyjnego⁶⁵). Ale czyżby można było w ogóle mówić o jakimkolwiek przewodzie w materii stosunków „prywatnych“, skoro przestają one istnieć? W odniesieniu do jednostki istniałyby tylko nakazy i zarządzenia, których stanowienie, stosowanie i uchylanie

⁶⁴) Por. Menger, *Neue Staatslehre*, 1903, str. 125, 126.

⁶⁵) Menger, *j. w.*, str. 137: „Alle drei Prozessarten verschmelzen in ein einziges Verfahren, das sich durchgreifend als eine Untersuchung von Amts wegen darstellt“.

ad nutum zależałoby jedynie od władzy — bez jakiegokolwiek kontroli instancji „trzeciej“. Nie byłoby do pomyślenia żadne bezpośrednie ustalenie więzi prawnej pomiędzy jednostkami; stosunki obligatoryjne wyczerpywałyby się przez zobowiązania jednostki względem instytucji państwowych. Dziedzina stosunków prawnych, obejmująca dziś odpowiedzialność z naruszenia zobowiązań lub *ex delicto*, podlegałaby — jak przypuszczał Menger — penalizacji. Oto, *in hoc amplissimo juris oceano*, żaden „golfström“ cywilistyczny nie daje się zauważyć. Nie ulega wątpieniu, że taki stan rzeczy jest możliwy; wiemy o tym, pamiętając o okresach gospodarki wojennej. Czy stan taki może być długotrwały? Widzimy, że w bytowaniu mniej lub więcej normalnym następuje reakcja. Współczesna cywilistyka w Z. S. S. R. wraca do — ściśnionego wprawdzie — pojęcia własności; co jest charakterystyczne — przewiduje ukształtowania cywilistyczne nie tylko w stosunku jednostki do jednostki, lecz w stosunku jednostki do organizacji państwowych o charakterze gospodarczym oraz w stosunku tych organizacji *inter se*. I poza tym, aczkolwiek, szafuje się sankcjami karnymi w odniesieniu do czynów, które w rozumieniu „burżuazyjnym“ są w tym aspekcie najzupełniej obojętne, odrzuca się z oburzeniem wszelką generalną penalizację z tytułu niewykonania umów.

Absolutyzm organizacyjny wyłącza pojęcie normy prawnej, obowiązującej jednostkę i nadającej jej pewne umocowania. W układzie autonomii widzimy zasadnicze odróżnienie: osób prywatnych i organów państwowych. W ustroju, wyłączającym autonomię,

nie ma osób prywatnych: nie zachodzi bowiem ani ich koordynacja, ani ich subordynacja, lecz — jak słusznie zaznacza Burckhardt — mamy do czynienia z inordynacją, w której członkowie zbiorowości muszą działać w zespole. W takiej zbiorowości nie wszyscy są organami władzy (urzędnikami), rozkazującymi i porządkującymi; ale nikt nie jest osobą prywatną, albowiem wszystkie czynności jednostki mogą być jedynie działaniem w ramach organizacji i dla organizacji⁶⁶). Wskazania, rządzące działaniem jednostek, są, w istocie rzeczy, instrukcjami i przepisami służbowymi.

Można by wątpić, czy przepisom służbowym obca jest cecha generalizacji, charakterystyczna dla normatywności prawnej. Ale i wówczas — jak słusznie zaznacza Burckhardt — organizacja nie byłaby związana wobec jednostki — w tej właśnie dziedzinie, która dotyczy działania jednostki w organizacji: albowiem jednostka, nie posiadając żadnych umocowań autonomicznych, zobowiązana jest do wszystkiego, czego od niej zechce zażądać organizacja.

Wydaje mi się, że relacja organizacji do jednostki, pozbawionej jakichkolwiek praw podmiotowych, odpowiada raczej temu symbolowi konstrukcyjnemu, który w prawie administracyjnym znany jest pod nazwą aktu wykonawczego czy egzekucyjnego (Voll-

⁶⁶) Burckhardt, j. wyż. str. 163, str. 216: „...sind diese Mitarbeiter nicht alle Beamte, weil sie nicht alle (als Vorgesetzte) befehlen, aber auch nicht Private, weil sie an der staatlichen Aufgabe mitwirken“.

streckungsakt). Wprawdzie w administracji praworządnej wszelki akt wykonawczy oparty być winien na ustawie; jednakże w administracji „totalnej“ możliwa jest ewentualność, że „wykonanie“ będzie oderwane od generalnych wskazań, tworząc zindywidualizowaną, konkretną ad casum i dowolną reakcję organu. Jakkolwiek bądź, akt wykonawczy, jako ostatnie ogniwo w stopniowej budowie normy, jest wprawdzie aktem prawnym — lecz nie może być normą prawną⁶⁷⁾.

Przy tym ujęciu nie może być mowy o trójtaktowym przebiegu od stanowienia prawa — przez stosowanie — do wykonania normy; albowiem punkt ciężkości przenosi się na wykonanie — może sprawiedliwe czy konieczne, ale nie podlegające żadnej regulacji uprzedniej zgodnie z wskaźnikiem ogólnym. Wykonanie staje się zabiegiem wyłącznie technicznym⁶⁸⁾.

Taka konstrukcja odpowiada zarówno ujęciom doktryny narodowo-socjalistycznej („konkretes Ordnungsdenken“), jako też teorii rosyjskiej z okresu „prawowiernego“ marksizmu. Najnowsze prądy cywilistyczne w Z. S. R. R. uważają wszakże „technicyzm“ Paszukanisa i jego szkoły za szkodliwą herezję; walczą o zasadę generalicji, pewności i stałości. Ten nawrót — z pewnym ociąganiem się — zaobserwować można również w Niemczech.

⁶⁷⁾ Zob. Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1927, str. 281 („Rechtsakt aber nicht Rechtsnorm“), str. 291 („Staatsakte aber nicht Rechtssätze“).

⁶⁸⁾ Burckhardt, j. w. str. 218 n.

Oczywiście, przy uporządkowaniu wyłącznie technicznym musi istnieć jakiś ogólny plan działania. Plan ten nie jest wszakże zespołem generalnych norm, z których w drodze wykładni wynikałoby przystosowanie konkretnej sytuacji do wzoru. Nieprzewidywalność i atypowość poszczególnych sytuacji jest regułą. Dlatego też „wykładnia“, stosowana przez organy, które rządzą postępowaniem jednostek, może być tylko „techniczna“ i „celowościowa“⁶⁹). Zresztą, w ustrojach, wyłączających autonomię, normy ogólne nie są żadnym punktem wyjścia, nie są źródłem uprawnień; „vinculum juris“ stosuje się do organów, wykonywujących „plan“; jednostki zaś, nie będące organami, są „przedmiotami“ nakazów kontrolujących. Można wątpić, czy organy wykonawcze posiadają jakiekolwiek uprawnienia w stosunku do organów nadrzędnych.

Jednostkom, które nie są organami, nie przysługują żadne roszczenia; brak więc w ich sytuacji charakterystycznej dla idei prawa cechy: „alteritas“.

Zresztą, gdy norma abstrakcyjna ustala jedynie w najogólniejszym skrócie wolę Wodza, jako osoby wszechwładnie rządzącej, wówczas nie można mówić o istotnym obiektywizmie uporządkowania. Wola Wodza wyłącza jakiekolwiek uprawnienia podwładnych organów; może więc on zmieniać własny system planowy ad nutum i dowolnie indywidualizować każdą sytuację.

Burckhardt jest zdania, że i w takim ukła-

⁶⁹) Frydman, Dogmatyka prawa w świetle socjologii (Ogólna nauka o prawie T. I, 1936) str. 255.

dzie może być zachowana zgodność uporządkowania z ideą sprawiedliwości. Taki układ różnił by się od ustroju ograniczonej autonomii tym jedynie, że zamiast dwustopniowości (norma ogólna — jej zastosowanie in casu) mielibyśmy jednostopniowość konkretnych zarządzeń. Układowi „jednostopniowego konkretnu“ nie jest obca idea sprawiedliwości: wystarczy, gdy władza najwyższa kieruje się wskazaniem sprawiedliwości. Jest natomiast obojętne, czy te wskazania ujęte zostały w postaci norm, które obowiązują wszystkich, a więc i władzę (zob. j. wyż. str. 221, 222). Należałoby wówczas założyć, że Wódz zawsze kierować się będzie wskazaniem sprawiedliwości w każdym konkretnym przypadku swych zarządzeń. Ale domniemanie, iż nieograniczony władca rzadzi się w poczynaniach swych ideą sprawiedliwości — nie jest domniemaniem *juris et de jure*. Czyż wskazania sprawiedliwości nie mogą być zniekształcane gwoili celom politycznym?

W tej koncepcji wszystko co wydaje się dobrem moralnym musi być dobrem sprawiedliwym. Wszakże, w rzeczywistości to, co wydaje się nieograniczonemu władcy dobrem moralnym, nie zawsze musi być sprawiedliwym. Doktryna jedynowładztwa prowadzi tedy do zatarcia linii granicznej pomiędzy prawem a moralnością.

Układ, któremu obce jest rozgraniczenie sfer woli, nie zna „dyslokacji“ indywidualnych aktów; wszystko, co dzieje się p r z e z jednostkę, jest akcją na rzecz grupy. Czyżby wyłączenie wolności jednostki mogło by być w takim układzie szarmonizowane z pojęciem

atrybucji (*sum cuique*⁷⁰)? Ale z totalistycznie ujętą „sprawiedliwością“ zgodne by było istnienie niewolnictwa.

Taka niwelacja nie byłaby nigdy wyrazem „sprawiedliwego“ współistnienia. Nie godziła by się z ideałem wspólnoty wolnych, w której autonomia jednostki jest koniecznym warunkiem swobodnego rozwoju całości. Doświadczenie historyczne uczy, że każdy totalizm, czyniąc z jednostki bezwolne kółko wielkiej maszyny, kończy się atomizacją. Stąd — jak słusznie powiada *Z n a n i e c k i*⁷¹) — krok jeden tylko do głębokiej demoralizacji życia państwowego. Gdy naokół, „słyszysz się tylko milczenie“ — wówczas sprawiedliwość odwraca swe oblicze.

I co najważniejsze: ani autonomia bezwzględna, ani autonomia ograniczona nie wyłączają instytucji „Sądu“, jako instancji bezstronnej, „osoby trzeciej“, która będzie wyłącznym źródłem wypowiedzi o zgodności czy o niezgodności „konkretnego“ sytuacyjnego z „abstraktem“ ogólnej oceny normatywnej. Czy tą osobą trzecią jest „*judex*“, rządzący się prawem pozytywno-urzędowym, czy „*kadi*“, czerpiący swe osądy ze zwyczajów, intuicji, mądrości ludowej — istnieć będą pewne gwarancje sprawiedliwego, słusznego legalnego wartościowania. Natomiast, w układzie, wyłączającym wszelką autonomię, Sąd staje się instytucją zbędną. Organ władzy, sam od innych organów

⁷⁰) Zob. de Tourtoulon, j. wyż. str. 574 o proporcji „*sum*“ (*justice unilatérale*) i „*cuique*“ (*justice d'équilibre*).

⁷¹) *Z n a n i e c k i*, „Kult państwa“ w czasopiśmie „Wiedza i życie“ 1936, Z. 6/7, str. 349.

zależny, związany instrukcją służbową, nieograniczony w swej kompetencji „*erga subditos*” — nie stosuje normy prawnej, lecz wydaje zarządzenia. Sankcje przezeń stosowane są nieokreślone i dowolne; o ich wyborze decyduje jedynie celowość, może dążenie do oddziaływania „pedagogicznego”; próżno doszukiwać się proporcji „składu czynu” i „skutku prawnego”, albowiem jednostka nie ma żadnego wyboru pomiędzy sytuacjami prawnymi i znajduje się zawsze w obliczu „*d'une situation établie*”. Niemieckie prawo wojskowe, stworzone w r. 1914 dla obszarów okupowanych, odróżniało „wyroki” sensu proprio od zwykłych „zarządzeń” i zabiegów („*Massnahmen*”). Otóż, w ustroju wyłączającym autonomię możnaby mówić tylko o tego rodzaju „zabiegach”. Nic dziwnego zresztą, albowiem akcja państwowa nie mogłaby być „wymiarem sprawiedliwości” i sprowadzała by się wyłącznie do administracji w rozumieniu technicznym.

X.

OGRANICZENIA AUTONOMII.

Pojęcie autonomii ograniczonej samo przez się nie jeszcze nie mówi. Strefa ograniczeń, znajdująca się pomiędzy bezwzględnością autonomii i jej bezwzględ-
nem wyłączeniem, może być rozszerzana i zwężana. Żaden wykres nie będzie wiernym odbiciem rzeczywistości. Rozumie się, że ograniczenia autonomii nie zależą od żadnych reguł *a priori*^{71a}); ich napięcie, trwanie, zasięg, warunki są zależne od czynników zewnętrznych, które nadają im określony kształt. Może zachodzić pytanie, czy każdemu układowi musi odpowiadać system prawny, nazwany systemem prawa prywatnego. Moim zdaniem, nie zachodzi taka korelacja konieczna, gdyż ustosunkowania między-
podmiotowe mogą być uporządkowane w wyłącznym trybie konkretnych i dowolnych zarządzeń admini-

^{71a}) O f t i n g e r, Gesetzgeberische Eingriffe in das Zivilrecht (Zeitschrift für schweizerisches Recht, 1938, str. 500a i n.) widzi limitację autonomii w ustalaniu granicy: 1) możliwości (*impossibilium nulla obligatio*), 2) dobrych obyczajów, 3) praw osobistych (Recht der Persönlichkeit), 4) niezgodności z prawem (*Widerrechtlichkeit*). To wyliczenie wskazuje kierunek ograniczeń, lecz nie ich zasięg i treść.

stracyjnych. Również te czy inne ograniczenia autonomii nie są symbolami, w których autonomia minus jakaś wielkość niewiadoma nie musiała by być zerem, lecz czymś ponad zero większym (inaczej prawo prywatne nie mogłoby istnieć).

Ograniczenia autonomii o specyficznym nasileniu przejawiać się poczęły w końcu ubiegłego wieku; nabrały mocy i zdają się zagrażać egzystencji prawa prywatnego, poczynając od czasów wielkiej wojny.

Abstrahując od doświadczeń wojennych, skonstatować należy, że niepewność układu, wahania i zmienność regulacji stały się prawidłem po zawarciu pokoju. Widziano w tym kryzys prawa; w istocie rzeczy niepokój ustawodawczy, inflacja ustaw, podgorączkowe stany jurysprudencji były tylko refleksem przemian gospodarczych. Mówimy o stanie przejściowym, nie wiedząc, oczywiście, wobec zawodności wszelkich prorocत्व, jaki będzie stan stały. Przez porównanie z klasycyzmem przeszłości i z marzeniami o idyllicznej socjalizacji prawa, dochodzimy do stwierdzenia patologiczności współczesnego prawa prywatnego. Jednakże brak nam perspektywy i wyobrażenia nasze o przyszłej normalizacji są częstokroć tylko emocjonalne.

Możemy stwierdzić wszakże, że przemiany w dziedzinie prawa prywatnego w pewnym tylko stopniu uzależniły się od rewolucyjnych przekształceń podłoża politycznego. Jednakże przesłanki natury gospodarczej i technicznej podyktowały mniej lub więcej identyczne zmiany prawa prywatnego, niezależnie od różnic ustroju politycznego. W żadnym wszakże przypadku nie osiągnięto punktu granicznego: bez-

względnej negacji autonomii. Spotęgowanie jej ograniczeń niebardzo różni się w krajach demokratycznych, pół autorytatywnych czy totalnych. Mógł przewrót polityczny unicestwić pojęcie prawa własności; widzimy wszakże, że powraca ono do życia, aczkolwiek w formie zmienionej i w zasięgu ograniczonym. W krajach, które nie znały przewrotu i które zachowały w zasadzie szeroko pojęte prawo własności, obserwować się daje nasilenie interwencjonizmu; teorie funkcji społecznej czy narodowej przekształcają pojęcia klasyczne. Wszakże i tu i tam własność nie jest bezwzględnie odrzucana. Apologie inicjatywy, jako potężnego bodźca działań jednostkowych, są identyczne zarówno w krajach reakcji autorytatywnej, jak i w krajach demokracji, czy wreszcie rewolucji klasowej. Różnica polega jedynie na tym: cywilistyka demokratyczna, czy cywilistyka przerosty demokratyczne w imię klasycyzmu zwalczająca (R i p e r t), chce widzieć w tych przemianach przejawy kryzysu, który musi minąć; cywilistyka zaś rewolucyjna (prawa czy lewa) widzi w nich krystalizację nowej myśli cywilistycznej, opartej bądź na ideałach narodowo-rasowych, bądź na rzekomo osiągniętej bezklasowości.

Nowoczesne ujęcia, zważając zakres autonomii, starają się udowodnić, iż tradycje własnowolności zostały jednakże zachowane. Nikt nie twierdzi — a to po obu stronach barykady, — iż zasada dyspozytywności winna być zupełnie wyłączona. Nie należy wszakże zapominać, iż równolegle zakres prawa przymusowego znacznie został rozszerzony. Może jest to pewna złośliwość dialektyki historycznej: przypusz-

czano kiedyś, iż pełnia rozwoju kapitalistycznego doprowadzi do wszechwładztwa „kontraktu”; rzeczywistość sprawiła stan rzeczy wręcz przeciwny: „plus les individus contractent, plus l'Etat veut commander”⁷²⁾. Gdy coraz więcej przeważać poczyną typ tzw. umowy adhezyjnej — usiłowania teoretyczne idą w kierunku udowodnienia, że nie wyłącza on własności jednostki wobec możliwości kontroli sądowej.

Typ ten jest z innych względów w ustroju kolektywistycznym zachwalany — tu już ze względu na odrębną jego funkcję społeczną, która się toto coelo od ujęcia kapitalistycznego różni⁷³⁾.

Wszędzie w czasach ostatnich dawna wolność umowna uległa znakomitym ograniczeniom. Nie jest to jakieś niezwykle novum, gdyż już kończący się wiek dziewiętnasty znał liczne w tym zakresie precedensy. Skoro konieczności gospodarcze zmieniły dawny układ i gdy gra interesów indywidualnych niezawsze odpowiada przypuszczalnym interesom zbiorowości, wówczas rozchodzi się nie tylko o ograniczenie działań, lecz również o nadanie im odpowiedniego kierunku. Czy jednakże z tego stwierdzenia wynika rzekoma wytyczna przyszłego rozwoju cywilistyki, o której już przed laty trzydziestu twierdził Cruet, że będzie ziszczeniem hasła „la loi partout, le

⁷²⁾ Cruet, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, 1908, str. 157.

⁷³⁾ Jossierand, *Cours de droit civil positif français* T. II, 1939, str. 23: „les contrats d'adhésion sont bien de véritables contrats”, str. 139, str. 222. O poglądzie doktryny sowieckiej — zob. „Grazhdanskoje prawo”, T. II, str. 33 i n.

contrat nulle part⁷⁴⁾? Nie wydaje się, by taka dysolucja pojęcia umowy miała rychło nastąpić. Niewątpliwie — i to jest cechą charakterystyczną czasów współczesnych — discontinuum poszczególnych sytuacji umownych podlega przekształceniu na continuum więzi instytucyjnej; centralizacja i racjonalizacja życia nie jest przychylna woluntaryzmowi jednostki. Stąd znamienna teoria o przejściu od kontraktu do instytucji („le glissement du contrat vers l'institution “)⁷⁵⁾. Zupełnie słusznie stwierdza Josserand, iż interwencjonizm organizacyjny, nadający kierunek więzi umownej (le dirigisme contractuel), jest najzupełniej niezależny od charakteru ustroju politycznego: „il s'affirme dans tous les pays, sans distinction entre les régimes politiques libéraux et les organisations totalitaires“⁷⁶⁾.

Nadanie kierunku, nadrzędność dyrekcji przejawia się nietylko w bezpośredniej interwencji ustawodawczej, lecz również zaobserwować się daje w twórczości orzecznictwa (dirigisme jurisprudentiel). Orzecznictwo tworzy nieprzewidziane przez strony supperaddita w treści umów, o których kontrahenci mogliby pomyśleć, ale w rzeczywistości nigdy o nich nie myśleli. Ztąd stworzenie nowej koncepcji nieprzewidywalności (imprévision) i przywrócenie do życia

⁷⁴⁾ Cruet, j. w., str. 293, Ripert, j. w. str. 270: „nous assistons à une décadence de la souveraineté du contrat“.

⁷⁵⁾ Zob. Renard, La théorie de l'institution, 1930, str. 444 i n. i jego uwagi w związku z teorią Hauriou, str. 472 uw. 1.

⁷⁶⁾ Josserand, Cours II, str. 224.

konstrukcji klauzuli rebus sic stantibus⁷⁷⁾. Interwencja ustawodawcza sięga dalej, skutki jej są bardziej radykalne; może ona dezorganizować życie gospodarcze; nikt jednakże — niezależnie zresztą od ustroju politycznego — nie przeczy konieczności tej interwencji. Jeśli jest racjonalnie pomyślana, jeśli nie prowadzi do zupełnego unicestwienia autonomii wówczas może uspołecznąć egoizmy gospodarcze. Należy pamiętać o konieczności dobrej wiary i o stosowaniu zasady pacta sunt servanda, gdy rozwój gospodarczy powoduje zwiększenie zobowiązań umownych, intensyfikację ich treści i rozszerzenie zasięgu ich działania. Czyżbyśmy mieli do czynienia z kryzysem rozwojowym (*crise de croissance*), nie zaś z kryzysem inwolucyjnym?⁷⁸⁾.

⁷⁷⁾ Josserand, Cours II, str. 225, 226, Ripert, j. w., str. 307, 308, Perreau, Une évolution vers un statut légal des contrats, Recueil Gén y, II, str. 365: „...la plupart des dispositions des lois fixant ne varietur les effets d'un contrat sont élargies par la jurisprudence“.

⁷⁸⁾ Por. konkluzję Josseranda, Cours II, str. 228: „organisation et socialisation du contrat, oui; désorganisation et anarchie contractuelle, non“; również Josserand, L'essor moderne du concept contractuel, Recueil Gén y, II, str. 333 i n.

XI.

AUTONOMIA NA ROZDROŻU.

Zakreślenie granic dowolności jednostek nie jest wyłączeniem ich własnowolności⁷⁹⁾. Oczywiście, zachodzi niebezpieczeństwo, że względne wartościowanie praw jednostkowych może je znakomicie uszczuplić. Niebezpieczeństwo to jest groźne w epokach przejściowych; widzimy znamienne restrykcje uprawnień indywidualnych zarówno w demokracjach, jak i w ustrojach totalistycznych. W współczesnych demokracjach — jak powiada R i p e r t (j. w. str. 245): „Le peuple qui s'est emparé de la puissance politique ne tolère plus les puissances privées“. Totalizm prawicowy, stosownie do formuły „wszystko dla państwa (narodu) i wszystko przez państwo (naród)“, neguje, rzecz oczywista, władztwo jednostki. Czyż zresztą „puissance privée“ jednostki była w ustrojach stworzonych przez wielką rewolucję francuską czymś od struktury politycznej oderwanym? W istocie rzeczy, szło o zagwarantowanie umocowań, kryjących daleko idące uprzywilejowania gospodarcze trzeciego

⁷⁹⁾ Por. J o s s e r a n d, De l'esprit des droits et de leur relativité, II éd. 1939, str. 8—10.

stanu. Z władztwem prywatnym szła w parze niewola prywatna. Ideałem demokracji będzie rzeczywista, a nie formalna tylko, emancypacja jednostki w gospodarce społecznej; moment uspołecznienia wskazuje na konieczne ograniczenia władztwa prywatnego.

Jakkolwiek bądź i abstrahując od dziś wątpliwych możliwości zupełnego sharmonizowania autonomii z interwencjonizmem — uznać należy, że zmiany w strukturze prawa prywatnego nie były jego destrukcją. Pozostaje ono nadal kośćcem produkcji, wymiany i podziału dóbr; te procesy gospodarcze nie zostały oderwane od żywej jednostki.

Może właśnie dlatego, że widzimy wzrastającą potęgę państwa — tęsknota za prawem słusznym chce widzieć w uporządkowaniu prywatnym najdoskonalszy przejaw idei prawa. J o s s e r a n d nadaje temu właśnie uporządkowaniu charakter „prawa par excellence“⁸⁰⁾.

Mechanizacji układu gospodarczego odpowiada tendencja cywilistyki do tworzenia ocen przeciętnych, do ustalania standardów prawnych i klauzul generalnych. W krajach, które nie uznają niezależności sędziowskiej — klauzule generalne i standardy mogą uchodzić za niebezpieczne. W istocie rzeczy, jest ich zadaniem ustalenie harmonii między stałością normy a zmiennością sytuacji konkretnych. Można je określić jako przeciętne oceny zachowania się społeczne-

⁸⁰⁾ J o s s e r a n d, Cours de droit civil positif français, T. I, 1938, str. 15: „il constitue l'armature même et la base de la jûricité“.

go, ustalane przez praktyczne doświadczenia sądów. Nie są one zresztą żadnym novum konstrukcyjnym; czasy nowe przekształciły znane sprawdziany prawa rzymskiego, nadając im zasięg szerszy (zob. np. pojęcie nieprzewidzialności — *prévision raisonnable*, *difficulté excessive*, — ważnych powodów, nadużycia, *due care* w prawie anglosaskiem itd.)⁸¹). Nie można w nich widzieć sprzeczności z zasadą autonomii; są one raczej jej regulatorem wobec zmienności sytuacji, tworzonych przez własnowolność jednostek.

Mechanizacja życia wywiera wpływ nietylko w zasięgu własnowolnych działań, uznanych przez normy prawa przedmiotowego; jej wpływ przejawia się również w dziedzinie działań sprzecznych z normą (czyiny niedozwolone). Można mieć wątpliwości, czy odpowiedzialność z tytułu umownego i z tzw. deliktu cywilnego daje się sprowadzić do wspólnego pojęcia odpowiedzialności wogóle; nie wchodząc w rozważanie tego zagadnienia, podkreślimy jedynie, że nowe ukształtowania odpowiedzialności rozumiane są jako wyłączające sprawdziany winy, a więc oderwane od podmiotowej oceny postępowania jednostki. Wyłączenie odpowiedzialności podmiotowej ma być rzekomo wyrazem głębokiego kryzysu prawa prywatnego. Prawo współczesne — powiada Ripert — (j. w., str. 333, str. 365) przesuwając punkt ciężkości ocen na poszkodowanego, nie zaś na sprawcę szkody i wyłącza zupełnie kwestię indywidualnego przypisania. Przez zastąpienie pojęcia odpowiedzialności pojęciem od-

⁸¹) Zob. Al - Sanhoury, *Le standard juridique*, *Récueil Génys*, II, str. 144 i n.

szkodowania, odbiega się od konstrukcji winy podmiotowej na rzecz faktu i z wyłączeniem „ingredjencji osobistych”⁸²⁾. Ztąd współczesne teorie odpowiedzialności z tytułu ryzyka (*risque crée*) w najrozmaitszych jego postaciach. Zważmy jednakże, że nawet w najdalej zmechanizowanym układzie życia odpowiedzialność, oparta na kwalifikacji winy lub nieostrożności, nie będzie wyłączona. Zresztą, przy odpowiedzialności przedmiotowej mamy do czynienia ze swoistym wartościowaniem typowych ocen w zastosowaniu do postępowania jednostek w warunkach przez nie stworzonych. Oceny przewidzialności i możliwości uniknięcia pewnych skutków w zastosowaniu do typów działania przeciętnego prowadzą do wniosku, iż odpowiedzialność podmiotowa i przedmiotowa nie są antytezami. Odpowiedzialność z czynów niedozwolonych częstokroć ocenia się według wskazań typowych dla danej kategorii osób nawet, jeśli idzie o winę lub nieostrożność⁸³⁾. I tu więc zachodzi stosowanie pewnych standardów; wywołane przez konieczność życiową nasilenie odpowiedzialności wymaga oceny surowszej dla pewnej kategorii osób.

Ustawodawstwa rewolucyjne oderwać się chciały od podmiotowego ujęcia odpowiedzialności; wszakże przekonały się rychło, że wyłączność przedmiotowej

82) Jossierand, T. II, str. 353: „ce n'est plus en tant que coupables que nous devenons responsables, mais en tant que „faiseurs d'actes“.

83) Por. Schreier, Schuld und Unrecht, 1935, str. 44, str. 77, str. 156: „die Pflicht, den Vertrag zu erfüllen, regelt sich nach dem handelnden Individuum, die Schadenersatzpflicht nach dem in Betracht kommenden Typus“.

oceny, wprowadzenie w życie bez żadnych zastrzeżeń zasady przyczynowości i odpowiedzialności za skutek nie da się całkowicie urzeczywistnić. Odpowiednio do takiego ujęcia zredagowane zostały przepisy sowieckiego kodeksu cywilnego z roku 1922-go. (§ 403 i 404); teoria dopatrywała się w tych przepisach bezwzględnego zwycięstwa odpowiedzialności przedmiotowej⁸⁴). Ale już po upływie kilku lat przekonano się, że bezwzględność zasady „ryzyka“ jest niezyciowa. Stuczka zwrócił uwagę na pierwsze ostrzeżenie, dane przez praktykę sądową, która wyinterpretowała art. 403 w duchu „burżuazyjnej“ teorii winy⁸⁵). Wszakże w rozumieniu pierwszych interpretatorów kodeksu zarówno teoria winy, jak i teoria ryzyka oceniane były jako szkodliwe przeżytki burżuazyjne, wymyslane rzekomo w celu „zwolnienia posiadających od wszelkiej innej odpowiedzialności poza odpowiedzialnością majątkową“. (Stuczka j. w. str. 145). Proponowano naówczas wprowadzenie oryginalnego sprawdzianu „działań lub zaniechań społecznie szkodliwych“ przy zwolnieniu sprawcy z odpowiedzialności, jeśli postępowanie poszkodowanego było społecznie niebezpieczne lub tylko społecznie szkodliwe. Takie ujęcie było wyminięciem zagadnienia, albowiem kwalifikacja szkody przez charakterystykę działania wskazywała właśnie na napięcie woli jednostki w stosunku do „bonum commune“.

⁸⁴) G o j c h b a r g, Choizajstwiennoje prawo R.S.F.S.R., T. I. Graždanskij kodeks, II wyd., 1923, str. 125 i n.

⁸⁵) S t u c z k a, Kurs sowietskawo graždanskawo prawa. T. III, 1931, str. 149 i n.

Dialektycznie tedy: negacja dobra staje się jego afirmacją, jeśli czyn ujemny jest odparciem negatywnego nastawienia strony biernej, poszkodowanej. Omawiane sformułowanie pozornie tylko odbiegałoby od tekstu art. 403 Kod. cyw., który, stanowiąc odpowiedzialność przyczynową, wyłącza ją, o ile „szkoda powstała skutkiem umyślności lub dużej nieostrożności poszkodowanego“. W rzeczywistości, art. 403 jest odwróceniem podstawy odpowiedzialności — niejako „do góry nogami“: wyłączona po stronie aktywnej zasada winy zostaje przywrócona, gdy można ustalić winę po stronie biernej.

Sprawdziła się stara przestroga: *cave a consequentiis*. Nie minęło piętnastolecie od chwili ogłoszenia Kodeksu cywilnego, gdy nowa doktryna, odrzucając rewolucyjne (dziś kontrrewolucyjne) koncepcje obiektywizacji odpowiedzialności, wraca do indywidualistycznych pojęć winy i nieostrożności. W tym nowym duchu rozumiany jest art. 403. Nie idzie o to, ażeby zrzadzona szkoda została, według ocen użyteczności zbiorowej, rozłożona czy wyrównana; w prawie prywatnym rozstrzygać winno przełożenie zrzadzonej szkody na sprawcę⁸⁶⁾.

Ironia dialektyki sprawiła, że zwolennicy kolektywizacji życia przywrócili pojęcie własnowolności nawet w jej negatywnym przekroju (czyny niedozwolone). Byłoby wysoce niecelowe obciążanie jednostki skutkami takich czynów, których w żaden sposób nie można kwalifikować, jako wywołanych przez jej winę lub nieostrożność. Spowodowałoby to „obniżenie

⁸⁶⁾ Zob. „Grazdanskoje prawo“, T. II, str. 393.

aktywności“, „rozkład psychiki“, „stępienie poczucia odpowiedzialności“.

Taka jest charakterystyczna motywacja nowej polityki cywilnej. Ztąd płynie wywód: że prawu prywatnemu nie może być obca osobowość ludzka z jej odrębnością cech, że nie może mu być obca psychika ludzka, albowiem pominięcie ocen woli byłoby sprzeczne z koniecznym ustosunkowaniem się do wartości jednostek⁸⁷⁾. Ztąd płynie znamienna rehabilitacja pojęć winy i nieostrożności, jako przesłanek deliktowych. Nie znaczy to, iżby odpowiedzialność przedmiotowa miała być wyłączona; art. 404 K. C. oparty jest na znanym zresztą ustrojom burżuazyjnym pojęciu zwiększonego niebezpieczeństwa. Wszakże, gdy twórcy Kodeksu i jego egzegeci uznać chcieli zasadę przedmiotową za punkt wyjścia motywacji⁸⁸⁾, nowa doktryna zajmuje stanowisko wręcz odmienne. Ocenia ona podstawę motywacyjną odpowiedzialności przedmiotowej właśnie z punktu widzenia podmiotowego; zbliża się więc do typologii prawników burżuazyjnych. Nadaje się przepisom kodeksowym sens zgoła różny od tego, który mieli na celu ich twórcy; odrzuca się pogląd, uzasadniający odpowiedzialność przedmiotową, względem na celowość obciążenia zysku ryzykiem strat; nie widzi się możliwości przyjęcia poglądu o tzw. „risque créé“, który nie odpowiada warunkom gospodarki socjalistycznej. Odpowiedzialność przyczynowa z tytułu zwiększone-

⁸⁷⁾ Zob. „Grazdanskoje prawo“, T. II, str. 393, 394.

⁸⁸⁾ Stuczka, j. wyż., str. 151: „nowa sowiecka zasada prawa cywilnego“.

go niebezpieczeństwa oparta jest na obowiązku wzmożonej rozwagi i pilności (bдитelnost) osób odpowiedzialnych — łącznie z ewentualną niemożnością ustalenia winy w konkretnym przypadku⁸⁹⁾.

Nie rozważam słuszności takiego uzasadnienia odpowiedzialności; wystarczy stwierdzenie nawrotu do indywidualizmu.

Tak się zamyka — oczywiście tymczasowo — cykl dyalektyczny. Idea wartości jednostki, istotnej podstawy prawa prywatnego, wychodzi zwycięsko z walki. Być może, że jest to epizod, bynajmniej nie epilog. Wszakże znamienne jest, że determinizm przyczynowy został zastąpiony przez kwalifikację winy i nieostrożności.

W przełomie współczesnym dopatrzeć się można pewnych konturów nowych ukształtowań cywilistycznych. W ustroju sowieckim te kontury nie odbiegają od znanego trójpodziału klasycznego: osoba — własność — umowa. Zmieniła się, oczywiście, treść tych form; również pojęcie autonomii ma odmienny zasięg. Te przemiany treści mogą zagrażać niezależności prawa prywatnego; stać się to może nie tylko bezpośrednio, jak to widzimy w Z. S. R. R., gdzie umowy zawierane pomiędzy upaństwowionymi przedsiębiorstwami tylko formalnie podlegać mogą kwalifikacji kontraktowej; w rzeczywistości, są one zabiegami technicznymi gwoli urzeczywistnieniu generalnego

⁸⁹⁾ Por. Gojchbarg, Peretierskij i Tettenborn, Graždanskij kodeks R. S. F. S. R. (Komentarz zbiorowy) T. III, 1924, p. wywody pod art. 404, str. 89 i n. — również Graždanskoje prawo, T. II, str. 401, 402.

planu gospodarczego. W krajach zarówno demokratycznych, jak i totalnych cele skoncentrowanej gospodarki osiągane są w sposób odmienny, przy czym zamierzenia planu urzeczywistniane są przy zachowaniu pewnych pozorów. Pozory te polegają na korzystaniu z form cywilistycznych przy ukrytym wyłączeniu zasady autonomii. Gospodarka zbiorowa korzysta z form prawa prywatnego, wyłączając jednakże współrzędność jednostek prywatnych. Nie jest to techniczna fikcja, zgodnie z którą państwo działa jako fiscus i jego stationes. Ta fikcja jest niewinną zabawką w porównaniu z nowoczesnymi formacjami przedsiębiorstw, które w postaci tzw. organizacji mieszanych panują nad inicjatywą prywatną.

Państwo, działając jako jednostka z własnej woli zrównana z pospolitą masą podmiotów prawa prywatnego, korzysta z ukształtowań temu prawu właściwych w celu ziszczenia zamierzeń władczych, niewspółmiernych z aktami zwykłej gestii. Państwo, dzięki formom prawa prywatnego, uzyskuje przewagę w zrzeczeniach gospodarczych, stosuje nakazy pod pozorem autonomicznych objawień woli i, dzięki swej przewadze, narzuca kierunek woli pseudokontrahentom oraz osobom trzecim. Państwo jest tylko pozornie przedsiębiorcą prywatnym. Słusznie zauważono, że ten sposób pośredniej akcji interwencyjnej prowadzi do wyjałowienia prawa prywatnego⁹⁰). Gdy zjazd prawników szwajcarskich w r. 1938 zastana-

⁹⁰) Zob. O f t i n g e r, Gesetzgeberische Eingriffe in das Zivilrecht, Zeitschrift für schweizerisches Recht, 1938, str. 684a (Aushöhlung des Privatrechts).

wiał się nad wpływem nadzwyczajnych zarządzeń ustawodawczych na obowiązujące prawo cywilne — dwaj główni sprawodawcy (*Comment i Oftinger*) te właśnie objawy uważali jako najbardziej zagrażające idei autonomii. Nawet w tym kraju klasycznej demokracji spotykamy się z patologicznymi ukształtowaniami: zawodowym czy gospodarczym zrzeszeniom, zorganizowanym w formie prywatnoprawnej, nadaje się umocowania natury publicznej zarówno w zastosowaniu do ich członków (częstokroć przymusowych w imię zasady „*compelle intrare*“), jako też do osób trzecich przez tworzenie monopolów⁹¹⁾. Jeśli dla Szwajcarii tego rodzaju uporządkowania uważane są za wyjątkowe — w krajach totalizmu stają się one coraz częstsze. Zamierzenia prawego totalizmu szły rzekomo po linii zachowania inicjatywy prywatnej, a więc uznania ważności indywidualnych czynności prawnych; jednakże planowość, kolektywizacja życia gospodarczego powodują ustawiczne zwięzanie się rezerwatu autonomicznego. Ustroje klasycznej demokracji — wobec presji zewnętrznej — również muszą się przystosowywać do klimatu interwencyjnego. I w tej walce zdarza się często, że idea autonomii zatracą się zupełnie. „*Il faut se soumettre ou se demettre, contracter comme le veut la loi ou*

⁹¹⁾ *Oftinger, j. w., str. 686a „Uebertragung öffentlicher Funktionen auf Assoziationen, die formell in privatrechtlichen Formen gegründet werden und existieren“.* *Comment, Les atteintes portées au droit civil par des mesures législatives exceptionnelles, Z. f. schweizerisches Recht, 1938, str. 472a: „fondés sur le droit privé par la forme, ces organismes remplissent les tâches de l'État“.*

ne pas contracter⁹²⁾). Nie ma wolności umów, pozostaje jedynie wolność niezawierania umów, co w praktyce bywa często niemożliwe.

Pozorne wykorzystywanie form prawa prywatnego jest objawem naprawdę zatrważającym. Ten objaw świadczy o charakterystycznym niepokoju i niezrównoważeniu czasów dzisiejszych oraz o zakłamaniu epok przejściowych — w ich dążności do zachowania pozorów. Doktryna klasyczna wychodziła z założenia, iż stosunki prawne między jednostkami podlegają in dubio regulacji autonomicznej. Teraźniejszość zasadę tę odwraca: stosunki te nie są rzutowane na płaszczyznę wolności akcji i tworzenia skutków prawnych — in dubio podlegają one bezpośredniej regulacji publicystycznej. Jeżeli owo „dubium“ w tym drugim twierdzeniu zostanie usunięte i jako „certum“ uznamy wyłączność regulacji publicystycznej — wówczas, oczywiście, pożegnać się wypadnie z prawem prywatnym. Odwieczny proces historyczny, wiodący od kodeksu Hammurabiego przez XII tablic i corpus juris — przez decentralizm średniowiecznego prawa zwyczajowego — do kodyfikacji napoleońskiej i schyłkowych kodeksów XIX wieku zostanie zamknięty.

⁹²⁾ Comment, j. w. str. 478a.

XII.

PODSTAWOWE KONSTRUKCJE PRAWA CYWILNEGO W USTROJU SOWIECKIM.

Słyszcy się niejednokrotnie, że tzw. myślenie cywilistyczne, do którego — dzięki tradycjom Rzymu — przywykła cywilizacja zachodnio-europejska, nie powinno przekraczać zakreslonych przez „naturę rzeczy“ granic. Uchodzi za bardzo modne podkreślanie szkodliwości tego myślenia, gdy jest ono stosowane do dziedzin prawa, legitymujących się odmienną treścią lub odrębnym zasięgiem sankcji. Mówi się o niedopuszczalności konstrukcji cywilistycznych w dziedzinie prawa publicznego, odrzuca się je w prawie karnym, neguje w administracyjnym i międzynarodowym. Zapomina się wszakże, że struktura normy jest jednolita, że zróżnicowanie treści wpływać musi jedynie na specyficzność sankcji (restytucja i egzekucja w odróżnieniu od kary, nieważność w odróżnieniu od egzekucji, samopomoc jako rodzaj sankcji); pewien wpływ wywiera bliskość czy oddalenie poszczególnego unormowania od tzw. końcowych punktów poczytania. Inny będzie wygląd normy, dotyczącej klauzuli rebus sic stantibus w prawie narodów — inny w prawie handlowym; inny co do niezgodności

ustawy z konstytucją i odmienny przy ocenie nieważności aktu kupna-sprzedaży. Zresztą nie rozumiano nigdy à la lettre transpozycji ujęć cywilistycznych.

W krajach, które przez przewycięzenie „demokracji“ doszły do ustroju totalitarno-autorytatywnego, rehabilitacja prawa prywatnego spowodowała przywrócenie myślenia cywilistycznego.

Aczkolwiek dyktatury nie przewyciężyły głębokiego kryzysu czasów współczesnych, ich apologeci uważają już osiągnięte uporządkowanie sfery prywatnej jako etap zakończony; temu uporządkowaniu odpowiadać muszą adekwatne konstrukcje cywilistyczne.

A więc, może szczerze, a może contre coeur, wraca się do dawnych wzorów.

Demokracje są zupełnie szczerze. Profilaktyczne i lecznicze zabiegi przeciwkryzysowe uważane są przez nie za odstępstwo od tradycyjnych kanonów cywilistyki; w współczesnych ukształtowaniach kryzysowych nie widzi się bynajmniej rozwiązań harmonijnych i ostatecznie skryształizowanych.

I tu zastanawiający będzie znamieny paradoks: ustroje totalistyczne uważają, iż tylko one zdołały urzeczywistnić prawdziwą, a nie tylko formalną, demokrację. Ten paradoks najjaskrawiej przejawia się „po stronie lewej“. Gdy współczesna konstytucja Z. S. R. R. ma być wyrazem prawdziwej, bezklasowej, powszechnej demokracji — stworzone zostały przez to najlepsze warunki dla rozwoju jednostki; dlatego też będzie zadaniem prawa prywatnego zagwarantowanie wolności i równości rzeczywistej. Zgodnie z zapowiedzią konstytucji stworzona ma być

ogólno-związkowa kodyfikacja prawa cywilnego. Współczesni władcy twierdzą, iż będzie ona najdoskonalsza, nie mająca sobie równej. Przyszłe ustawodawstwo ziścić ma ideał „formalnej“ demokracji: wolność i równość każdego w wolności i równości wszystkich.

Przewroty prawicowe były (aczkolwiek zaprzeczają temu ich twórcy) tylko wariacją starych melodii burżuazyjnych czy drobno-mieszczańskich — z podkreśleniem tendencji imperialistycznych i w uwzględnieniu najrozmaitszych mitologii legitymujących. Ustrój rosyjski znajduje się — jak twierdzi urzędowa doktryna — w okresie przejściowym od socjalizmu do komunizmu. Faszyzm i narodowy-socjalizm, przekształcając przeszłość, powracają jednakże do niej; komunizm rosyjski czyni to samo, aczkolwiek przeszłości nie przekształcił, lecz ją unicestwił. Dlatego też w tym materiale — dokładniej niż w jakimkolwiek innym — zaobserwować można nawrót do tradycji cywilistycznej.

Analiza przemiany na tle współczesnych prądów rzeczywistości rosyjskiej wymaga podkreślenia pewnych zasadniczych zastrzeżeń.

Zarówno sformułowania pozytywne, które znamiować mają nową statykę „najdoskonalszego“ układu, jako też ujęcia teoretyczne nowej doktryny — nie są prawdziwym odbiciem rzeczywistości. Są one częstokroć wyrazem nieziszczonych zamierzeń, może tylko „prawem programowym“. Są one poza tym nagięciem bardzo odpornej rzeczywistości do narzuconej przez przywódców ideologii. Ujęcia teore-

tyczne pozostają w służbie polityki; doktryna — zgodnie z nakazem z góry — przechodzi z przedziwną łatwością do negacji twierdzeń, które wczoraj były pewnikami, dziś zaś uważane są za absurdy.

Według sformułowanej przez Lenina charakterystyki dawniejszych rewolucji — prowadziły one w wyniku ostatecznym do wzmocnienia mechanizmu administracyjnego. Ta charakterystyka stosuje się aequo modo do przewrotu rosyjskiego: spowodował on nie tylko wzmocnienie, lecz przerost i wszechwładztwo przemożnej biurokracji.

Wystarczy wgłębienie się w teksty ustaw, dekretów, instrukcji, okólników i wyjaśnień, wystarczy przestudiowanie orzecznictwa sądowego, ażeby przekonać się, jak wielką jest rozbieżność normy (de visu harmonijnej i doskonałej) z rozdzźwiękami rzeczywistości. Literatura teoretyczna i dogmatyka prawa obowiązującego wywołuje wrażenie nie jakiegoś ścierania się prądów, ich sukcesji i infiltracji, lecz gwałtownych przeskoków od tezy do antytezy. „Zmiany warty“ są częste. Przeskok od niedawno wszechwładnej szkoły Paszukanisa, od teorii Gojchbarga, Krylenki i Stuczki do obowiązującego obecnie katechizmu Wyszynskiego i jego mniej czy więcej przymusowych uczniów — jest rzeczą dla umysłów zachodnio-europejskich niezrozumiałą. Dlatego też z najdalej idącymi restrykcjami analizować należy współczesną ocenę cywilistyki w Z. S. R. R.; nowocześni jej apologeti głoszą jej konieczność, nieodzowność i zbawienność (zob. tezy przyjęte na konferencji prawniczej w lipcu r. 1938 oraz materiały ogłoszone p. t. „Podstawowe zadania nauki

sowieckiego prawa socjalistycznego“, str. 176 n. — te-
zy N. 38 — N. 43).

Nie tu jest, oczywiście, miejsce na analizę gry sił politycznych i gospodarczych, oddziaływujących na ten odcinek prawny, w istocie rzeczy nie wiele znaczący. Możemy tylko zaznaczyć, że wpływ czynników politycznych jest w tej dziedzinie bardzo silny: wszelkie bowiem odstępstwo od wytycznej linii doktrynalnej kwalifikuje się nie jako błędzenie naukowe, lecz jako przestępstwo stanu.

W obradach prawników sowieckich nad zadaniami nauki prawa oraz nad ukształtowaniem przyszłej kodyfikacji prawa cywilnego widzieć się daje ustawiczne, poprostu natrętne podkreślanie prawomyślności, łącznie z przyznawaniem się do dawnego grzechu „kontrrewolucyjności“. Przy studium opracowań naukowych i protokołów obrad znajdujemy się w niesamowitej atmosferze terroru przekonaniowego. I godzi się zapytać, czy ów nawrót do „tradycji“ cywilistycznej rzeczywiście pozostaje w zgodzie z „sumieniem rewolucyjnym“ niektórych teoretyków?

Zgodnie z podstawowymi wytycznymi najnowszej doktryny należy odrzucić teorie, podejrzane o mieniszewizm, o prawe nastawienie, jako też o lewicowość (trockizm). Odrzucona zostaje możliwość nawiązania do rzekomo marksistowskiego przekształcenia psychologizmu Petrażyckiego (szkoła Reusner'a); nawet funkcjonalizm Duguit'a i Renner'a, uważanych dawniej za odnowicieli prawnictwa, uchodzi obecnie za szkodliwy; tych właśnie autorów uważa się za „szkodników“.

Przełom datuje się od chwili, gdy rozpoczęły się

prace nad projektem nowej konstytucji. Ze strony prawowiernych marksistów odzywały się głosy, że należy w ogóle „zlikwidować“ prawo i ustalić regulację życia zbiorowego według techniczno-celowych wskazań planowości. Przedstawiciele nowej myśli prawniczej atak ten odparli, wykazując konieczność praworządności, regulacyjnej mocy wskazań ustawowych, zagwarantowania praw obywatelskich w dziedzinie umocowań osobistych i majątkowych. Dogmatyczny swój wyraz znalazły nowe kierunki w dwutomowym, zbiorowo opracowanym, podręczniku prawa cywilnego („Гражданское право. Учебник для юридических Вузов“. T. I, 1938, str. 279, T II, 1938, str. 488); podstawowy wykład o przedmiocie i systemie prawa cywilnego wyszedł spod pióra profesorów Bratusia i Mikolenki.

Renowacja prawa prywatnego tłumaczy się nie tylko zmianą frontu w sprawach politycznych i gospodarczych. Wynikała ona również ze świadomości, iż dotychczasowy układ prawa cywilnego, ujęty przez oddzielne i niezupełnie identyczne kodyfikacje poszczególnych republik związkowych, powstał w chwili zainicjowania tzw. „nowej polityki ekonomicznej“ („Nep“); obliczony był raczej na możliwość zwalczania spekulacji prywatnej i nadużyć niż na zabezpieczenie podmiotowych praw obywateli. Z chwilą zupełnego upaństwowienia gospodarki — rozbieżność dwóch jej „sektorów“ (ta rozbieżność była, w swoim czasie, podstawą cywilistycznych konstrukcji Стучки) przestała istnieć. Zgodnie zaś z nową konstytucją, jednostki posiadać winny zagwarantowany zasięg umocowań co do zapewnień posiadania (zachowanie ma-

jątku osobistego) oraz co do wolności umownej. Celem urzeczywistnienia planu gospodarczego konieczne jest, ażeby stosunki pomiędzy jednostkami a organizacjami gospodarczymi (przedsiębiorstwa, spółdzielnie, artele, kołchozy) oraz pomiędzy tymi organizacjami inter se ujęte zostały w formy umowne (umowy generalne, lokalne, typowe, kontrakcje itd.). „Kontrburżuazyjne“ nastawienie obowiązujących kodeksów cywilnych nie odpowiada więc urzeczywistnionemu rzekomo szarmonizowaniu sił społecznych i gospodarczych „w bezklasowej zbiorowości“. Różnicowanie własności na własność zsocjalizowaną (państwową czyli ogólnonarodową) i spółdzielczo-kołchozową z jednej strony, zaś na własność osobistą z drugiej — usuwa możliwość konfliktów (doktryna unika kwalifikacji „czastnaja sobstwiennost“ i używa terminu „licznaja sobstwiennost“).

Przestarzałość obowiązujących kodeksów, milczące uchylanie licznych ustaw, które nie wytrzymały próby życia, niepożądana łatanina nowelizacyjna, luki prawa, hamujące rozgraniczenie działalności organizacji i jednostek, przy jednoczesnej inflacji dekretów — wszystkie te czynniki powodują konieczność ogólnozwiązkowej kodyfikacji (przewidzianej zresztą w konstytucji). Kodyfikacja ma stworzyć nowe ramy dla praw podmiotowych. I — jak twierdził „zlikwidowany wróg ludu“ K r y l e n k o („nawrócenie“ nie wiele mu pomogło) — nowa kodyfikacja nie będzie zbudowana na fundamentach kłamliwych konstrukcyj burżuazyjnych, ujmujących tylko formalnie wolność i równość jednostek; uwzględni ona strukturę najdoskonalszej zbiorowości socjalistycznej, uzna-

jąc „prawdziwie wolny“ zasięg aktywności indywidualnej⁹³).

Nowa doktryna uważa, iż stworzone przez nią koncepcje prawa prywatnego zewnętrznie tylko upodabniają się do wzorów burżuazyjnych i że pozostają w najzupełniejszej zgodzie z wskazaniami M a r x a i L e n i n a. Przystosowanie nowych teorii do wzorów przeszłości jest powszechnie znanym zabiegiem legitymacyjnym ex post. Odpowiedni dobór cytat i ich (właściwe czy niewłaściwe) oświetlenie przyczynia się do uniknięcia przykrych sprzeczności i stworzenia pewnej „euforii“. Nie o to zresztą idzie, czy istnieje zgodność nowej doktryny cywilistycznej z naukami M a r x a; chcemy jedynie zaznaczyć, że gwarancje, stworzone dla „sfery prywatnej“, znajdują się w sprzeczności z uporządkowaniem prawnym na odcinku zsocjalizowanym. Profilaktyka prawna ma na celu usunięcie eksploatacji i dąży do traktowania jednostki jako „celu samego w sobie“, nie zaś jako „narzędzia“; wszakże żadne najsubtelniejsze gwarancje nie zdołają usunąć możliwych rozbieżności. Już dzisiaj poszczególne instytucje prawne zawierają in nuce takie rozbieżności; zaznamy tutaj różnicowanie płac i wynagrodzeń, subordynacyjny czynnik przy kontroli świadczeń pracy, możliwość posiadania i „eksploatacji“ przy prawie zabudowy, ukształtowanie praw z najmu i dzierżawy, stosunki prawne w spółdzielniach i kołchozach, oparte na zasadzie zależności,

⁹³) K r y l e n k o, Graždanskij kodeks socialisticzeskawo obszczestwa, Problemy socialisticzeskawo prawa, II, 1937, str. 3—8.

możność korzystania z odsetek od kapitałów z tytułu oszczędności lub pożyczek państwowych, zachowanie prawa dziedziczenia ab intestato i z tytułu rozporządzeń ostatniej woli.

Dlatego też nie należy się dziwić, że współcześni apologetci nowego prawa prywatnego ustalają tezę o konieczności rozgraniczenia dziedzin prawno-publicznej i prawno-prywatnej. Twierdzą oni, iż normy prawa prywatnego są „osobną formą prawnego ujęcia stosunków, tworzących cywilną społeczność socjalizmu”⁹⁴).

A więc: zarysowują się kontury znanego pojęcia „społeczności cywilnej“ (bürgerliche Gesellschaft), którego istotę wykazał M a r x, odrzucając koncepcję H e g l a. Nowa szkoła powołuje się na definicję tej społeczności daną przez M a r x a w jego liście do A n n e n k o w a: „określony stopień rozwoju produkcji, wspólności i spożycia daje określony ustrój społeczny, organizację rodziny, stanów, klas — jednym słowem, określoną społeczność cywilną“. Nowa szkoła uważa, iż państwo (organizacja polityczna) zaniknąć może w bardzo dalekiej przyszłości; państwo

⁹⁴) Tak najwyraźniej M i k o l e n k o, j. w. str. 53, 54; por. również Graždanskoje prawo I, str. 12 i n. Prawo prywatne tym się różni od prawa publicznego, że reguluje stosunki społeczne o odrębnej treści, których podstawą jest specjalna forma objawionej woli indywidualnej (autonomia). Specyficzność pojęć prawnych i ich samoistność wyłącza „sprowadzenie prawa do ekonomiki“; pogląd S t u c z k i, który utożsamiał prawo z ekonomiką, jest — jak obrazowo powiada W y s z y n s k i j (Osnownyja zadaczi, j. w. str. 30) — „pograżeniem się w bagno ekonomicznego materializmu“ (sic! dosłownie: „bołoto ekonomiczeskawo materializma“).

umiera nie przez osłabienie swej potęgi, lecz dopiero po uzyskaniu najwyższego jej stopnia. Taka jest nowa dialektyka, uzasadniona przez Stalina i rozwinięta przez Wyszynskiego (zob. Osnownyja zadacz, j. w. str. 36, 37). Ale zapomina się o podstawowej przeciwstawności, która, według Marxa, charakteryzuje okres bytowania w walce klas w odróżnieniu od stanu idealnej bezklasowości. Zapomina się o wykresie rozwojowym układów: od państwa teokratycznego i państwa politycznego do państwa gospodarczego. Wówczas usunięte będzie rozszczepienie czynników politycznych i gospodarczych; wówczas osiągnięta będzie idealna synteza. Przewyciężona będzie antyteza „asocjacji“ i „represji“, prawdziwa zaś istota „sił społecznych“ nie będzie przesłonięta przez grę „sił politycznych“⁹⁵). Pojęcia „ustroju politycznego“ i „układu społecznego“ będą identyczne⁹⁶).

Jak widzimy, doktryna sowiecka różnicuje sferę „społeczności cywilnej“; będzie to społeczność „socjalistyczna“, która jako „aliud“ przeciwstawia się organizacji politycznej. W tym stanie rzeczy możliwa się staje również odrębność unormowania cywilistycznego. W ustroju quasi-komunistycznym sfera „cywilna“ (w swym zasięgu ograniczona) zostaje uznana jako samoistna i niezależna. W ustroju rewolucyj prawicowych negacja „forces propres“ jednostki po-

⁹⁵) Por. Sultan, Gesellschaft und Staat bei Karl Marx und Friedrich Engels, 1922, str. 84, 85.

⁹⁶) M. Adler, Die Staatsauffassung des Marxismus, 1922, str. 49: „In der Auffassung des Marxismus wird der Gegensatz von Staat und Gesellschaft aufgehoben“. str. 61: „Staat und Gesellschaft sind eine untrennbare Einheit“.

winna była prowadzić do zupełnego unicestwienia sfery prywatno-prawnej. Rzeczywistość jednakże jest odmienna: totalizm prawicowy musiał powrócić do tradycji — a to celem zapewnienia i zagwarantowania zdobyczy materialnych, przez własną „elitę“ osiągniętych.

XIII.

CYWILISTYKA SOWIECKA I JEJ POWRÓT DO TRADYCJI.

Doktryna sowiecka opiera swe konstrukcje na istnieniu odrębnej sfery ustosunkowań prywatnoprawnych; powraca ona do starych gwarancji, znanych w normalnych ustrojach burżuazyjnych. Podstawą tych gwarancji jest stałość, pewność, niewzruszoność prawa. Przywrócono do godności wysmiewany ideał ostrożności burżuazyjnej. Stale, natrętnie nawet, z naciskiem powtarza doktryna, że w nowo stworzonym ustroju konieczna jest stałość („stabilnost”) ustaw. Praworządność rewolucyjna jest konieczną przesłanką; wyklądania, nie bacząc na odwoływanie się do rewolucyjnej świadomości prawnej, winna szanować wskazania ustaw; wszelki nihilizm procesowy jest niewybaczalnym, kontrrewolucyjnym grzechem; przypisywanie sędziemu roli prawotwórczej — według wskazań sumienia rewolucyjnego — uchodzi za wysoce szkodliwe. Ideałem tedy staje się wskazanie „sécurité dans la paix“, owa burżuazyjna pewność⁹⁷⁾, która pozwala na rozporządzania się mie-

⁹⁷⁾ Zob. Heller, Die Souveränität, 1927, str. 19: „...die bourgeoise Sekurität..., jene formalpositivistische Le-

niem, na spożywanie w spokoju owoców własnej czy cudzej pracy. I tu znów doktryna sowiecka znajduje się w rozbieżności z ujęciami teorii narodowo-socjalistycznej; ta ostatnia bowiem objawia znamiennej predylekcję do konkretyzacji normy w zależności od poszczególnej sytuacji, do stosowania jej zgodnie z nakazami ducha narodowego — przy pogardzie do obiektywizacji ocen w przepisach ustawy.

Stałość i pewność ustawy staje się dla nowej doktryny fetyszem. Wyszynskij podkreśla z naciskiem, że bez stworzenia pewności nie może być mowy o istotnej obronie praw jednostek. Urzeczywistnienie celów dyktatury proletariatu dokonywać się winno w ramach ustaw, administracja zaś i sądy winny bezwzględnie szanować ustawy. Zasadnicza nierówność prawa nie została wprowadzić przewyższona w okresie przejściowym; dopiero najwyższy stopień uspołecznienia komunistycznego (certum an — incertum quando) nierówność tę przez całkowitą eliminację norm przymusowych usunie. Dziś zaś ustrój przejściowy — przez obronę praw jednostki — łagodzi nieuniknione niedomagania, właściwe każdemu unormowaniu zewnętrznemu⁹⁸).

Zasada pewności i bezpieczeństwa charakteryzująca, jak słusznie zauważył Max Weber, rozwój prawa cywilnego w epoce kwitnącego kapitalizmu,

galität, die lediglich einen Schutzwall bilden soll gegen den Ansturm proletarischer Ansprüche“.

⁹⁸) Zob. Wyszynskij, K położeniu na frontie prawowej teorii, 1937, str. 22 i n.; Woprosy prawa i gosudarstwa u K. Marxa, 1938, str. 38 i n.; Osnownyja zadaczi nauki sowietskawo socjalisticzeskawo prawa, 1938, str. 34 i n.

staje się na tle odmiennej scenerii główną wytyczną nowoczesnej cywilistyki sowieckiej. Zdawać by się mogło, że skrajni rewolucjoniści usunęli owe niedomagania, na które skarżył się burżuazyjny prawnik szwajcarski, bezsilny wobec wyjątkowych przepisów kryzysowych: „le sujet de droit doit vivre dans une constante incertitude“. (C o m m e n t, j. w. str. 271a). Rewolucje prawicowe natomiast zdają się wcielać hasło „niebezpiecznego życia“ również w zasięgu prawa cywilnego; co nie przeszkadza, iżby nie miały zarzucać ustrojowi sowieckiemu nieposzanowania ustaw i odmawiać cech prawności normom, stworzonym przez ten ustrój. I tu sprawdza się charakterystyka Nietzschego, kwalifikująca kłamstwo jako dopełnienie siły (die Lüge als Supplement der Macht). Zdaje się, że ani konkretyzacja prawicowa, ani też praworządność lewicowa nie odpowiadają prawu żywemu, istniejącemu w ustrojach autorytatywnych.

Nihilizm prawniczy, który charakteryzował niedawną jeszcze sytuację, zostaje — jak widzimy — kategorycznie odrzucony. Kategorialność prawa jest bezwzględnie uznana, dawne zaś jego namiastki uważa się obecnie za kontrrewolucyjną herezję⁹⁹).

Te wskazania mogą i powinny podlegać krytyce przez teorię, która prawdziwą, nie pozorną ważność

⁹⁹) Zob. P a w ł o w, Protiw wrieditielskich izwraszczenij w tieorji sowietskawo graždanskawo prawa (w zbiorze „Problemy socjalisticeskawo prawa“ Z. I, str. 54, 58 i n.), W o j t i n s k i j, Protiw izwraszczenij w tieorjeticeskoj rabotie po sowietskemu trudowomu prawu, loco eod str. 70, W y s z y n s k i j, O zadaczach nauki sowietskawo socjalisticeskawo prawa, l. eod. Z. IV, str. 3—9.

przypisuje idei prawa. Nie zdaje mi się wszakże, ażeby prawoznawstwo, służące celom faszyzmu i narodowego socjalizmu, posiadało naukową legitymację do zaprzeczania prawności unormowań sowieckich.

Czy i w jakim zakresie zasada legalności istnieje w ustrojach autorytatywnych — to zagadnienie wymagałoby bezpośredniej obserwacji, analizy żywego prawa w jego dynamice. Operując jedynie normą papierową, nie możemy uznać zarzutu prawników faszystowskich, jakoby już w samej istocie kodyfikacji sowieckiej kryło się zaprzeczenie zasady legalności. Kamieniem obrazy jest przepis art. 1 obowiązującego w R. S. F. S. R. kodeksu cywilnego; zgodnie z tym przepisem prawa cywilne chronione są przez ustawę, wyjąwszy przypadki, „gdy są wykonywane w duchu sprzecznym z ich gospodarczym oraz społecznym przeznaczeniem“. Ta klauzula powoduje jakoby „zniszczenie jednocześnie wartości normy prawnej, ustawy i samej treści subiektywnego prawa jednostki“. Tak twierdzi wybitny teoretyk faszyzmu Costamagna¹⁰⁰⁾.

Abstrahuję w zupełności od zestawień na tle rzeczywistości istniejącej praktyki prawa, która, jeśli można o niej sądzić na podstawie opublikowanego orzecznictwa najwyższych instancji sądowych Z. S. R. R., bynajmniej nie jest zgodna z idealnymi wskazaniemami pięknie pomyślanych konstrukcji. Niezależnie od

¹⁰⁰⁾ Costamagna, Pojęcie prawa faszystowskie a sowieckie, Wydawnictwa grup polskich porozumień prawniczych z zagranicą, Zeszyt 3, grupa prawnicza polsko-włoska, 1939, str. 13 i n.

tego, zarzuty przeciwko art. 1 mogłyby się stosować aequo jure do znanej narodowo-socjalistycznej, a więc pokrewnej faszyzmowi, doktryny tzw. konkretyzacji. Uważam poza tym, że nie posiada tytułu do krytyki ten, kto sam nanzeka na współczesne warunki włoskie: nazywa je najwyraźniej opłakanymi, albowiem nie otrząśnięto się jeszcze „z przesądów indywidualistycznego przeznaczenia prawa i bezwzględnej autonomii jednostki w wykonywaniu kroków sądowych“. Nie ma legitymacji do krytyki ten, kto uważa, że głównym wskazaniem wykładni prawa winien być wyłącznie interes „celu narodowego“; cel zaś ten może być tylko rozumiany przez „najwyższy czynnik polityczny“ (j. w. str. 16, 17). Zarzut braku gwarancji i zapewnień bezstronnej kontroli o tyle jest nie na miejscu, że rewolucje typu prawicowego są w zasadzie bardzo nieprzychylnie nastawione w stosunku do jakiegokolwiek gwarancji i kontroli; operują bowiem hasłami bezkrytycznego posłuszeństwa, mistycznej wiary i zupełnego oddania się nakazom „czynników najwyższych“¹⁰¹).

W istocie rzeczy, przepis art. 1 k. c. nie wyobraża żadnego novum i mógłby figurować w każdym kodeksie burżuazyjnym. W chwili wydania kodeksu art. 1 był pomyślany w celach profilaktycznych: szło, mianowicie, o zapobieżenie takiej wykładni kodeksu, która mogłaby sprzyjać spekulacji i obchodzeniu

¹⁰¹) Por. M a u n z, Die Staatsaufsicht (w wydawnictwie zbiorowym: Grundfragen der Rechtsauffassung, 1938), str. 85: „denn die Kontrolle ist nicht das Normale, sondern der pathologische Fall“.

przepisów przymusowych; szło więc o niedopuszczenie czynności prawnych formalnie dozwolonych, lecz dysymulujących eksploatację pracy, mających na celu wyzysk lub niedozwolone ograniczenia woli (art. 33 k. c. tzw. „kabalnyja sdielki“)¹⁰²⁾. Sąd Najwyższy R. S. F. S. R. stale interpretował art. 1 ścieśniająco; podkreślał wyraźnie konieczność socjalistycznej praworządności i miarkował zapędy sądów niższych. W istocie rzeczy, szło Sądowi Najwyższemu i doktrynie sowieckiej o skonkretyzowanie dobrze znanego w ustawodawstwach burżuazyjnych pojęcia „nadużycia prawa“. Nie ma w tym nic rewolucyjnego, jeśli pojęcie to interpretowano w rozumieniu finalistycznym. J o s s e r a n d zalicza postanowienie art. 1 do rzędu ograniczeń w wykonywaniu prawa, opartych na kryteriach funkcjonalnych w odróżnieniu od typu opartego na kryterium intencjonalizmu. Ograniczenia funkcjonalne znane są kodeksowi cywilnemu szwajcarskiemu, jako też najnowszym kodyfikacjom: nasz kodeks zobowiązań wyraźnie podkreśla cel, ze względu na który prawo danej osobie służy; a co ciekawsze, projekt nowego kodeksu włoskiego opiera się całkowicie na art. 74 dziś już zapomnianego włosko-francuskiego projektu kodeksu zobowiązań i operuje właśnie wskazaniami funkcjonalnymi („...scopo per il quale il diritto gli fu

¹⁰²⁾ Por. liczne wyroki Sądu Najw. R. S. F. S. R. — zob. Sbornik pod art. 30 i 33 k. cyw., str. 34—40; co do art. 1 zob. wyrok plenum S. N. z dn. 20 maja 1930, Sbornik, str. 23—26. Por. również T h a l, Die Schranken des Schutzes von Privatrechten nach § 1 des Zivilkodex der U. d. S. S. R., Ostrecht 1926, str. 402 i n.

riconosciuto“). Słusznie zaznacza J o s s e r a n d, że w projekcie ogólnej części polskiego kodeksu cywilnego prof. K o s c h e m b a h r - Ł y s k o w s k i sformułował zasadę nieważności zobowiązań sprzecznych z celem społecznym i gospodarczym, określonym przez prawo¹⁰³).

Nie ulega wątpieniu, że ustawodawca sowiecki, redagując przepis art. 1, kierował się modnymi wówczas w Rosji teoriami D u g u i t' a; nie ulega również wątpieniu, iż w chwili obecnej teorie te uznawane są nie tylko jako wysoce szkodliwe, lecz wręcz jako kontrrewolucyjne. Dziś relatywizacja normy, jej uzależnienie od funkcji społecznej uważane jest jako szkodliwa demagogia, która służy „zamaskowanym celom faszyzmu“, prowadzi do negacji prawa¹⁰⁴).

Zgodnie z duchem ustawodawstwa sowieckiego winien być wyłączony wszelki subiektywizm przy stosowaniu ustaw, a to celem stałości, pewności i bezpieczeństwa obrotu. Art. 3 i 4 kodeksu postępowania cywilnego, obowiązującego w R. S. F. S. R., nakazują rozstrzyganie sporów cywilnych zgodnie z ustawami oraz odpowiednio do zarządzeń władzy, wydanych w zakresie przysługującej jej kompetencji. W braku ustawy lub rozporządzenia Sąd rozstrzyga zgodnie „z ogólnymi zasadami ustawodawstwa sowieckiego i ogólną polityką rządu robotniczo-włościańskiego“.

¹⁰³) J o s s e r a n d, *Esprit j. wyż.* str. 287—294; o art. 135 k. zob. Marceli L e w y, *Nadużycie prawa według orzecznictwa francuskiego i prawa polskiego*, II wyd. 1938, str. 103—106.

¹⁰⁴) Tak — *expressis verbis*: *G r a ż d a n s k o j e p r a w o* T. I, str. 38, str. 164.

Kodeks cywilny szwajcarski odsyła in extremis do normy, którą sędzia byłby ustalił, gdyby był ustawodawcą (art. 1 ust. 2). Projekt czesko-słowackiego kodeksu cywilnego (§ 4) uważa za rozstrzygające przewodnie zasady sformułowanej w konstytucji sprawiedliwości, zgodnie z wolnością, przez porządek prawny miarkowaną, oraz zgodnie z równością wszystkich wobec ustawy. Formuły szwajcarska i czesko-słowacka dają oczywiste wskazania polityczne. Jest to zrozumiałe: sędzia, jako zastępca czy negotiorum gestor przypuszczalnego ustawodawcy, nie powinien odbiegać od wytycznej linii jego zamierzeń. Również w ustroju sowieckim sędzia nie może odchyłać się od zasadniczych wskazań ustawodawczych. Jednakże Sąd Najwyższy R. S. F. S. R. ostrzegał sądy niższe przed zbyt rozciągliwą wykładnią art. 4 kod. post. cyw.; jeszcze w zaraniu reformy konstytucyjnej wszechzwiązkowy Sąd Najwyższy w orzeczeniu plenarnym z dnia 28 października 1935 r. napiętnował wszelkie uproszczenia interpretacyjne i tzw. nihilizm prawniczy¹⁰⁵). Co więcej, gdy pewne rodzaje sporów cywilnych pomiędzy organizacjami gospodarczymi podlegają przymusowemu arbitrażowi państwowemu — praktyka tych sądów kierować się winna posłuszeństwem dla norm ustawowych; odstępstwa od normy w razie luki lub niedokładności są możliwe jedynie w zgodzie „z ogólnymi zasadami gospodarczej

¹⁰⁵) Zob. Sbornik razjaśnienij Wierchownowo Suda R. S. F. S. R. Wyd. IV, 1935, str. 153, 154: Instrukcja Nr 1/1926 — również Sbornik postanowlienij i razjaśnienij Wierchownowo Suda Sojuza S. S. R., 1936, str. 66 i n. — decyzja plenum z dn. 28 października 1935 r.

polityki państwa“. Aczkolwiek art. 2 ordynacji arbitrażowej, obowiązującej w R. S. F. S. R., nakazuje stosowanie przepisów, zgodnie z pomienionymi ogólnymi zasadami — jednakże urzędowi komentatorzy ordynacji są zdania, iż odwołanie się do tych zasad nastąpić może jedynie w przypadku luk w prawie. Wszelkie przeto wyrokowanie *ex aequo et bono* będzie wyłączone. I co więcej, wszelkie zmiany w umowach, zawartych przez strony, są niedopuszczalne, o ile ustawa inaczej nie stanowi¹⁰⁶).

Jeżeli nowoczesna doktryna sowiecka wypowiada się za bezwzględnym poszanowaniem normy stanowiącej, jeżeli uważa praworządność za konieczną — czyni to ze względu na zagwarantowanie i skuteczną obronę praw jednostki. Obrona ta ściąga się do zastrzeżonej autonomii majątkowej, przy czym wyrazownictwo sowieckie mówi niechętnie o własności prywatnej, podstawiając na jej miejsce pojęcie „własności osobistej“. Jednostka staje się prawdziwym podmiotem ustosunkowań prawnych¹⁰⁷). Jeśli jednostka i zbiorowość są nierozdzielne, nie należy uważać, iżby jednostka miała być tylko funkcją pochodną lub też jakimś dodatkiem do kolektywu. Oczywiście, istota zastrzeżonych i zagwarantowanych praw prywatnych różni się — ze względu na specyficzność

¹⁰⁶) Zob. obszerne wywody w komentarzu „Arbitraż w sowieckim choziajstwie“ (pod redakcją Możejki i Szkundina), 1938, str. 10 i n., str. 25 i n., str. 177 i n.

¹⁰⁷) Zob. Amfitieatrow, O sostojanji tieorieticzeskoj raboty po sowieckomu graždanskomu prawu, w zbiorze „Problemy Socjalisticeskawo prawa“, Z. I, str. 36, 46 i n., również: Graždanskoje prawo, T. I, str. 61—63.

ich treści — od układu burżuazyjnego. Nie istnieje bowiem kapitalistyczna własność prywatna, zaś prawnie uznana autonomia indywidualna oznacza wartości zupełnie odrębne. Jednakże, gdy pojęcie umowy zatracą się powoli w prawie burżuazyjnym — przekształca się ono w ustawodawstwie sowieckim na wartość samoistną.

Układ sowieckiego prawa zobowiązań polega — zdaniem doktryny — na organicznym związku osobisto-majątkowych praw obywatela z własnością zbiorową¹⁰⁸). Doktryna wyobraża sobie idealną syntezę, w której interesy jednostek nie przeciwstawiają się interesom całości, albowiem podstawą społeczeństwa jest własność zbiorowa. Stąd paradoksalna wypowiedź: prawo cywilne („graždanskoje“) przestaje być prawem prywatnym („czastnoje“).

Prawo zobowiązań dotyczy przede wszystkim wymiany i obiegu dóbr w stosunkach między jednostkami; odgrywa ono pewną rolę na niewielkim odcinku stosunków życia powszedniego. W szerszym zakresie umowa służy jako specyficzny instrument prawny, umożliwiający obywatelom uczestnictwo w zracjonalizowanej wytwórczości; system bezpośredniej partycypacji, bezpośredniej regulacji spożycia zostaje zarzucony. Jednostka wiąże się umownie z organizacjami gospodarczymi najrozmaitszych typów; rozumie się, że warunki tej partycypacji, co do istoty i jakości świadczeń (tzw. polityka cen), są uprzednio i regu-

¹⁰⁸) Por. Eliashevitch, *Le droit contractuel dans le système du droit soviétique*, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1938, str. 403—421.

laminowo ustalone; niedotrzymanie warunków przez organizację daje jednostce prawo skargi, przywrócenia do poprzedniego stanu, odszkodowania.

Nowa doktryna nadaje więzi umownej charakter samoistny — w odróżnieniu od poglądów propagowanych przez zwolenników tzw. prawa gospodarczego. Z emfazą i oburzeniem odpierane są wywody tych teoretyków, którzy twierdzili, iż tam gdzie istnieje wytwórczość regulowana — nie ma miejsca dla autonomii umownej.

Teza, zgodnie z którą „plan unicestwia prawo“, uchodzi obecnie za trockistowskie odstępstwo od doktryny partyjnej; dziś uważa się, że właśnie planowość gospodarstwa umożliwia stosowanie zasady autonomii. Skoro odrzuca się bezpośrednią dystrybucję dóbr i przywraca się handel — wówczas dla skutecznego wykonania planu będzie konieczna regulacja wzajemnych świadczeń; powstanie zaś, przebieg, zmiany, wygaśnięcie i sankcje więzi umownej mogą być regulowane jedynie „*via jus*“. Jest to niezbędne dla racjonalnego wykonania planu¹⁰⁹).

Zgodnie z tymi wytycznymi organizacje gospodarcze, oparte na zasadzie kalkulacji (tzw. „chozraszczet“), a również koperatywy i gospodarstwa zbiorowe (kołchozy) zawierają pomiędzy sobą umowy; „przyczyną“ tych umów jest wzgląd na cele planu; motywy egoistyczne, decydujące w ustrojach wolnej wymiany dóbr, nie są, oczywiście, miarodajne.

Wygląd stosunków obligacyjnych różni się zasadniczo od wzorów prawa kapitalistycznego. Nazwy

¹⁰⁹) Zob. „Grazhdanskoje prawo“, T. II, str. 35, 36.

form umownych pozostały wprowadzić identyczne; ale treść, którą formy te są wypełnione, odpowiada innej podstawie gospodarczej. Tożsamość formalna nie powinna wprowadzać w błąd. Rzeczą jest charakterystyczną, że skonstruowany przez Planiola podział świadczeń umownych (świadczenia dotyczące pracy, rzeczy i praw) nie odbiega od klasyfikacji, przyjętej przez Stuczka; Stuczka odróżnia bowiem zobowiązania dotyczące rzeczy (skrystalizowana lub przyszła praca) i dotyczące osób; jeśli o zobowiązaniach dotyczących praw (aliénations, nantissements, renonciations według klasyfikacji Planiola) Stuczka nie wspomina — pominięcie to tłumaczy się pomocniczą tylko rolą tych ukształtowań¹¹⁰). Jednakże typy klasyfikacyjne doktryny sowieckiej związane są ściśle z podbudową gospodarczą (co specjalnie podkreśla analiza Stuczki), natomiast w teorii Planiola (j. w. str. 488) niezależność typów od zróżniczkowań gospodarczych wyrażnie jest uwydatniona.

Studiując orzecznictwo sądowe oraz bardzo liczne oświadczenia urzędowe, łatwo przekonać się można, że rzeczywistość odbiega od sformułowań doktryny. Jeżeli dość często konstatuje się nadużycia, deformację i obejście norm, — wyobrazić sobie można, ile przypadków patologicznych zachodzi w życiu, przypadków nie podlegających zupełnie reakcji sądowej

¹¹⁰) Planiol, Classification synthétique des contrats, Revue critique de législation, 1904, str. 470 i n. O zmienności typów umownych — zob. Charmatz, Zur Geschichte und Konstruktion der Vertragstypen im Schuldrecht, 1937, str. 354 i n.

lub administracyjnej. Mogą te przejawy patologiczne stać się załączkiem nowego prawa; zresztą, ustawy starzeją się bardzo szybko, nieraz bezpośrednio po wejściu w życie. Najwyższe instancje sądowe wskazują nie tylko na niedociągnięcia i błędy w stosowaniu ustaw (w których, zresztą, wobec pędu do biurokratycznej twórczości trudno się zorientować), ale po prostu na ich umyślną i złośliwą deformację.

Ustawodawstwo sowieckie wykazało oryginalność koncepcji, tworząc typy umowne, które regulują powikłane i nieskoordynowane stosunki wzajemne organizacji gospodarczych. Na Zachodzie uregulowanie tych stosunków międzyorganizacyjnych nasuwa pewne trudności konstrukcyjne. Ale, gdy w Z. S. S. R. planowość gospodarki jest w teorii najdoskonalszym „continuum” — na Zachodzie widzi się w planowości raczej zabieg przeciwkryzysowy. Na tle pseudokomunizmu rosyjskiego powstają nowe typy umowne o oryginalnej strukturze; wszakże ich stosowanie w życiu prowadzi często do przykrych rozczarowań: wystarczy przestudiowanie praktyki arbitrażowej, ażeby się przekonać o uchylaniu się organizacji od stosowania częstokroć niewykonalnych przepisów prawa.

Skoro w stosunkach międzyorganizacyjnych uznano konieczność autonomii woli, takie postawienie kwestii wymagało zasadniczego wyjaśnienia, czy organizacje gospodarcze winny być uznane za samostne osoby prawne, zdolne do działań prawnych i za nie cywilnie odpowiedzialne w stosunku do jednostek i innych organizacji?

Niedoskonałe, mętne, skomplikowane ustawodaw-

stwo sowieckie na pytanie to nie mogło dać jasnej odpowiedzi. Stąd wahania praktyki sądowej, konieczność wyjaśnień, niepewność obrotu i zniekształcenie nowych typów umownych, nieodpowiednich w prymitywnych warunkach życia gospodarczego. Ta niepewność prowadziła często do dezorganizacji gospodarczej; szczególnie, gdy nie było wiadome, czy, w jakiej rozciągłości i zależnie od charakteru mienia organizacyjnego (fundusze nietykalne) przedsiębiorstwa ponosiły odpowiedzialność majątkową. Ani ustawodawstwo, ani praktyka sądowa nie znalazły rychłej na te pytania odpowiedzi; zresztą, nie spieszo się zbytnio. Gdy np. doktryna sowiecka stale zaznacza, że ustawa o trustach z dnia 29 czerwca 1927 r. jest przestarzała, gdyż nie reguluje odpowiedzialności majątkowej z tytułu zobowiązań, i gdy nawet postanowienie Rady Komisarzy Ludowych Z. S. S. R. z dnia 25 maja 1932 r. poleciło właściwym instancjom sprawę tę ostatecznie uregulować — owo pium desiderium nie zostało po dzień dzisiejszy ziszczone¹¹¹). Niezależnie od umyślnego niewykonywania zobowiązań umownych, sam proces wywiązywania się z przyjętych zobowiązań napotykał liczne przeszkody wobec nieustalonej konstrukcji stosunków kredytowych i płatniczych. Stworzono wprawdzie odrębne typy umów kredytowych i rozrachunkowych; zawiodły one w praktyce, co, jak zwykle, przypisane zostało sabotażowi i kontrrewolucyjnemu szkodnictwu.

¹¹¹) Bratuś, K problemie juridyckas kawa lica w sowietskomy graždanskom prawie, w zbiorze „Problemy socialistyckas kawa pravo“ Z. 3, str. 42 i n.

Ostatnie reformy w tym zakresie mają jakoby zapobiec brakom koordynacji przez stworzenie nowych typów umownych¹¹²).

Znane kontrowersje dogmatyczne o istocie osoby prawnej odżyły w praktyce i w doktrynie sowieckiej. Gdy odrzucono pogląd na tzw. rozszczepienie własności państwowej (własność przedsiębiorstwa jako pochodna własności państwowej i od niej niezależna) — powstały wówczas trudności określenia stosunków pomiędzy centralnymi organizacjami (trustami), a poszczególnymi ich elementami (przedsiębiorstwa, fabryki, filie). Przejście na system kalkulacji i kontrolowanej manipulacji funduszami państwowymi wymagało dokładnego określenia odpowiedzialności zarówno *ex contractu* jak i *ex delicto*. Te kwestie nasuwały duże trudności wobec konieczności rozwiązań zasadniczych: jak daleko sięga i do jakiego majątku ściąga się odpowiedzialność scentralizowanej organizacji trustów: czy trust odpowiada za podporządkowane mu w linii pionowej przedsiębiorstwa poszczególne; czy wydzielone fundusze przedsiębiorstwa, ulokowane w fabrykach, w magazynach, w filiach, odpowiadają majątkowo za zobowiązania trustu (odpowiedzialność z dołu w górę jako przeciwstawienie odpowiedzialności z góry w dół); kiedy mamy do czynienia z odpowiedzialnością główną, kiedy zaś z odpowiedzialnością pomocniczą; czy istnieje odpowiedzialność w poziomie tj. wzajemna poręka za zobowiązania przedsiębiorstw, wchodzących w skład

¹¹²) Zob. obszerny wywód w podręczniku „Grażdanske prawo“ T. II, str. 329—371.

trustów. Te kwestie były ciężkim orzechem do zgryzienia dla praktyki sądowej (okólnik instrukcyjny Sądu Najwyższego Z. S. S. R. z dnia 10 września 1935 Nr 4).

Ostatnio doktryna tworzy konstrukcję dwustopniowej kwalifikacji osobowości prawnej, odróżniając osoby prawne pierwszej kategorii (przedsiębiorstwa, oparte na zasadzie rentowności) i osoby prawne drugiej kategorii (organizacje centralizujące jak np. trusty, „torgi“, biura sprzedaży).

Wbrew tedy tendencjom szkoły prawa gospodarczego pojęcie podmiotowości prawnej kolektywów uzyskało prawo obywatelstwa¹¹³). Gdy ta kwalifikacja dotyczy również organizacji spółdzielczych i kołchozów schemat stosunków obligacyjnych będzie dość skomplikowany.

I właśnie stosunki umowne pomiędzy osobami prawnymi, jako samoistnymi podmiotami praw, stanowią specyficzną dziedzinę sowieckiego prawa zobowiązań. Tu będziemy mieć do czynienia z całym szeregiem skomplikowanych sytuacji prawnych. Przede wszystkim, w obrocie cywilnym osobowość prawna przysługuje państwu. Przedsiębiorstwa państwowe pomocnicze i posiłkowane przez budżet państwowy nie mają odrębnej osobowości — są one *stationes fisci*; natomiast osobowość prawna przysługuje finansowanym przez państwo organizacjom kulturalnym, jak

¹¹³) Zob. Bratuś, j. w., str. 46 n.; przyznanie się do grzechu negowania osoby prawnej, jako instytucji na wymarcu, str. 47 uw. 1; por. również „Graždanskoje prawo“, T. I, str. 77 (krytyka nihilistycznego ustosunkowania się do osobowości zbiorowej).

np. wszechnice, instytuty naukowe. Odrębna osobowość prawna, niezależna od osobowości prywatnoprawnej Skarbu, przysługuje przedsiębiorstwom państwowym (trusty itp.); pozbawione jej są wszakże przedsiębiorstwa, podlegające trustom i w skład ich wchodzące. Odrębną znów kategorię tworzą organizacje spółdzielcze (kołchozy, kooperatywy wytwórcze, budowlane, spożywcze, inwalidzkie) oraz związki kulturalne, naukowe itp.

Na tej kanwie organizacyjnej powstają ustosunkowania obligacyjne: 1^o) w relacji państwa do innych „nie skarbowych“ osób prawnych, 2^o) w zobowiązaniach przedsiębiorstw państwowych pomiędzy sobą, 3^o) w zobowiązaniach organizacji spółdzielczych pomiędzy sobą oraz 4^o) we wzajemnych relacjach kooperatyw i kołchozów do przedsiębiorstw państwowych¹¹⁴).

Ten schemat jest uproszczony, pominęliśmy bowiem komplikacje wynikające ze stosunków komórek gospodarczych, podporządkowanych najrozmaitszym centralom. Niemniej możemy stwierdzić, że odmiennosc podłoża gospodarczego nie wyłącza stosowania tradycyjnych ujęć prywatnoprawnych. Pojęcia umowy i autonomii wykazały swą żywotność i zdolność adaptacji.

¹¹⁴) Mikolenko, j. wyż., str. 54, 55, „Graždanskoje prawo“, T. I, str. 78 n.

XIV

WPŁYW TOTALIZMÓW NARODOWYCH NA KONSTRUKCJE PRAWA CYWILNEGO.

Przewrót rosyjski — czy go nazwiemy „rewolucją zdradzoną“, czy, jak chce doktryna urzędowa, „rewolucją doskonałą“ — znajduje się w okresie pewnego skryształizowania form gospodarczych. Przewroty „prawicowe“ nie osiągnęły jeszcze punktów szczytowych. Nie wiadomo, czy, operując hasłami bardzo radykalnymi, nie ziszcza w imię planowości gospodarczej „wywłaszczenia wywłaszczycieli“, czy nie połączą nacjonalistycznego wyznania wiary z przewrotem ekonomicznym. Trudno w chwili obecnej powiedzieć, jaką rolę w tych przewidywaniach odgrywać będzie irracjonalny czynnik imperialistyczny: konflikty wojenne są jednym z czynników przewidzianych, wszakże w skutkach swych nieokreślonych.

Wpływ doktryn „prawicowych“ na przekształcania prawa cywilnego nie skryształizował się ostatecznie. Nic dziwnego, skoro te ustroje znajdują się w stanie pogotowia wojennego — dalekie tymczasem od spożywania owoców przewrotu. W swym przygotowaniu i w swej akcji wzorowały się one quo ad formam na metodach rosyjskich; treść programów

była, oczywiście, antytetyczna, ale propaganda i walka o program operowały identycznymi zabiegami. Ale i tu i tam pomiędzy programem a jego wcieleniem w życie jest oczywista rozbieżność.

Ta zbieżność quo ad formam tym jaskrawiej uplastycznia również treść przeciwstawnych doktryn. Doktryny prawicowe widzą urzeczywistnienie swych celów w najwyższej jedności narodowej, bądź opartej na łączności etniczno-rasowej (kryterium „krwi“), bądź wynikającej ze wspólnej świadomości duchowej, zcementowanej w bytowaniu historycznym, złączonej wiarą w swe przeznaczenie, wyodrębnionej od innych, równolegle skonstruowanych ugrupowań.

W odniesieniu do prawa prywatnego czynniki narodowy odgrywa odmienną rolę w totalizmie prawicowym, inną zaś w współczesnym, pseudo-komunistycznym ustroju rosyjskim. Ale i totalizmy narodowe, jako takie, nie są w swych ujęciach jednolite. Faszyzm uznaje naród za wielkość stworzoną przez państwo; narodowy socjalizm, uznając prymat narodu, przypisuje mu wartość nadrzędną: państwo bowiem, jako aparat polityczny, pozostający w służbie monopartii, zostało stworzone przez naród.

Te dwie różne koncepcje nie pozostają bez wpływu na ukształtowania prawa prywatnego: wystarczy porównanie kodyfikacji faszystowskiej z twórczością narodowego socjalizmu — nawet przy pominięciu różnic w dziedzinach, pozostających pod wpływem tradycji (prawo małżeńskie i prawo rodzinne). Trudno ukryć przeciwstawność zasadniczą: bezwzględ- nego upaństwowienia prawa w faszyźmie i jego uniwersalistyczną, ponad terytorialną „szczepowość“

(wspólnota niemieckiej czci i krwi) w ustawodawstwie narodowo-socjalistycznym.

Nie możemy w tym miejscu rozważać zagadnienia, czy przewroty zachodnio-europejskie nie nadużyły wartości czynnika narodowego celem zagłuszenia motywów walki społecznej. Nie możemy również ocenić trafności prognozy Spenglera, wybitnego apologety nowych ustrojów, który uważał, że współczesne formy totalizmu są zwiastunami nadchodzącego imperializmu, w którym rozplynie się obecny nacjonalizm.¹¹⁵⁾

Podobieństwa i różnice totalizmów wywierają wpływ na poszczególne materie prawa prywatnego. Badanie tego wpływu nie jest łatwe, albowiem materia życia politycznego i gospodarczego znajduje się w stanie płynnym.

Zaznaczyć przede wszystkim należy, że dynamika przemian w środowiskach, opartych na wyłączności czynnika narodowego, nie oddala się w zasadzie od „wyklętych“ wskazań wielkiej rewolucji 1789 roku; nie oddala się również od przekształceń tej tradycji, związanych z walką klas i z ustępstwami „reformistycznymi“. Totalizmy prawicowe nie odstępują od uznania własności prywatnej nieruchomości

¹¹⁵⁾ Spengler, *Jahre des Entscheidung*, 1933, str. 165: „Die faschistischen Gestaltungen dieser Jahrzehnte werden in neue, nicht vorauszusehende Formen übergehen und auch der Nationalismus heutiger Art wird verschwinden“; por. również słuszną uwagę Rauschninga, *Die Revolution des Nihilismus*, 1938, str. 152, 153: „Der Nationalsozialismus hat die nationalen Motive missbraucht, um die sozialen in den Hintergrund zu drängen.“

i środków produkcji; mają jeszcze w estymie zasadę „świętości umów“ oraz autonomii prywatnej. Poza tym — inne będzie napięcie i intensywność przemian w środowiskach, które osiągnęły najwyższy stopień rozwoju technicznego i wyobrażają szczytowe punkty kapitalizmu; inne zaś będzie nastawienie w krajach opóźnionego kapitalizmu z przeważającym znaczeniem rolnictwa. Mieć również należy na uwadze różnice, zachodzące pomiędzy ustrojami, które już skorzystały z dobrodziejstw totalizmu, a ustrojami, które, zachowując pozory gwarancji demokratycznych, w ten czy inny, jawny czy ukryty sposób chcą się upodobnić do wzorów bezwzględnej synchronizacji życia zbiorowego.

Wychodząc z założenia, że główną wytyczną ukształtowań prawa prywatnego jest naród, jego dobro i służba dla niego, uważając poza tym, że jedynym źródłem prawa jest duch narodu (czy rasy) — teorie prawa narodowego przeciwstawiają swe tezy doktrynom liberalizmu i komunizmu. Te doktryny wyobrażają nastawienie wrogie, wyłączają jakiekolwiek punkty styczne¹¹⁶). Wrogość ta nie zna żadnych kompromisów — nie ma między nimi nic wspólnego: „il n'y a plus rien de commun que le glaive“, jak głosiła formuła proskrypcyjna komitetu ocalenia publicznego.

¹¹⁶) Zob. o tej przeciwstawności: Muszalski, O narodowe prawo cywilne, 1938, str. 21 n. Zestawienie piśmiennictwa polskiego (przeważnie programowego), dotyczącego prądów narodowych w prawie — zob. w miesięczniku „Prawo“, 1939, zesz. 1/2, str. 40, 41 („Bibliografia zagadnień polskiego prawa narodowego“).

Zapytać się godzi, czy narodowa podstawa prawa naprawdę nie może pozostawać w harmonii z kwalifikacjami „liberalizmu“ i „komunizmu“?

Pojęcie państwa narodowego wiąże się z najrozmaitszymi układami politycznymi i gospodarczymi.

Pojęcie „czystego“ liberalizmu przy nieograniczonym zasięgu uprawnień jednostki, uniezależnionych od wskazań „dobra publicznego“ nigdy nie było wcielone w życie. Natomiast, ustroje demokratyczne — zarówno przedwojenne jak i w czasach obecnych — nie negowały czynnika narodowego, miarkując stale nadużycia egoistycznego indywidualizmu. Władztwo jednostki, umocowanej do rozporządzania się dobrami gospodarczymi i do panowania nad wolą innych jednostek dzięki posiadaniu dóbr — dawno straciło swój charakter bezwzględny. Mylne z gruntu jest przypuszczenie, że w tych środowiskach „demoliberalnych“ wykładnia normy prawnej szła po linii wyłączności woli ustawodawcy. Przeciwnie: właśnie w tych ustrojach podmiotowa wykładnia uznana została za zgoła nie wystarczającą; zrozumienie, że konstruowanie fikcyjnej woli ustawodawcy jest zabiegiem pozornym i że norma „jako zgęszczony ośrodek zamarznętej myśli“ odrywa się od jej twórców¹¹⁷⁾ — stworzyło u schyłku wieku ubiegłego konstrukcję wykładni „przedmiotowej“. Jakże były głębsze przyczyny tego znamienego zwrotu, związanego

¹¹⁷⁾ Zob. Zajkowski, Wstęp do badań nad pojęciem interesu w prawie i procesie cywilnym (w zbiorze „Ogólna nauka o prawie“ T. I, 1936, str. 55 n.), Frydman, j. wyż., str. 196.

ze szkołą „wolnego prawa“ w Niemczech i z doktryną Saleilles'a i Géný we Francji oraz z potężnymi prądami myśli prawniczej anglosaskiej — wyjaśnił to najdokładniej Max Weber. Mylą się więc zwolennicy integralnego nacjonalizmu, jeśli przypuszczają, że tylko z nim idzie w parze wykładnia obiektywna. Doświadczenie niemieckie, teoria wyłączności woli wodza, bezwzględna zależność podwładnych organów („missi dominici“) przemawia raczej za uznaniem wykładni subiektywnej. I w ogóle wątpić należy, czy w ustrojach narodowo-totalistycznych możliwa jest wykładnia w rozumieniu tradycyjnym.

Przeciwstawienie idei narodowej — ujęciom liberalnym jest błędne; właśnie w dziedzinie prawa prywatnego wielka rewolucja francuska spowodowała „znacjonalizowanie“ układów prawnych. Jej zawdzięczać należy wielkie kodyfikacje narodowe. Że promieniowały one na zewnątrz i niekiedy były narzucane — nie znaczy to, iżby recepcje owe były niechętnie widziane; istnieje t. zw. *violencia haud ingrata*.

Dziwną ironią losów reakcja przeciwko rozbudzonym nacjonalizmom wyrażała się w czci dla „obcego“ prawa rzymskiego, aczkolwiek romantyczna teoria ducha narodowego odwoływała się do żywiołowej, spontanicznej twórczości ludowej; ale tej twórczości „monopolistycznymi“ prorokami mieli być wyłącznie... uczeni w piśmie prawnicy.

Że układy, oparte na przesłankach liberalizmu, nie mogły oddalać się od ideałów narodowych — wynikało to już ze splotu warunków historycznych.

Genezy bowiem pojęcia narodowości szukać należy w tych czynnikach politycznych i gospodarczych, które umożliwiły wyzwolenie mas z więzów ustrojów feudalnych i policyjno-absolutystycznych.

Wówczas stało się możliwe odróżnienie personalnego substratu państwa od wspólnoty narodowej (peuple — nation).¹¹⁸⁾ Właśnie, konstrukcje, oparte na zrozumieniu specyficznej istoty państwa, jako odrębnej struktury, ten dualizm mocno podkreślają, aczkolwiek wychodzą z założenia t. zw. „prawd demokratycznych“. Teoretycy myśli socjalistycznej, której przeciwstawia się nacjonalizm, uznają również niesporny prymat czynnika narodowego.¹¹⁹⁾

Gdy zwrócimy się do ustroju komunistycznego, będącego całkowitym zaprzeczeniem liberalizmu — i tu stwierdzić wypadnie, iż uwzględnia on znaczenie i wagę idei narodowej, rzutując ją na płaszczyznę prawa prywatnego.¹²⁰⁾ Jeśli upaństwowienie ziemi

¹¹⁸⁾ Zob. Heller, Staatslehre, 1934, str. 139, str. 162 n.: „Erst im Zeitalter des entwickelten Kapitalismus haben sich die Völker zu Nationen konstituiert“; por. również Joseph, Nationality, its nature and problems, 1929, str. 153 n. O związku współczesnego nacjonalizmu z kapitalizmem zob. Piron, Kryzys kapitalizmu, 1939, str. 111 n., str. 114: „Mistyka nacjonalistyczna, rozwijająca się obecnie wszędzie na świecie, z innego jeszcze powodu może doprowadzić do konsolidacji kapitalizmu — rozwój jej bowiem w znacznej mierze dokonał się kosztem zniszczenia mistyki marksowskiej“.

¹¹⁹⁾ Laski, A grammar of politics, 4 ed., 1933, str. 220, 221, ten prymat idei narodowej wyraźnie podkreśla: „and because it is exclusive, it seeks autonomy, even if autonomy involves economic sacrifices“.

¹²⁰⁾ Por. Heller, j. wyż., str. 136, str. 172 (o poglą-

i środków produkcji miałyby być sprzeczne z istotą idei narodowej — *aequo modo* należałoby to samo powiedzieć o programach radykalno-małomieszczańskich, które aprobują „unarodowienie prawa rzeczowego“. Różnice mogą polegać na tym, że istnieć będą odmiennie kwalifikowane kategorie osób z dobrodziejstw kolektywizacji wyłączonych („obcy“ pod względem klasowym lub etnicznym); również odmiennie może być ujęte rozumienie „dobra i pożytku narodowego“.

Istota „dobra narodowego“, jako równoważnika „dobra powszechnego“, odpowiednio kształtuje treść poszczególnych przepisów cywilistycznych. Dobro ogólne nie jest wszakże żadnym wskazaniem, zawierającym *in nuce* rozwiązania konkretne wszystkich możliwych sytuacji.

Rola momentu narodowego zależy od szeregu czynników, między innymi od społecznej struktury zbiorowości, w której pewna klasa władna będzie podporządkować całość — swym „partykularnym“ interesom. Na normie prywatno-prawnej, jak na czułej kliszy, odbijają się przemiany ocen „pożytku narodowego“. Wskazania tego „pożytku“, utożsamianego z dobrem ogólnym, mogą prowadzić do rozwiązań, w których „część“ będzie brana za „całość“.

Faszyzm, wychodząc z założeń statolatrii, podkreśla polityczne wartości ukształtowań prawa prywatnego. Presja, wywierana na jednostkę, ogranicze-

dach Engelsa); o poglądach bolszewizmu — zob. Reussner, *Gosudarstwo burżuazji i R. S. F. S. R.*, 1923, str. 95 i n. („nacjonalnoje jedininie“).

nie jej umocowań rzeczowych i osobowych, oparte są na założeniu tożsamości celów indywidualnych i zamierzeń organizacji państwowej. Stąd — pojęcie „gospodarczego porządku publicznego“ i związanie prawa prywatnego z prawem politycznym; zacierają się linie graniczne pomiędzy „*codice politico*“ a „*codice civile*“¹²¹).

Narodowy socjalizm wyraźnie podkreśla cele dobra „ludu“ i „rasy“. Te standardy spotykają się bardzo często w ustawodawstwie obowiązującym; są one charakteryzowane szczegółowo w „przedślowiach“ do ustaw (*Vorspruch*). Nie należy zapominać, że te przedślowia nie są zwykłą motywacją czy pouczeniem; są one materiałem interpretacyjnym, z którym sędziowie muszą się liczyć.

Ciekawe jest wszakże, że w tych przypadkach, w których oba ustroje współpracują dla ustalenia wspólnej kodyfikacji (wspólne niemiecko-włoskie prawo zobowiązań), nie uciekają się one do ocen „pożytku narodowego“. Projekt niemiecko-włoski stanowi zasadę, że żadna umowa nie może godzić w dobro powszechne. Czy „dobro powszechne“ jest identyczne z tradycyjnym „porządkiem publicznym“, czy nie odbiega ono od wskazań „pożytku narodowego“ — te kwestie nie zostały wyjaśnione. Charakterystyczne jest również, że projekt niemiecko-włoski powraca w kwestiach odpowiedzialności deliktowej do wzoru kodyfikacji napoleońskiej, aczkolwiek względ na dobro narodowe nakazywałby utrzymanie

¹²¹) Zob. Perticone, *La théorie du droit*, 1938, str. 131 n.

w mocy kazuistyki obowiązującego kodeksu cywilnego niemieckiego — a to w imię konkretyzacji i awersji do wszelkich niebezpiecznych uogólnień.¹²²⁾

Żaden ustrój prawny nie może oderwać się od podłoża gospodarczego. Jeśli łączy się „korporacjonizm“ z narodowym charakterem ustawodawstwa, jeśli chce się widzieć w układzie syndykalistycznym „czwarty wymiar“ państwa — ten ideał o tyle tylko jest żywotny, o ile odpowiada warunkom życia gospodarczego.¹²³⁾ Ukształtowania korporacjonizmu są niejednolite; w istocie rzeczy, prowadzą do typowej biurokratyzacji i do kapitalizmu państwowego¹²⁴⁾; nie wiele będzie pomocne usilne podkreślenie solidaryzmu narodowego i ponadklasowości dobra pospólnego. Zresztą, idea korporacjonizmu nie jest obca ideologii demokratycznej (teoria pluralizmu doktryny angielskiej, francuska teoria syndykalizmu).

Wbrew idei korporacjonizmu czynniki oligarchiczne umacniają swą przewagę in forma juris. Zanika sfera wolności, stosunki pracy — regulowane rzekomo „umownie“ — są, w istocie rzeczy, uporządkowaniem w trybie policyjno-administracyjnym. Pozosta-

¹²²⁾ Zob. Nipperdey, Die Vereinheitlichung des Rechts des Schuldverhältnisse in Italien und Deutschland, Zeitschrift der Akademie, 1938, str. 721 n.

¹²³⁾ Perticone, j. w., str. 133 „...un élément nouveau, „une quatrième dimension“ de l'Etat, syndical pour la composition et corporatif pour la fonction“.

¹²⁴⁾ Niemiecki „front pracy“ nie jest korporacjonizmem. O wartości eksperymentu włoskiego zob. konkluzję L. R. Francka, Le corporatisme italien, Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique, 1938, Z. 3/4, str. 156 — 158.

ła nazwa „umów zbiorowych“; pod tą nazwą kryje się wszakże nakaz regulaminowy. Zanikają tradycje „demokracji przemysłowej“.

Gdy przez zamaskowanie prawdziwego układu sił społecznych tworzy się fikcja solidarności — ta rozbieżność tłumi tendencje rozwojowe. Ustrój prawny tylko pozornie odrywa się od podłoża gospodarczego, a jako z nim niesharmonizowany prowadzić musi do głębokich rozdźwięków.

Zasadnicze sprzeczności nie wywodzą się tedy z przeciwstawności ustrojów liberalnych, komunistycznych i narodowych.

Linia podziału może być przeprowadzona przez uwzględnienie dwóch naczelných zasad życia zbiorowego. Obojętne jest, którą z tych zasad uznamy za tezę, a którą za antytezę; obojętne jest również, czy sprzeczności tych zasad mogą być sprowadzone do osiągalnej kiedyś, czy nieosiągalnej nigdy syntezy.

Tymi naczelnymi zasadami są dwa przeciwstawne wskazania: wskazania autokracji i demokracji.

Są to, oczywiście, typy idealne, w czystej formie niespotykane¹²⁵⁾. Są one, jeśli pozostajemy w płaszczyźnie rozważań prawnych, specyficznymi metodami tworzenia i stosowania normy¹²⁶⁾. Możliwa jest demokracja autorytatywna, z zachowaniem dopuszczalności kontroli i wpływu na kierownictwo życia zbiorowego. Natomiast, wątpić należy, czy możliwa jest autokracja, oparta na zasadzie demokratycznej (z wyłączeniem fikcyjnych „plebiscytów“); autokracje wyłącza-

¹²⁵⁾ Kelsen, Allgemeine Staatslehre, 1925, str. 327 i n.

¹²⁶⁾ Kelsen, j. w., str. 320 i n.

ją bowiem swobodne kształtowanie opinii i, co najważziej, tylko pozorować mogą demokrację, korzystając z jej form zewnętrznych¹²⁷⁾.

Demokracja, jako pojęcie formalne, może być wartościowana jedynie w związku z podbudową społeczno-gospodarczą. Należy odróżniać demokrację burżuazyjną od demokracji socjalnej. Demokracja burżuazyjna zna liczne odcienie: mówimy o demokracji liberalnej, imperialistycznej, istniejącej w metropoliach państw kolonialnych.¹²⁸⁾

Również autokracje przedstawiają się odmiennie — w zależności od podbudowy społecznej. Autokracja burżuazyjna materialnie różni się od dyktatury proletariatu.

Zważyć przy tym należy, że przejście od typu demokracji do formy autokracji nie jest niemożliwością.

Wprawdzie, demokracje są ustrojem odpowiednim dla narodów dojrzałych; jednakże — jak słusznie powiada Bryce — liczne są przyczyny, które prowadzą ustroje demokratyczne na bezdroża. Powrót do „dark age“ nie jest niemożliwością historyczną.¹²⁹⁾ Starcia imperializmów, walki wielkiego, monopolistycznego kapitału mogą zburzyć klasyczne demokracje; uwikłane w sprzecznościach wyrzekną się zasad

¹²⁷⁾ Odmienne: Leibholz, Istota i różnorodność form demokracji, Ruch prawniczy, ekonomiczny i socjologiczny 1936 R. XVI, 4 str. 284, 285.

¹²⁸⁾ Arthur Rosenberg, Demokratie und Sozialismus, 1938, str. 337 i n.

¹²⁹⁾ Bryce, Les démocraties modernes, T. II, 1924, str. 658 i n.

wolności i praworządności; będą legitymować przewrót powołaniem się na nowo odkryte wartości autokracji.

Zdają sobie z tego sprawę obrońcy demokracji burżuazyjnej. Zresztą, z zupełną szczerością gotowi są stwierdzić, że teoria „woli narodowej“ (*volonté nationale*) jest fikcją i mitem politycznym. Jèze otwarcie kwalifikuje wytyczne „deklaracji praw człowieka i obywatela“ jako „pur verbiage mystique“; jednakże uważa, że legalizm i praworządność są najdoskonalszą metodą techniczną, że normy ustalane być winny w drodze jawnej i kontradyktoryjnej, że powinny być zorganizowane formy krytyki publicznej. Tworzą się przez to gwarancje stałości, wyłączona i usunięta będzie dowolność. W ustroju demokratyczno-parlamentarnym nawet źli władcy są lepsi od najlepszego dyktatora; zresztą „il n'y a pas de bon dictateur“¹³⁰).

Powyższe rozważania nie były niepotrzebną dygresją. Właśnie, w celu uwydatnienia wpływu idei narodowej podkreśliliśmy przeciwstawność typów twórczości prawnej. I wydaje się nam, że w zależności od przewagi jednego z tych typów odmiennie się kształtuje wpływ idei narodowej w dziedzinie prawa prywatnego.

Należy przypomnieć głębokie rozważania Maxa Webera o swoistym charakterze prawa

¹³⁰) Jèze, *Le dogme de la volonté nationale et la technique politique* w „*Festgabe für Fritz Fleiner*“, 1927, str. 101 i m.; Carré de Malberg, *Réflexions très simples sur l'objet de la science juridique*, *Recueil Gèny T. I*, str. 200.

angłosaskiego; ostać się ono mogło, nie bacząc na wszechwładne wpływy racjonalizmu kapitałistycznego¹³¹). Należy przypomnieć subtelą analizę de Tourtoulon'a; aczkolwiek twierdzi on, że t. zw. etnopsychologia jest „plutôt une matière de roman que de psychologie scientifique“ (j. w. str. 103) — nie mniej wykazuje istotny wpływ wspólnoty narodowej na odmiennosć unormowania instytucyj prawnych; wpływ ten przejawia się nie tylko w materiach zasadniczych (prawo rodzinne), lecz również in minimis, np. w dziedzinie tak technicznej i obojętnej, jak np. służebności. Analiza de Tourtoulona (j. w. str. 643—649) wskazuje na tym tle na ujęcie odmienne w prawie rzymskim, arabskim, żydowskim i bizantyjskim.

Należy mieć na względzie, że twierdzenie o wyłączności „czynnika narodowego“ znajduje się w sprzeczności z przejawami naśladownictwa, recepcji i zapożyczania. Te przejawy zmniejszają znaczenie partykularyzmu narodowego. Ekskluzywizm nacjonalizmu winien był przecieć wyłączać w dziedzinie prawa prywatnego wszelkie odsyłanie do „wspólności natury ludzkiej“¹³²); jednakże w życiu rzeczywistym widzimy wzorowanie się na przykładach ustawodawstwa cywilnego, urzeczywistniane przez nacjona-

¹³¹) M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1922, str. 508 i n., Lévy-Ullmann, *Le système juridique de l'Angleterre*, 1928, str. 38: „le droit anglais est un droit historique“.

¹³²) Zob. Del Vecchio, *Sulla comunicabilità del diritto*, 1938, str. 9 n., str. 11: „...un'essenziale unità dello spirito umano“.

lizmy odmienne, a nawet politycznie wrogie. Tworzy się cywilistyczny „internacjonalizm nacjonalizmów”; widzimy migrację idei prawnych, miarkowaną w nieznacznym stopniu względami na motywy religijne, niekiedy moralne. Czy przez to oddziaływanie, zapożyczanie wzorów, naśladownictwo — częstokroć mechaniczne — nie tracą się te „osobliwości”, które nadają poszczególnemu układowi prawa prywatnego swoisty styl, rodzimy koloryt, istotną łączność z świadomością narodową?

Nie tylko ta sprzeczność wpływa na widoki rozwoju narodowego prawa prywatnego w ustrojach totalnych.

Zważmy, że „unarodowienie państwa”, o ile idzie w parze z wrogim nastawieniem do zasad wolności i autonomii, prowadzić musi do totalnego „upaństwowienia narodu”. Żywe siły narodu i jego możność oddziaływania na twórczość prawną będą uzależnione od interwencji politycznej. Stąd dążenie do zniwelowania sił duchowych, do odrzucenia różnicy pomiędzy heteronomią czynów a autonomią intencji. Wszak totaliści widzą pierwszy krok do „rozkładu” państwa w oddzieleniu dziedziny życia wewnętrznego (*fides*) od sfery zewnętrznej (*confessio*); dla tego też odrzucają samoistność idei prawa w imię uznania zasady, iż moralność jest tylko podrzędną funkcją w układzie wszechobejmującego mechanizmu państwowego. W obawie przed „pluralizmem”¹³³⁾ niszczy się wszelką spontaniczność organizacyjną, najsłabszy

¹³³⁾ Por. C. Schmitt, *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes*, 1938, str. 85 n., str. 91.

odruch autonomii indywidualnej. Wówczas nie tylko pojęcie „sfery prywatnej“, lecz już samo pojęcie „prawa“ skazane będzie na zagładę.

Synchronizacja ustrojowa i totalizm władztwa pozornie tylko sprzyjają uwydatnieniu cech narodowych prawa prywatnego.

Można różnie zapatrywać się na wartość prawa zwyczajowego, na bezpośrednią twórczość swoistych norm regulacyjnych, słusznie czy niesłusznie przeciwstawiających się reakcji norm „urzędowych“. Nie zdaje mi się wszakże, ażeby ta twórczość mogła istnieć w ustroju, regulującym „wszystko“ i niwelującym „wszystkich“. Taki ustrój tworzy podatną glebę do „konspiracji“, nastawionej na obejście prawa urzędowego (o istnieniu tych zjawisk świadczą pośrednio motywy licznych orzeczeń sądów sowieckich). Prawo zwyczajowe w ustrojach demokratycznych może iść natomiast po linii równoległej z twórczością urzędową. Badania nad zwyczajowym prawem spadkowym włościańskim u nas wykazują wagę tego niezależnego czynnika; pozostałby on bez znaczenia przy narzuceniu unormowania przez wszechpotężne państwo. Ustawodawstwo niemieckie, urzeczywistniające jakoby pewne tradycje zwyczajowe w zakresie prawa włościańskiego i agrarnego — spowodowało zanik tych tradycji przez biurokratyzację przepisów o zagrodach włościańskich i przez „upaństwowienie“ Anerbenrecht'u. W atmosferze wolności pozostać mogła angielska i francuska regulacja zwyczajowa w dziedzinie prawa pracy najemnej (zob. badania małżonków Webb i wyczerpujące analizy Leroy). Ta regulacja, koleją rzeczy, mogła oddziałać

na prawotwórczość państwową i przyczynić się do usuwania konfliktów społecznych. W ustroju totalnym — takie wzajemne oddziaływanie byłoby nie do pomyślenia; a wszak w układzie stosunków kapitału i pracy najżywiej i najdokładniej odzwierciedlać się mogą swoiste cechy poszczególnych zbiorowości narodowych.

Mówi się ponad to, że uwydatnienie czynników narodowych sprzyja powrotowi do tradycji, przywróceniu wartości wskazań, które przewodziły życiu narodowemu przy unormowaniu stosunków prywatnoprawnych.

Charakterystyczne w czasach dzisiejszych przeciwstawianie germańskich tradycji prawnych narzuconemu i obcemu prawu rzymskiemu — w rzeczywistości luźno się tylko wiąże z determinacją ustrojów politycznych. Wskrzeszenie tradycji germańskich *aequo modo* byłoby możliwe w demokracji niemieckiej.

Zresztą, wskrzeszenie to jest raczej zabiegiem propagandowym, niż rzeczywistą potrzebą niemieckiego życia prawnego. Zasady „wodzostwa“, „orszaku“ (*Gefolgschaft*), wiernego posłuszeństwa, szczepowości przejawiają się wyłącznie w prawie germańskim; obca jest duchowi germańskiemu zasada wolności indywidualnej i subtelna technika prawa rzymskiego. Współczesna zaś „konkretyzacja“ znajduje się jakoby w najdoskonalszej zgodzie z odwiecznymi tradycjami ducha germańskiego.

Tych założeń nie akceptują... przedstawiciele szkoły germanistycznej w III Rzeszy. Byłoby bardzo trudne — powiada wybitny germanista prof. v.

Schwerin — przystosowanie form dawnego prawa germańskiego do skomplikowanych i „technicznie trzeźwych“ potrzeb życia współczesnego. Katechizm „germańskiego ducha prawnego“ byłby zupełnie niezyciowy; w prawie rodzinnym zerwano bowiem dawno ze stanowością średniowieczną; odrzucono — pod wpływem Kościoła — przeżytki pogańskich instytucyj; inaczej rozumie się stanowisko kobiety. Czyżby możliwy był powrót do germańskiej tradycji zabijania dzieci, niezdolnych do życia? Rzekomo specyficzna osobliwość prawa germańskiego, wyrażona w zasadzie „Hand wahre Hand“, niezgodna z bezwzględnością rzymskiej windykacji, nie jest jakowas „emanacją“ ducha germańskiego, lecz odpowiednikiem takiego układu gospodarczego, w którym nie odróżniano jeszcze własności i posiadania¹³⁴). Tylko powierzchownej obserwacji wydawać się będzie paradoksalne, że kodyfikacja napoleońska była w ujęciu poszczególnych instytucyj więcej germańska niż pruskie prawo ziemskie i późniejszy, nowoczesny kodeks cywilny niemiecki. I czyż nie twierdzono jednocześnie, że właśnie B. G. B. był, nie bacząc na technikę romanistyczną, z ducha wybitnie niemiecki¹³⁵). Pra-

¹³⁴) v. Schwerin, Rechtsgeschichte und Rechtserneuerung, w zbiorze „Zur Erneuerung des bürgerlichen Rechts“, str. 37 i n.

¹³⁵) Crome w „Livre du centenaire“ T. II, 1904, str. 589 powiada wyraźnie, iż prawo francuskie „... déployait, en face du romanisme envahissant, les couleurs du droit allemand“; por. moje uwagi w numerze jubileuszowym „Gazety Sądowej“ 1908 str. 355 — 357. O kodeksie cywilnym niemieckim twierdzi E. Lambert, La fonction du droit civil comparé 1903, str. 91, że jest on „l'un des plus remar-

wo rzeczowe niemieckie oparte jest na rzekomo czy-
sto germańskiej zasadzie „powzdania“ (Auflassung);
jednakże, dziwną ironią losów, urzędowy reformator
tej materii Heck („Das abstrakte dingliche
Rechtsgeschäft“, 1937), badając istotę abstrakcyjnych
czynności prawnych wypowiada się — wbrew wszel-
kim tradycjom germanistycznym — za przywróce-
niem doktryny „przyczynowej“ i indywidualistycz-
nych zasad kodeksu francuskiego (o antytezie ujęcia
niemieckiego i francuskiego w tej dziedzinie — zob.
Capitant, De la cause des obligations, 1923,
str. 173).

Jeśli wreszcie przypisuje się wpływom idei na-
rodowej poważne znaczenie w zakresie możliwości ja-
snego sformułowania norm, usunięcia formalistyki
i subtelności konstrukcyjnych — jest to jeszcze jedno
złudzenie. „Konfrontacja obietnic i dopełnień“, o któ-
rej mówi Jan Strzembosz w swej opowieści
o „Dziejach dziesięciolecia“ (T. III, str. 306), prowa-
dzi do wyników zastanawiających. Demokracja
szwajcarska stworzyła kodeks cywilny jasny, dostęp-
ny, zrozumiały. Czy taki kodeks potrafią stworzyć
ustroje autorytatywne? Próby włoskie nie odbiega-
ją od tradycji klasycznej. Próby niemieckie prowadzą
do rozproszkowania materii cywilistycznej — zresztą,
zweżają znakomicie zasięg kodyfikacji prawa pry-

quables incarnations du droit national, ...l'un des plus écla-
tantes défaites du romanisme“. Przeciwnie, v. Schwerin
j. w., str. 38 uważa, że B. G. B. jest zupełnie obcy duchowi
narodowemu — por. słuszną krytykę Koschaker'a, Die
Krise des römischen Rechts und die romanistische Rechts-
wissenschaft, 1938, str. 34.

watnego. Nie iść się przeto marzenie Savigny'ego, apologety „ducha narodowego“, o możliwości stworzenia „popularnego“ kodeksu cywilnego.

Zagadnienie uproszczenia kodyfikacji cywilnej zależne jest od charakteru stosunków społeczno-gospodarczych. W czasach planowości, przewagi techniki, skomplikowania życia — konieczna się staje konstrukcyjność i racjonalizacja norm prawnych. Już Napoleon narzekał, że „le vice de nos lois est de n'avoir rien qui parle à l'imagination“. Konstruktywizm i racjonalizacja — z jej drobiazgowością i mikroskopią — stają się charakterystycznymi cechami współczesnej twórczości prawnej¹³⁶). Żadne odwoływanie się do „entuzjastycznej intuicji“ nie będzie tu pomocne.

Widzimy, że ustawodawstwo i orzecznictwo niemieckie ostatniej doby jest konstrukcyjne i bynajmniej nie symplicystyczne. Nie odbiega ono w swych ujęciach, kwalifikacjach i meandrach od „szkodliwych“ demoliberalnych wzorów. I zupełnie otwarcie mówi się o tym, że postulat uproszczenia i udostępnienia systemu norm prawnych jest nieziszczalny.¹³⁷)

¹³⁶) M. Weber, j. w. str. 511, 512 („Fachmässigkeit des Rechts“), Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932, str. 222, 223, Ray, Essai sur la structure logique du code civil français, 1926, str. 254 in., Petrazicki, Rola ustaw w dziejach prawa cywilnego, Palestra, 1938, str. 719: „...należy szanować nawet mikroskopię i kazuistykę prawoznawstwa, bezwartościową i niezrozumiałą dla nie-specjalisty“.

¹³⁷) Manigk, j. w. str. 1: „Die Forderung, dass jeder Rechtsatz und Rechtsbegriff dem Volke verständlich sein

Zagadnienie jasności i przejrzystości systemu nie jest kwestią pierwszorzędnej wagi. Najważniejszą jest i pozostaje kwestia ocalenia jednostki i jej godności. Ten problemat — również na skromnym odcinku prawa cywilnego — występuje w całym swym nasileniu. Czyż — *rebus sic stantibus* — nie należy się obawiać, iż pojęcie osoby zostanie zastąpione przez pojęcie rzeczy? Czyż nie jest możliwe, że ideologia powszechnego, jawnego i bezpośredniego niewolnictwa masy na rzecz wolności nielicznych wybranych nie stworzy nowej kodyfikacji nieograniczonego poddaństwa i nieograniczonego władztwa?

Clemenceau mówił o historii ludzkości, iż polega ona na proklamowaniu prawa i budowaniu na niesprawiedliwości: *proclamer le droit et construire l'iniquité*. Nasilenie nierówności może prowadzić do urzeczywistnienia najdoskonalszej niewoli.

müsse, ist ebenso unerfüllbar und im Grunde verfehlt, wie es etwa die Förderung wäre, dass die medizinische Wissenschaft dem Volke verständlich sein müsse“.

BIBLIOTEKA UMIEJĘTNOŚCI PRAWNYCH I POLITYCZNYCH

pod redakcją

ARTURA MILLERA

STANISŁAWA TYLBORA

Prokuratora Sądu Najw.

Adwokata

- | | | | |
|--------|---|--------|------|
| Tom 1. | Geny François, Heck Philipp, Kohler Josef, Waśkowski Eugeniusz. O METODZIE WYKŁADNI PRAWA. Przełożyli Artur Miller i Stanisław Tylbor. Z przedmową Prof. Karola Lutostańskiego . | brosz. | 4.— |
| | | plót. | 7.— |
| Tom 2. | Kelsen Hans. O ISTOCIE I WARTOŚCI DEMOKRACJI. Przełożyła Felicja Turynowa . | brosz. | 5.— |
| | | plót. | 8.— |
| Tom 3. | Payen Fernand. O POWOŁANIU ADWOKATURY I SZTUCE OBROŃCZEJ. Przełożył Adw. Jan Ruff. Z przedmową Adw. Leona Nowodworskiego . | brosz. | 8.— |
| | | plót. | 11.— |
| Tom 4. | Rosmarin Seweryn. POŚREDNICTWO PRZY ZAWIERANIU MAŁŻEŃSTW. — KONKUBINAT. Studia nad zagadnieniami dobrych obyczajów w prawie prywatnym | brosz. | 7.— |
| | | plót. | 10.— |
| Tom 5. | Capitant Henri. WSTĘP DO NAUKI PRAWA CYWILNEGO. Przełożył Adw. Stanisław Tylbor | brosz. | 15.— |
| | | plót. | 18.— |
| Tom 6. | Radbruch Gustaw. ZARYS FILOZOFII PRAWA. Przełożył Prof. Czesław Znamierowski . | brosz. | 12.— |
| | | plót. | 15.— |
| Tom 7. | Amos Maurice. KONSTYTUCJA ANGIELSKA. Przełożył Mieczysław Szerer . | brosz. | 7.— |
| | | plót. | 10.— |
| Tom 8. | Duguit Léon. KIERUNKI ROZWOJU PRAWA CYWILNEGO OD | | |

	POCZĄTKU XIX WIEKU. Prze- łożył Stefan Sieczkowski	brosz.	6.—
		plót.	9.—
Tom 9.	Prélot Marcel. PAŃSTWO FA- SZYSTOWSKIE. Przełożył Artur Miller	brosz.	—.—
		plót.	—.—
Tom 10.	Pirou Gaetan. KRYZYS KAPITA- LIZMU. Przełożył Rudolf Lessel	brosz.	6.—
		plót.	9.—
Tom 11.	Barthélemy Joseph. USTRÓJ KONSTYTUCYJNY FRANCJI	brosz.	—.—
		plót.	—.—
Tom 12.	Söderman Harry i O'Connell John. WSPÓŁCZESNE DOCHO- DZENIA KRYMINALNE. Przeło- żył Dr Henryk Strásman	brosz.	—.—
		plót.	—.—
Tom 13.	Wachlowski Zenon Dr. STRON- NICTWA POLITYCZNE W PAŃ- STWACH WSPÓŁCZESNCH	brosz.	—.—
		plót.	—.—
Tom 14.	Rundstein Szymon. W POSZUKI- WANIU PRAWA CYWILNEGO	brosz.	5.—
		plót.	8.—
Tom 15.	Donnedieu de Vabre. KRYZYS WSPÓŁCZESNY PRAWA KAR- NEGO	brosz.	—.—
		plót.	—.—
Tom 16.	Geldart W. M. ZASADY PRAWA ANGIELSKIEGO	brosz.	—.—
		plót.	—.—
Tom 17.	Amos Maurice. USTRÓJ POLI- TYCZNY STANÓW ZJEDNO- CZONYCH	brosz.	—.—
		plót.	—.—
Tom 18.	Nicholson R. DYPLOMACJA	brosz.	—.—
		plót.	—.—

