

Tomasz Giaro

Abusus iuris a nadużycie prawa

Zeszyty Prawnicze 7/1, 273-291

2007

Artykuł został opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

DISPUTARE NECESSE EST

TOMASZ GIARO

Uniwersytet Warszawski

ABUSUS IURIS A NADUŻYCIE PRAWA

I. ŹRÓDŁO SPORU

Nawet w obliczu ostrej krytyki udawało mi się dotąd powstrzymać od udziału w tzw. polemikach naukowych na temat mych własnych prac. W przeciwieństwie do hasła *disputare necesse est* polemika nie jest bowiem ani bezwzględną koniecznością ani wartością samą w sobie. Zarówno wyjaśnianie przez autorów w trybie dodatkowej autoegzegezy, o co w ich mętnych wywodach właściwie chodzi, jak ubrane w kunsztowne repliki, dupliki i trypliki zwyczajowe skargi na niedostatki inteligencji i wykształcenia czy też na złą wolę ich adwersarzy na ogół nie posuwają nauki ani trochę naprzód. Z drugiej strony *vim vi repellere licet*. Dlatego wystąpiłem w obronie rozprawy habilitacyjnej Franciszka Longchamps de Bériera na temat nadużycia prawa¹, zdaniem moim surowo a niesłusznie skrytykowanej w artykule recenzyjnym Aleksandra Stępkowskiego². Kontekst ten usprawiedliwia mą pierwszą interwencję³.

¹ F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Nadużycie prawa w świetle rzymskiego prawa prywatnego*, Wrocław 2004.

² A. STĘPKOWSKI, *Wokół problematyki nadużycia prawa podmiotowego*, «Zeszyty Prawnicze [UKSW]» 5.1 (2005), s. 255-274.

³ T. GIARO, *Rzymski zakaz nadużycia praw podmiotowych w świetle nowej jursprudencji pojęciowej*, «Zeszyty Prawnicze [UKSW]» 6.1 (2006), s. 279-300.

Podobnie jak do wszystkich innych tematów humanistyki, także do tematu nadużycia prawa w starożytnym Rzymie dopuszczalne są bowiem rozmaite podejścia. Można założyć, jak chce Kolega Stępkowski, że dopiero XIX wieczna cywilistyka stworzyła coś godnego miana zakazu nadużycia prawa, i w związku z tym wychodzić od niej, poszukując w źródłach antycznych odpowiedzi na pytanie, jak Rzymianie rozstrzygali podobne stany faktyczne. Można jednak również, jak chce Franciszek Longchamps, wyjść od określonego typologicznie problemu nadużycia praw i badać, jak Rzymianie problem ten rozwiązywali. Ważne jest przy tym, że to Aleksander Stępkowski odmawia tezom Kolegi Longchamps racji bytu, a nie na odwrót. Ponieważ to właśnie ten pierwszy wykazał w swej krytyce niewiele zrozumienia dla koncepcji przeciwnej, na mocy tzw. argumentu *tu quoque* lub po prostu zasady wzajemności nie powinien się on obecnie żalić na mój brak wyrozumiałości⁴. *One who comes to equity must come with clean hands.*

Po mej interwencji na rzecz rozprawy Kolegi Longchamps owa *anima naturaliter critica*, jaką okazał się być Kolega Stępkowski, dokonana jednak, przy utrzymaniu dotychczasowego tonu nagany, zmiany kierunku natarcia, które zwróciło się obecnie przeciw niżej podpisanemu. Zmienił się też, przynajmniej częściowo, przedmiot sporu. Budzi to pewną nieufność, bo właśnie trzymanie się przez jego uczestników określonego z góry *thema probandi* wyróżnia dyskusję naukową spośród wszystkich innych rodzajów wymiany poglądów. Po ekskursach, dygresjach, dowodach częściowych itp. musi w dyskusji takiej nastąpić z nieuchronnością ruchu wahadłowego powrót do tematu. W przeciwnym wypadku dyskutant spada w najlepszym razie do roli sympatycznego bazarza, a w najgorszym – do roli naukowego pieniacza.

Dlatego też, mimo iż Aleksander Stępkowski stracił już ochotę do debaty na temat inkryminowanej rozprawy (219) i w replice na

⁴ A. STĘPKOWSKI, *Nadużycie prawa podmiotowego w świetle jurisprudencji kulturowej*, «Zeszyty Prawnicze [UKSW]» 6.2 (2006), s. 190. Cyfry w nawiasach wskazują na strony tej publikacji.

me argumenty metodologiczne przedstawił własną romanistyczną ‘teorię wszystkiego’, postanowiłem odpowiedzieć mu w trybie kontynuacji mej pierwszej interwencji. Wywody Kolegi Stępkowskiego „O metodzie” rozpoczynają się od niezbyt niestety ugruntowanej supozycji, że lekceważę problematykę metodologiczną (190). Tymczasem powszechnie wiadomo, że od kiedy półtora wieku temu za sprawą Józefata Zielonackiego (1818-1884) powstała nowoczesna romanistyka polska⁵, mam zaszczyt być jej głównym, jeśli nie jedynym przedstawicielem, który problematyce tej poświęca się w sposób regularny, ba zdaniem niektórych wręcz przesadny. Staram się oczywiście nie dołączyć do grona tych, którzy wciąż tylko biorą rozbieg lub nawet siedząc na trybunie pouczają, jak należy skakać, choć sami nigdy nie skaczą⁶.

W swych dalszych rozważaniach metodologicznych kwestionuje Kolega Stępkowski nawet przytoczone przeze mnie twierdzenie, prawdę mówiąc niezbyt odkrywcze, że prawo rzymskie może pełnić w badaniach porównawczych rolę *tertium comparationis*⁷. Jego zdaniem oznaczałoby to potraktowanie tegoż prawa jako „transcendentnego punktu odniesienia”, a nawet jako ponadczasowej „prawniczej alegorii” lub wręcz „jurydycznej fantasmagorii” (193). Tymczasem porównawcze zastosowanie prawa rzymskiego ma podstawę dużo bardziej prozaiczną, którą stanowi stosunek genetyczny zachodzący między kompilacją justyniańską a systemami prawnymi Europy kontynentalnej. Recepcja prawa rzymskiego w Rzeszy Niemieckiej, jak również jego wpływy w krajach położonych szczególnie na zachód, ale i na wschód od niej, są bowiem serią niekwestionowanych i niekwestionowalnych faktów historycznych.

⁵ Por. W. ROZWADOWSKI, *Das Studium und der Einfluss des römischen Rechts in Polen*, [w:] *Deutsches Sachenrecht in polnischer Gerichtspraxis*, red. W. DAJCZAK, H.-G. KNOTHE, Berlin 2005, s. 38.

⁶ Metafory tej używa A. PERNICE, *Ilario Alibrandi*, «ZSS» 18 (1897), s. 231.

⁷ Tak ostatnio V. MANNINO, *Considerazioni intorno a una presunta Pandettistica di ritorno*, «Europa e diritto privato» 4 (2005), s. 377-386.

Ponieważ należymy do kręgu kultury europejskiej, prawo rzymskie stanowi dla nas nie fantasmagorię, lecz realną podstawę tradycji prawnej, ukonstytuowanej w dużym zakresie przez wspomniane fakty. Tradycję tę możemy kontynuować w większym lub mniejszym stopniu, lecz trudno ją – z powodu rzekomej niemożności oparcia komparatystyki na prawie rzymskim – ignorować. Co więcej, aż do powstania nowoczesnej etnologii i antropologii prawniczej w drugiej połowie XIX wieku prawo rzymskie stanowiło właściwie jedyne znane w Europie prawo obce, a z całą pewnością jedyne prawo tzw. uczone (*gelehrtes Recht*). Wszystkie zwyczajowe prawa germańskie i słowiańskie, nawet te częściowo spisane, rozsypały się zresztą najpóźniej w XIX wieku pod naporem Pandektystyki jak domki z kart. Prawo rzymskie było zatem, przynajmniej do czasu wejścia w życie tzw. wielkich kodyfikacji cywilnych, naturalną materią, a w każdym razie głównym punktem odniesienia, dla całej kontynentalnej nauki prawa.

II. CO BY BYŁO, GDYBY...?

Sama idea, by Franciszek Longchamps pisał swą habilitację wedle konspektu Kolegi Stępkowskiego, który nie uzyskał dotąd pozycji uznanego autorytetu romanistycznego, wydała mi się niezbyt przekonująca, a w dodatku jego projekt badawczy sprawiał znacznie gorsze wrażenie niż pomysł Autora. Kolega Stępkowski proponuje bowiem wybrać ze źródeł rzymskich sytuacje faktyczne, „które dziś opisałibyśmy pojęciem nadużycie prawa” (194), a następnie porównać „sposób, w jaki współczesny cywilista będzie rozwiązywał dany problem, ze sposobem, w jaki został on rozwiązany przez rzymskiego jurystę” (195). Ma się rozumieć, że poszukując „stanów faktycznych podobnych w istotny sposób” do dzisiejszych przypadków nadużycia prawa (202) Kolega Stępkowski przyznaje priorytet zdecydowanie – i mam nadzieję, że świadomie – prawu współczesnemu. Postrzega on bowiem prawo rzymskie wyłącznie przez aktualny filtr, który obcina całe spektrum starożytnych zjawisk prawnych pozbawionych swych cywilistycznych odpowiedników.

Powstaje przy tym pytanie, czemu działanie arystotelesowskiego argumentu ‘trzeciego człowieka’, wysuniętego przeciw platońskiej teorii idei zupełnie niezależnie od naszej problematyki, który jednak zdaniem Aleksandra Stępkowskiego uniemożliwia porównywanie systemów prawnych na bazie prawa rzymskiego (192), miałoby być wyłączone w odniesieniu do porównywania stanów faktycznych. O pojęciu faktu decyduje albowiem, jakkolwiek paradoksalnie zabrzmie to twierdzenie dla nieprawnika, właśnie każdorazowo obowiązujące prawo. Również stany faktyczne są produktami systemu prawnego lub jurydycznymi artefaktami, których porównywalność jest zresztą kwestią stopnia. Najbardziej współmierne będą tak banalne zdarzenia prawne jak narodziny i śmierć. Już nieco mniej porównywalne wydają się natomiast zaproponowane uprzednio przez Kolegę Stępkowskiego w tym kontekście stosunki sąsiedzkie i mocno zdeterminowany kulturowo zarzut podstępny (*exceptio doli*).

Miałem już okazję podkreślić, i pozwałam sobie powtórzyć raz jeszcze, że typowym dla starożytności rzymskiej przypadkiem nadużycia prawa, słusznie postawionym przez Franciszka Longchamps w centrum jego rozważań, było nadużycie władzy nad niewolnikami. Oczywiście niewolnictwo jako instytucja prawna od dawna już nie istnieje. Czy mamy w związku z tym zadawać sobie wedle konceptu Kolegi Stępkowskiego wysoce nierealne pytanie, jak współczesny cywilista potraktowałby przypadki srożenia się przez antycznego Rzymianina nad jego *instrumentum vocale*? A może należałoby zastąpić ten stan faktyczny znęcaniem się nad zwierzętami? Czy jest ono jednak sytuacją dostatecznie podobną? Trudno sformułować nawet ogólniejszy problem nadużycia praw władczych, bowiem dzisiejsza władza rodzicielska ma w swym aspekcie potestatywnym niewiele już wspólnego z rzymską władzą ojcowską.

Znalezienie sytuacji faktycznych „analogicznych” do dzisiejszego zjawiska nadużycia prawa lub stanów faktycznych zupełnie doń podobnych, zdaniem Aleksandra Stępkowskiego występujących w Rzymie starożytnym (199), nie będzie łatwe również ze względu na skądinąd słusznie przezeń propagowaną holistyczną koncepcję

porównywania – w miejsce poszczególnych norm prawnych – całych kultur prawa (195)⁸. W ostatecznym rachunku porównanie takie musiałyby bowiem przebiegać na zasadzie ‘co by było, gdyby’, tzn. jak rozstrzygnęlibyśmy „dany problem” (196), gdybyśmy żyli dwa tysiąclecia wcześniej, lub odwrotnie – jak rozstrzygnęliby tenże problem starożytni Rzymianie, gdyby dysponowali naszym doświadczeniem etyczno-prawnym i współczesnym stanem cywilizacji technicznej. Zarówno rygor metodologiczny jak i owocność epistemologiczna tego typu gdybania wydają się nader wątpliwe⁹.

‘Dany problem’, ‘podobny stan faktyczny’, ‘situacja analogiczna’ i pokrewne konstrukty myślowe nie nadają się więc do zamierzonej przez Aleksandra Stępkowskiego operacji przerzucania między antyką a współczesnością mostów typu pozaprawnego. Kolega nasz popada przy tym w sprzeczność nie tylko z logiką i metodologią nauk, z prawem rzymskim i obowiązującym, lecz także z samym sobą. Albowiem po wszystkich swych wezwaniach do szukania w źródłach starożytnych przypadków podobnych do dzisiejszych, by spekulować, jak potraktowałby je współczesny cywilista, przyznaje on nieoczekiwanie, że „nie ma sensu zgłębianie kultury prawnej Rzymian posługując się współczesnymi kategoriami” (205). Właśnie dlatego badając elementy specyficznie rzymskie, takie jak nadużycie władzy nad niewolnikami, Kolega Longchamps lepiej się historii prawa zasłużył, niż wtedy, gdyby realizował zalecenia Kolegi Stępkowskiego.

III. MIELIZNY NIEFACHOWOŚCI

W replice Aleksander Stępkowski nie obstaje już co prawda przy swym pierwotnym twierdzeniu, że nadużycie władzy nad niewolni-

⁸ M. GRAZIADEI, *Comparative Law, Legal History and the Holistic Approach to Legal Cultures*, «Zeitschrift für Europäisches Privatrecht» 7 (1999), s. 531-543; TENZE, *The Functionalist Heritage*, [w:] *Comparative Legal Studies. Traditions and Transitions*, red. P. LEGRAND, R. MUNDAY, Cambridge 2003, s. 125-127.

⁹ T. GIARO, *L'art de comparer les cas*, «SDHI» 60 (1994), s. 529-531.

kami, którzy jego zdaniem byli wyłącznie przedmiotami obrotu, nie może być kwalifikowane jako nadużycie prawa. Twierdzi on obecnie, że chciał jedynie zasygnalizować trudności związane z „przekładaniem rozwiązań rzymskich na kategorie współczesnego języka prawnego” (203). Pozostawiam czytelnikom lubiącym myszzkować w starych czasopismach sprawdzenie dobrej wiary, z jaką przy użyciu obfitej zasłony dymnej wykonany został ten manewr odwrotowy. Wystarczy tu podkreślić, że jeśli w ogóle operujemy kategorią zdolności prawnej, a Kolega Stępkowski nie zaproponował dotąd, by prawo rzymskie przedstawiać z jej pominięciem, to nie mamy innego wyboru, niż uznać ustawodawstwo cesarskie, które w II wieku n.e. nie tylko zakazało właścicielowi srożyć się nad niewolnikami, lecz również upoważniło ich do składania zażaleń na złe traktowanie, za przyznanie niewolnikom częściowej podmiotowości prawnej.

Niestety Aleksander Stępkowski, który oczywiście nie musi być aktywnym badaczem prawa rzymskiego, nie chce również uznać wyników badań przeprowadzonych przez specjalistów¹⁰, lekceważąc w ten sposób ustaloną opinię fachową. Nie sądzę jednak, by uczeni, którzy doszli do powyższego wniosku, wstrząśnięci byli tym, że Kolega Stępkowski zapatruje się nań, w sposób zupełnie gołostłowny, „zdecydowanie sceptycznie” i piętnuje go za pomocą zapożyczonych ode mnie metafory jako „upychanie antycznej kultury do cywilistycznych szufladek” (203). Przy okazji chciałbym wyjaśnić, że nie upycham niczego do szufladek, lecz wręcz odwrotnie wskazuję – wbrew brany przez Aleksandra Stępkowskiego za dobrą monetę podręcznikowym schematom – na złożoność problematyki niewolniczej podmiotowości prawnej, do której należą również tak znane tematy romanistyki jak wykupywanie się ich z niewoli za własne pieniądze, instytucja *peculium*, skargi *adiecticiae qualitatis* itp.¹¹

¹⁰ O. BEHREND, *Prinzipat und Sklavenrecht. Zu den geistigen Grundlagen*, [w:] *Institut und Prinzip. Ausgewählte Aufsätze*, Göttingen 2004, s. 421 i n.; B. HUWILER, ‘Homo’ und ‘res’, [w:] *Mélanges F. Wubbe*, Fribourg 1993, s. 263, 269.

¹¹ Por. szczególnie R. QUADRATO, *La persona in Gaius. Il problema dello schiavo*, «Iura» 37 (1986), s. 1-33.

Niewątpliwym faktem jest, że Kolega Stępkowski jest historykiem prawa cieszącym się ponadprzeciętną kulturą prawniczą, nie przeszkadza mu jednak być na terenie romanistyki osobą pozbawioną kompetencji fachowej. Cytując mój pogląd o niechęci prawników rzymskich do teoretyzowania, który podzieli każdy, kto zna zachowane fragmenty ich dzieł, np. responsa Cerwidiusza Scaewoli, za pomocą jednego jedyne słowa rozstrzygające skomplikowane przypadki, których sama transkrypcja zajęłaby co najmniej pół strony niniejszego czasopisma, Aleksander Stępkowski suponuje błędnie, że chodziło mi o ostrzeżenie Jawolenusa przed definicjami (D. 50,17,202). Następnie Kolega nasz brnie dalej w tym samym kierunku, poświęcając całą stronę swego tekstu na pouczenie mnie o treści tego arcyznanego źródła, wsparte informacjami o tradycji „platońsko-arystotelejskiej” (200), tak jakby to właśnie ona, a nie doktryna stoicka lub neoakademicka, była dla prawników szczególnie istotna.

Poza lekceważeniem reguł gry drugą pułapką, w którą wpaść można na terenie, na którym jest się pozbawionym specyficznej kompetencji fachowej, stanowi wyważanie otwartych drzwi oraz gruntowne udowadnianie prawd oczywistych, chętnie podpieranym przez Kolegę Stępkowskiego autorytetem papieży Jana Pawła II (207, 208, 219) i Benedykta XVI (218). Nie bardzo na przykład wiadomo, kto miałby dać się zwieść owym pozorom, przeciw którym grzmi Kolega Stępkowski, że „*ius civile* to wbrew pozorom wcale nie prawo cywilne”, lecz „w pierwszej kolejności prawo obywatelskie” (191-192). Podobnie zagadkowe wydaje się pytanie, kogóż to chce on uchronić przed błędem naiwności poprzez swój wywód, że w przypadku ulpiańskich *praecepta iuris* i gaiusowego zakazu *male nostro iure uti* „wbrew pozorom... w ogóle nie chodzi o przepisy”, lecz o prawno-etyczne „toposy” (216).

Któż wreszcie zaprzeczy nad wyraz słusznemu twierdzeniu Kolegi Stępkowskiego, że prawo jest „złożoną rzeczywistością” (196), której nie należy postrzegać jako „zbioru norm”, lecz jako zjawisko kulturowe (198)? Dokonane głównie za sprawą Ernesta

Rabla już w latach dwudziestych zeszłego wieku przejście komparatystyki prawniczej od bezkrytycznej praktyki bezpośredniego porównywania przepisów do tzw. analizy funkcjonalnej jest przez Aleksandra Stępkowskiego aktualnie zalecane jako „powszechnie uznawane za podstawowe” dla tej dyscypliny (195). Nie jest ono jednak niestety aż tak bezproblemowe, jak się naszemu Koledze wydaje, w związku z czym było już przedmiotem wielu analiz krytyczno-historycznych, również ze strony niżej podpisanego¹². Owe sławetne ‘problemy’, ‘stany faktyczne’ i ‘sytuacje analogiczne’ nie bardzo dają się bowiem przenosić nie tylko w czasie, lecz i w przestrzeni geograficznej.

IV. ZAGADNIENIE TYPOLOGICZNE

Do ważnych zadań nauki historii, w tym także historii prawa, należy niewątpliwie uświadamianie uczonej publiczności, zbyt często kultywującej anachroniczną wizję dziejów, że dawniej tego czy owego ‘jeszcze nie było’, a nawet – biorąc pod uwagę takie czy inne warunki brzegowe – w ogóle ‘być nie mogło’. Sam się wypowiadałem przeciw mocnym tezom ontologicznym na temat istnienia w starożytności i średniowieczu takich zjawisk jak podział władz, prawa człowieka czy państwo prawne¹³. Gwoli ścisłości trzeba jednak dodać, że w wyniku kryzysu historiografii z jednej strony pozytywistycznej a z drugiej strony marksistowskiej z ich sztywnymi periodyzacjami dziejów wiele zakazów myślowych tego typu utraciło swą moc obowiązującą. W każdym razie twierdzenia afirmacyjne wygłaszały na wspomniane tematy tak uznane autorytety, jak w przypadku podziału władz Okko Behrends¹⁴, w przypadku praw człowieka

¹² Por. cytaty T. GIARO, ‘*Comparemus!*’, «*Rivista Critica del Diritto Privato*» 19 (2001), s. 554 przyp. 124.

¹³ P.G. MONATERI, T. GIARO, A. SOMMA, *Le radici comuni del diritto europeo*, Roma 2005, s. 147 i n.

¹⁴ O. BEHRENDIS, *Der römische Gesetzesbegriff*, [w:] *Zum römischen und neuzeitlichen Gesetzesbegriff*, red. O. BEHRENDIS, CH. LINK, Göttingen 1987, s. 34-122.

Tony Honoré¹⁵, a w przypadku państwa prawnego Raoul van Caenegem¹⁶.

Ze wspomnianym rozluźnieniem schematów chronologicznych wiąże się ostatnio coraz mocniejsze przekonanie, że wiele zjawisk prawno-politycznych nie należy tylko i wyłącznie do jednej epoki, bowiem występują one z różną intensywnością w różnych okresach dziejów ludzkości. I tak popularna ostatnio monografia poświęcona przez wziętego autora nowojorskiego rządowi prawa bynajmniej nie rozpoczyna się dopiero od czasów Locke'a, Monteskiusza i *the Federalist Papers* ojców założycieli Stanów Zjednoczonych, lecz od omówienia „starożytnej genezy” i „średniowiecznych korzeni” zjawiska *rule of law*¹⁷. W tego typu tematach badawczych, do których moim zdaniem zaliczyć można problematykę nadużycia prawa, niewiele da się osiągnąć dychotomicznym myśleniem klasyfikacyjnym, preferowanym przez Kolegę Stępkowskiego.

Również zmarły niedawno Aleksander Gieysztor mówił o państwie prawa w średniowiecznej Europie Środkowej jako o pojęciu już wówczas pozwalającym odróżnić system polityczny naszego kręgu cywilizacyjnego od azjatyckich despotyzmów typu Dżyngis Chana. Nestor polskich mediewistów uciekł się przy tym do drobnej modyfikacji terminologicznej w stosunku do pojęcia państwa prawnego, które nadal skłonny był stosować wyłącznie do epoki pozytywizmu prawniczego¹⁸. Podobny problem nasuwa zresztą już tradycyjnie pojęcie kodyfikacji. Niekórzy historycy prawa uznają obok kodyfikacji nowożytnych również kodyfikacje starożytne i średniowieczne, bo także i one posiadały cechy zupełności i niesprzeczności, inni natomiast, do których się osobiście przyłączam, wymagają

¹⁵ T. HONORÉ, *Ulpian. Pioneer of Human Rights*², Oxford 2002.

¹⁶ R.C. CAENEGEM, *L'Etat de droit dans la Flandre médiévale*, [w:] *Studies A. Gouron*, Berkeley 2000, s. 759 i n.

¹⁷ B.Z. TAMANAHA, *On the Rule of Law. History, Politics, Theory*, Cambridge 2004, s. 7 i n., 15 i n.

¹⁸ A. GIEYSZTOR, *Państwo prawa w średniowiecznej Europie Środkowej*, [w:] *Studia z dziejów państwa i prawa polskiego*, III, Łódź 1999, s. 37-44.

od ‘kodyfikacji’ również systemu, rezerwując dla starszych i mniej wyrafinowanych zbiorów prawa termin ‘kompilacja’.

Można w związku z tym założyć, że społeczeństwa prehistoryczne, nie dysponujące jeszcze artykułowanym językiem, znały tzw. prawo nieme, które bynajmniej nie przestało działać po ich wejściu w stadium werbalizacji doświadczenia prawnego¹⁹. Szczególnie normy bardzo oczywiste i w związku z tym bezwzględnie przestrzegane rzadko podlegają obróbce hermeneutycznej. Dlatego w społeczeństwach tradycjonalistycznych, zwanych stacjonarnymi, nie dyskutuje się o wadze tradycji, podobnie jak w organizacjach przestępczych nie analizuje się socjologii przestępczości. Już choćby z tego względu badania historyczne, a więc i historycznoprawne, nie mogą się zatrzymywać na poziomie samodefinicji lub nawet tylko autoreklam, tak często spotykanej w rozmaitych systemach prawnych, lecz powinny objąć takie czy inne zjawiska realne określone typologicznie przez ich badacza. Ma on prawo nazwać demokrację ludową dyktaturą, a internacjonalizm proletariacki hegemonizmem.

Tymczasem Kolega Stępkowski wciąż podkreśla brak rzymskiej „konstrukcji”, a niekiedy nawet „teorii” (215) nadużycia prawa, starając się przy tym nadać temu ostatniemu pojęciu jakiś specyficzny sens. Na czymże jednak miałyby owa konstrukcja polegać? Samo słowo sugeruje jakiś byt technicznoprawny, porównywalny z własnością pretorską, spadkiem leżącym czy *perpetuatio obligationis*. Największą jednak mądrością, jaką udało mi się odkryć w obfitej literaturze przedmiotu, która na ogół ogranicza się do wyróżniania grup typowych przypadków nadużycia prawa²⁰, jest lapidarne uznanie go za pojęcie funkcjonalne, a więc zależne od każdorazowych potrzeb praktyki²¹. Słusznie zatem Kolega Longchamps pojmuje nadużycie prawa w pierwszym rzędzie jako problem roli etyki

¹⁹ R. SACCO, *Il diritto muto*, «Rivista di Diritto Civile» 39.1 (1993), s. 689-702.

²⁰ H.-P. HAFERKAMP, §§ 226-231, [w:] *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, I, red. M. SCHMOECKEL, Tübingen 2003, s. 1057-1058.

²¹ L. DUBOIS, *La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative*, Paris 1962, s. 453.

w prawie²². Strukturalnie jest on związany przede wszystkim z wykonywaniem praw władczych, może jednak w toku dziejów wystąpić w rozmaitych kontekstach dogmatycznych.

V. FETYSZYZM TERMINOLOGICZNY

Kolega Stępkowski podtrzymuje tymniemniej swą tezę, że nadużycie prawa zakłada pojęcie prawa podmiotowego, łącząc ją przy tym nieopatrnie z problematyką czysto terminologiczną. Przyznaje on bowiem, że w Rzymie starożytnym „analogiczne sytuacje faktyczne musiały występować” (199), jednak eksponuje okoliczność, że nie określano ich wyrażeniem *abusus iuris* (209). Zastanówmy się jednak, czy stosunkowo późne pojawienie się pojęcia własności w I wieku p.n.e.²³ oznacza, że dopiero od tego momentu datuje się historia rzymskiego prawa własności? Czy dlatego, że pojęcie recepcji pojawia się nie wcześniej niż w XVII wieku u niemieckiego polihistora Hermanna Conringa, przyjąć mamy, że przedtem nie istniało samo zjawisko? Identyczna niezależność świata realnego od definicji działa również w kierunku odwrotnym. Należy więc nie tylko odróżnić emfazę, z jaką w wieku XIX zachwalano prawa podmiotowe, od rzeczywistości, lecz także postawić pytanie, czy natychmiast po zanegowaniu praw podmiotowych przez Leona Duguit znikły one bezpowrotnie z powierzchni ziemi²⁴.

W odniesieniu do prawa rzymskiego proponowałbym wyróżnić przynajmniej pojęcia teoretyczne oraz instytucjonalne. Pojęciami teoretycznymi charakteryzującymi się wyższym stopniem abstrakcji, takimi jak zdarzenie prawne i czynność prawna, zdolność praw-

²² Tak już J. KOHLER, *Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz*², Berlin 1919, s. 47.

²³ Zob. o tym H. HONSELL, TH. MAYER-MALY, W. SELB, *Römisches Recht*⁴, Berlin 1987, s. 143.

²⁴ T. GIARO, *Aufstieg und Niedergang des sozialistischen Zivilrechts. Von der Ideologie zur Rechtsdogmatik der Pauschalenteignung*, [w:] *Enteignung*, red. G. BENDER, U. FALK, Frankfurt a. M. 1999, s. 244-245.

na czy procesowa, wady oświadczenia woli i zdolność do czynności prawnych, juryści rzymscy w ogóle się nie posługiwali. Tymniemniej wszystkie te pojęcia, ba ich swego rodzaju teoria, należąca obecnie do części ogólnej prawa cywilnego, ukształtowane zostały definitywnie w wieku XIX przez niemieckie podręczniki Pandektów właśnie na podstawie rzymskiej kazuistyki jurysprudencyjnej²⁵. Niektóre z tych pojęć, takie jak stosunek prawny i instytucja prawna, prawo podmiotowe czy problematyka przedstawicielstwa, zalicza się nawet do ogólnej teorii prawa.

Tylko niewiele lepiej rozwinięta była rzymska terminologia prawnicza na poziomie instytucjonalnym. Prawnicy antyczni, którzy nie znali wyrażenia *pactum displicentiae* (tak jak nie znali *pacta praetoria*, *legitima*, *adiecta*, *nuda* i *de non petendo*), znali jednak niewątpliwie kupno na próbę; podobnie posługiwali się oni milczącym przedłużeniem umowy najmu, mimo że obce im było pojęcie *relocatio tacita*. Spośród innych terminów instytucjonalnych o późniejszej genezie wymienimy – kartkując jakikolwiek podręcznik prawa rzymskiego – *adoptio plena* i *minus plena*, *avulsio*, *beneficium divisionis*, *concursus causarum*, *contractus uni-* i *bilaterales*, *delegatio solvendi* i *obligandi*, *detentio*, *derelictio*, *exceptio non adimpleti contractus*, *fructus naturales* i *civiles*, *implantatio*, *legitimatio*, *locatio conductio rei*, *operis* i *operarum*, *mandatum qualificatum*, *negotiorum gestio*, *occupatio*, *pignus Gordianum*, *procurator unius rei* i *ad litem*, *res in commercio* i *extra commercium*, *specificatio* i *thesauri inventio*²⁶.

Na tle tego terminologicznego ubóstwa powoływanie się na nieobecność w źródłach rzymskich takiego czy innego wyrażenia, szczególnie jeśli chodzi o pojęcia abstrakcyjne, niedaleko nas zaprowadzi. Tymczasem zdaniem Aleksandra Stępkowskiego po ustaleniu owych wielokrotnie już cytowanych analogicznych sytuacji

²⁵ Por. też H. DERNBURG, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts*, I-II, Leipzig 1860-1864; O. KARLOWA, *Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung*, Berlin 1877; P. KRETSCHMAR, *Die Theorie der Confusion*, Leipzig 1899.

²⁶ M. KASER, *Zur juristischen Terminologie der Römer*, [w:] *Ausgewählte Schriften*, I, Camerino 1976, s. 35-83.

faktycznych mamy stwierdzić, jak je w starożytności określano, by nieuchronnie zafrasować się brakiem terminu *abusus iuris*. Do wymienionych przez Kolegę Stępkowskiego w tym kontekście pojęć źródłowych *fraus legis* oraz *iniuria* (199) możemy jednak spokojnie dodać, i to jako przypadek sztandarowy, wymienioną przezeń uprzednio *exceptio doli*. Dla sprecyzowania wielu zachowań zwalczanych za pomocą tego zarzutu najlepiej przy tym zastosować – zamiast wąskiego pojęcia podstęp, który w wyniku procesu typyzacji i obiektywizacji objął w końcu wedle Ulpiana sytuacje, w których *ipsa res in se dolum habet* (D. 45,1,36) – właśnie szersze pojęcie nadużycia prawa²⁷.

Z reprezentowanym przez Aleksandra Stępkowskiego skrajnym terminologizmem idzie niestety w parze mieszanie historii filozofii prawa, o której ma on z pewnością sporo do powiedzenia, z historią samego prawa. Tymczasem dobrze wiadomo, że niektóre koncepcje filozoficznoprawne spóźniają się, by tak rzec, w stosunku do rozwoju prawa, podczas gdy inne powstają co prawda nawet przed czasem, nie wywołując jednak realnych efektów. Kolega Stępkowski doszukuje się zatem początków prawa podmiotowego, oczywiście w ślad za Michelelem Villey, ze spojrzeniem utkwionym w późnośredniowiecznych gigantów myśli prawniczej „już u Okhama i Gersona” (209-10), a więc najwcześniej w drugiej ćwierci XIV wieku, podczas gdy badacze zorientowani bardziej empirycznie nie mają żadnych trudności z operowaniem pojęciem prawa podmiotowego w odniesieniu do całego wieku XIII²⁸.

VI. SZPAGAT ANTYOŚWIECENIOWY

Przejdźmy jednak do okresu Oświecenia, któremu Kolega Stępkowski przypisuje szczególną rolę w ukształtowaniu koncepcji pra-

²⁷ H.-P. HAFERKAMP, *Die heutige Rechtsmissbrauchslehre – Ergebnis nationalsozialistischen Rechtsdenkens?*, Berlin 1995, s. 23.

²⁸ D. WILLOWEIT, *Rezeptionen*, [w:] *Die Durchsetzung des öffentlichen Strafanspruchs. Systematisierung der Fragestellung*, red. K. Lüderssen, Köln 2002, s. 157-158.

wa podmiotowego, a zatem i jego nadużycia. Poczynając od romantyzmu a kończąc na postmodernizmie Oświecenie miało wielu krytyków tak lewicowych (Adorno i Horkheimer) jak prawicowych (Leo Strauß). Ostatnio uważa się nawet ludobójstwo nazistowskie za realizację projektu oświeceniowego, awansując Adolfa Hitlera do rangi wykonawcy testamentu Woltera²⁹. Oryginalność stanowiska zajętego przez Kolegę Stępkowskiego polega na tym, że wykonując z pominięciem wszystkich epok pośrednich efektowny szpagat między Antykiem a Oświeceniem łączy on krytykę tego ostatniego ze skrajną idealizacją pierwszego. Stwierdza on kategorycznie, że „myślenie o prawie w kategoriach ponadczasowości było obce samym Rzymianom, charakterystyczne zaś dla oświeceniowej szkoły prawa natury” (193). A kto wynalazł teorię boskiego pochodzenia kompilacji justyniańskiej, jeśli nie średniowieczni Głosatorzy?³⁰ Kto ukuł dewizę o prawie rzymskim jako *ratio scripta*, jeśli nie przedstawiciele francuskiego Humanizmu?³¹

„Dla starożytnych *ius* stanowiło pochodną *iustitia*”, wywodzi w swym obrazie starożytności zapożyczonym z czytanek szkolnych Kolega Stępkowski, podczas gdy w Oświeceniu terminem tym zaczęto określać prawo podmiotowe (206-207). Gorzej jednak, że w dalszym ciągu swych rozważań nasz *laudator temporis acti* bierze pompatyczny wstęp do podręcznika ulpiańskiego zawierający fałszywą etymologię *ius a iustitia* (D. 1,1,1 pr.) za wierny opis rzymskiej rzeczywistości prawnej. Podobnie dopiero w Oświeceniu pojęcie prawa w przeciwieństwie do jego znaczenia starożytnego zostało „utożsamione” z ustawą (207) lub nawet tylko z jej „przepisem” (209). W sprzeczności z „przekazanym nam przez Oświecenie archetypem inkwizytora... w Rzymie etyka była pełnoprawnym regulatorem życia społecznego”, podczas gdy „interpretacja jurystów,

²⁹ Z. BAUMAN, *Moderne und Ambivalenz*, Frankfurt a.M. 1995, s. 53-56; *Enlightenment and Genocide*, red. J. KAYE, B. STRÆTH, Bruxelles 2000.

³⁰ R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987, s. 599-604.

³¹ A. GUZMÁN, ‘*Ratio scripta*’, Frankfurt a. M. 1981, *passim*.

mających określoną formację etyczną... elementem ścisłego kanonu wychowawczego” (215). Oczywiście Rzymianie „świecie” odróżniali prawo od etyki, a mimo to „znakomicie” czuli etyczny charakter języka prawnego (216).

Gruntownie zszarganej reputacji Oświecenia niestety nie da się już chyba odratować. Należy się jednak zastanowić, o jakim to sielankowym Rzymie mówi Aleksander Stępkowski. Wojna domowa wypełniająca ostatnie stulecie Republiki stanowiła przecież serię proskrypcji i zwykłych rzezi, podczas gdy historia cesarów poprzedzająca tzw. złoty wiek, który na krótko nastąpił za panowania Antoninów, obfitowała w morderstwa i okrucieństwa. Może nieco przesadnie, lecz nie całkiem bezzasadnie, nazwano wielu prawników okresu Pryncypatu „gorliwymi służkami tyranii”³². Trochę dziwi zatem, że Kolega nasz zamierza usunąć bolączki współczesności przez zaproponowaną pod hasłem „powrotu do przeszłości” (214) „reklasyfikację kultury” (217). Hasło to polega na zasadniczo słusznym, lecz praktycznie rzecz biorąc cokolwiek doktrynerskim przekonaniu, że reanimacja prawa rzymskiego czy choćby tylko zakresowo ograniczona „romanizacja prawa europejskiego” (219) nie są możliwe bez renesansu etyki, ba całej kultury, w ramach której prawo rzymskie powstało i obowiązywało.

Gdyby mimo wszystko nasz rząd lub społeczeństwo czy nawet tylko uniwersyteckie wydziały prawa zechciały kiedykolwiek przystąpić do realizacji tego utopijnego programu, zmierzającego do odwrócenia koła historii, które od dawna toczy się ku autonomizacji prawa, należałoby zacząć od gruntownej nauki łaciny, a w tym zakresie od siebie samego. Zwracałem już uwagę na błędność wyrażenia „rzymskie *actio*”, bo rzeczownik ten jest, podobnie jak ‘skarga’, rodzaju żeńskiego. O ile może się on jednak kojarzyć z powództwem, o tyle brak jakiegokolwiek uzasadnienia dla dwukrotnego użycia przez Kolegę Stępkowskiego wyrażenia „liberalne *status quo*” (207-208), ponieważ słowo *status* tak w łacinie jak w pol-

³² J.V. KIRCHMANN, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft. Vortrag in der Juristischen Gesellschaft*, Berlin 1848, s. 42.

skim jest rodzaju męskiego. Niestety niepoprawnie użyty jest również, a to w kontekście niegramatycznych „dociekań nad politycznym *ratio legis*”, należący do rodzaju żeńskiego rzeczownik *ratio* (203). Przychodzi na myśl sformułowana przez Goethego i podjęta przez Savignyego nagana osób, które rezonują o duchu nie opanowanego litery³³.

VII. WNIOSEK KOŃCOWY

W punkcie zatytułowanym „metafizyczna mgielka” (206) Kolega Stępkowski referuje z nabożeństwem równym tylko bezkompromisowości, z jaką piętnuje błędy Franciszka, koncepcję Romana Longchamps de Bérier, która „likwiduje konieczność uciekania się do rozróżnień między prawem podmiotowym a uprawnieniem” (214). Przestańmy się więc uciekać do rozróżnienia, które – jak twierdzi również wielu innych teoretyków i praktyków prawa – wcale nie jest konieczne! Zlikwidujmy w końcu sztuczne założenie, że nadużycie prawa powstało „dopiero po uprzednim wykształceniu się nowoczesnej konstrukcji prawa podmiotowego” (206)! Któż twierdzi, że epoka przedmonteskiuszowa nie знаła sądownictwa, albowiem – w znaczeniu dziedziny odrębnej od innych funkcji państwowych – zakłada ono sformułowaną przez Monteskiusza teorię podziału władz?

Nie kruszę kopii o to, że w Rzymie starożytnym ‘wszystko już było’, w związku z czym znano tam również poczucie i pojęcie podmiotowości identyczne z tymi, które wykształciły się w epoce Oświecenia, jakkolwiek sądzę, że i w tym zakresie wnikliwsze badania rozmiękną w pewnym stopniu dotychczasowe dogmaty chronologiczne³⁴. Nie twierdzę również, że od gaiusowej zasady *male*

³³ Por. D. NÖRR, *Geist und Buchstabe: ein Goethe-Zitat bei Savigny*, «ZSS» 100 (1983), s. 37.

³⁴ W starym duchu J. KIROV, *Die soziale Logik des Rechts*, Göttingen 2005, s. 35-39, lecz por. O. BEHREND, *Der römische Weg zur Subjektivität*, [w:] *Institut* (cit. przyp. 10), s. 366-416.

nostro iure uti non debemus do francuskiego zakazu *abus de droit* przebiega prosta i ciągła linia rozwojowa, chociaż prawo rzymskie stanowiło dla cywilistyki XIX-wiecznej z pewnością, jak w wielu innych przypadkach, źródło inspiracji. Przyjmijmy po prostu, że nadużyte prawo nie musi być *sensu stricto* podmiotowe. Zakaz nadużycia prawa w prawie publicznym, tak wewnętrznym jak międzynarodowym³⁵, nie łączy się przecież bezpośrednio z represją oświeceniowego indywidualizmu.

Jeśli w sprzeczności z prawdą historyczną, która jest nieco bardziej skomplikowana, obstajemy wraz z Kolegą Stępkowskim dla całej historii prawa rzymskiego przy systemie skargowym, mówmy spokojnie o nadużyciu prawa do skargi. Zresztą Kolega nasz mógłby w duchu kompromisu – za przykładem analizy państwa prawnego, dokonanej przez swego wielkiego imiennika Aleksandra Gieysztorę – rozróżnić węższe i szersze pojęcia nadużycia prawa. *Draw a distinction!* to sprawdzona dewiza umożliwiająca wyjście z impasów i łamigłówek pojęciowych. Mam nadzieję, że wyrażam również pogląd Kolegi Longchamps przyznając wiekowi XIX monopol na techniczne pojęcie nadużycia prawa w zamian za to, że Kolega Stępkowski zgodzi się mówić o nadużyciu prawa w sensie potocznym już w odniesieniu do prawa rzymskiego.³⁶

Pojęcia *usus* i *abusus* stanowią ściśle związane ze sobą przeciwieństwa, jak tłumaczy niezawodny Cyceron w swych „Topikach” (§ 17). Innymi słowy wszędzie tam, gdzie się czegokolwiek używa, możliwe są też nadużycia. Wbrew idyllicznym wyobrażeniom Aleksandra Stępkowskiego starożytność rzymska świetnie знаła nadużycia władzy, kompetencji, urzędu i stanowiska, podobnie jak nadużycia ustawodawcze (Tac. ann. 3,27,3), polityczne, wyborcze (*ambitus*), finansowe (*repetundae*) i majątkowe (*abusus bonorum*).

³⁵ J.-D. ROULET, *Le caractère artificiel de la théorie de l'abus de droit en droit international public*, Neuchâtel 1958.

³⁶ Tak ostatnio również L. LABRUNA, *Note su eccezione di dolo generale e abuso del diritto nelle vedute dei giuristi classici*, [w:] *L'eccezione di dolo generale*, red. L. GAROFALO, Padova 2006, s. 125-137.

Cycerońskie mowy przeciw Werresowi, a szczególnie składająca się aż z pięciu ksiąg mowa druga, są jedną wielką listą nadużyć oskarżonego, popełnionych przezeń w charakterze pretora miejskiego i namiestnika Sycylii, w tym szczególnie nadużyć dokonanych przy wymiarze sprawiedliwości, przy ściąganiu podatków i przy dostawach zboża³⁷.

Porzućmy zatem drogą Koledze Stępkowskiemu iluzję, że z mocy takiej czy innej definicji prawa starożytność rzymska nie znała jego realnych nadużyć (206-217), albo że ze względu na walnie wspomagającą prawo etykę „nie trzeba było wymyślać prawnych teorii jego nadużycia” (215). Teorii takich nie wymyślano raczej ze względu na znaną niechęć ówczesnych jurystów do teoretyzowania. Dobrokiem prawa rzymskiego nie jest więc ani teoretyczne potępienie nadużyć ani, tym bardziej, praktyczne zduszenie ich w zarodku, lecz tylko stworzenie skutecznych mechanizmów prawnych ich zwalczania. Prócz wszystkich wymienionych dotąd typów nadużyć istnieją w sferze intelektualnej i moralnej od czasów rzymskich zjawiska nadużycia swobody słowa, zaufania i – *quousque tandem?* – cierpliwości. Miejmy jednak nadzieję, że Kolega Stępkowski dopuści w końcu łaskawie również zjawisko nadużycia prawa.

³⁷ K. KUMANIECKI, *Literatura rzymska. Okres cyceroński*, Warszawa 1977, s. 205-207.